

**ROBERTO GARGARELLA**  
(Coordinador)

# Teoría y Crítica del Derecho Constitucional

Tomos I  
Democracia

Colaboradores **Lucas Arrimada, Federico Orlando y Nadia Rzoncinsky**

 **AbeledoPerrot®**

El Derecho Constitucional no puede ser pensado, y menos aún vivido, desde una posición neutral; por eso cada capítulo de este libro no fue elaborado como una mera descripción de la realidad constitucional, sino como una propuesta interpretativa para una sociedad mejor. Pensada principalmente para los alumnos de Derecho Constitucional, pero también de interés para los abogados, esta obra colectiva tiene un eje en la concepción igualitaria de la democracia, sin por ello abandonar la confrontación de ideas entre sus autores. Destaca en ese sentido la sección "Debates", no común en nuestro medio académico. Se resalta aquí la dicotomía entre la Constitución vista como un pacto entre iguales y una sociedad en la que prima la desigualdad. A diferencia de otros cursos de Derecho Constitucional, se estudian con especial detenimiento temas como el derecho de protesta, los derechos de los pueblos originarios, la identidad sexual y la tutela del medio ambiente. Asimismo, se abre la puerta a enfoques abiertamente no tradicionales, como los que vinculan al derecho con la literatura o con la estética. La obra rescata, por último, la idea de la enseñanza del Derecho Constitucional a través de la reflexión teórica, sin por ello desatender la praxis cotidiana.





**ROBERTO GARGARELLA**  
(Coordinador)

# Teoría y Crítica del Derecho Constitucional

-----  
Tomo I  
Democracia  
-----

Colaboradores **Lucas Arrimada, Federico Orlando y Nadia Rzoncinsky**

- I. Introc.
- II. Índice  
recher.
- III. Índice  
contra.
- IV. Alzam.  
obitua.

Gargarella, Roberto

Derecho constitucional. - 1a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.  
v. 1, 552 p.; 23x16 cm.

ISBN 978-950-20-1839-3

I. Derecho Constitucional. I. Título  
CDD 342

ISBN: 978-950-20-1839-3

© AbeledoPerrot S.A.  
Administración y redacción  
Carlos Pellegrini 887, 3° piso

Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax.: (54-11) 5239-1881

#### Ventas

Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030

Lavalle 1280 - Tel.: (54-11) 5235-5430

Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5236-1044

Fax.: (54-11) 5239-1879

[info@abeledoperrot.com](mailto:info@abeledoperrot.com)

Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.  
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

## ÍNDICE GENERAL

### INTRODUCCIÓN. CONSTITUCIÓN, IGUALITARISMO Y DEMOCRACIA

#### CAPÍTULO I

#### INTRODUCCIÓN

Por ROBERTO GARGARELLA

|                 |   |
|-----------------|---|
| I. Introducción | 3 |
|-----------------|---|

#### CAPÍTULO II

#### EL CONTENIDO IGUALITARIO DEL CONSTITUCIONALISMO

Por ROBERTO GARGARELLA

|  |    |
|--|----|
| I. Introducción  | 7  |
| II. Individualismo contra perfeccionismo. La defensa de los derechos                         | 8  |
| III. Individualismo contra populismo. La defensa de los "frenos y contrapesos"               | 12 |
| IV. Alcances y límites del constitucionalismo individualista. Individualismo e igualitarismo | 17 |

## CAPÍTULO III

CONSTITUCIONALISMO *VERSUS* DEMOCRACIA

Por ROBERTO GARGARELLA

|   |    |
|---|----|
| I. Introducción .....   | 23 |
| II. ¿Puede resolverse el conflicto entre el constitucionalismo y la democracia? ..... | 24 |
| III. La igualdad como presupuesto común .....   | 32 |
| IV. Igualitarismo y democracia .....  | 35 |

## SISTEMA POLÍTICO

## CAPÍTULO IV

## DEMOCRACIA SIN PRESIDENTES

Por MARCELO ALEGRE

|  |    |
|--|----|
| I. Introducción .....  | 43 |
| II. Vigencia del debate "presidencialismo <i>versus</i> parlamentarismo" .....                   | 44 |
| III. Los males del presidencialismo, ayer y hoy .....  | 47 |
| 1. El problema de las legitimidades en conflicto .....   | 47 |
| 2. El problema de la rigidez .....   | 48 |
| 3. Tendencias mayoritarias .....   | 48 |
| 4. Personalización del poder .....   | 48 |
| 5. Giros abruptos .....  | 49 |
| 6. Conservadurismo institucionalizado .....  | 49 |
| 7. Corrupción e ineficiencia .....   | 51 |
| IV. El contraataque presidencialista .....   | 52 |
| 1. Presidencialismo y golpes de Estado .....   | 52 |
| 2. Supuestas ventajas del presidencialismo .....   | 56 |
| 2.1. Superioridad electoral prospectiva (identificabilidad) ..                                   | 57 |
| 2.2. Superioridad electoral retrospectiva (rendición de cuentas - <i>accountability</i> -) ..... | 57 |
| 2.3. Superioridad en las opciones electorales .....  | 59 |
| 2.4. Frenos y contrapesos .....  | 59 |
| 2.5. Presidentes-árbitros .....  | 60 |
| 2.6. Transparencia política .....  | 60 |

|  |    |
|--|----|
| V. Presidencialismo o democracia .....       | 61 |
| 1. ¿Más poder a los presidentes? .....       | 65 |
| 2. ¿Menos proporcionalidad electoral? .....  | 66 |
| VI. ¿Semipresidencialismo? .....             | 66 |
| VII. La academia y el presidencialismo ..... | 67 |
| VIII. Algunas objeciones .....               | 68 |
| 1. Otra forma de mesianismo .....            | 68 |
| 2. Esquematismo .....                        | 69 |
| 3. Bonapartismo .....                        | 70 |
| IX. Conclusión .....                         | 70 |

CAPÍTULO V

**"PIEDRAS DE PAPEL" Y SILENCIO:  
LA CRISIS POLÍTICA ARGENTINA  
LEÍDA DESDE SU SISTEMA INSTITUCIONAL**

Por ROBERTO GARGARELLA

|   |    |
|---|----|
| I. Introducción .....   | 73 |
| II. "Piedras de papel": sobre la incapacidad del sufragio para traducir las pretensiones de la ciudadanía ..... | 74 |
| III. Los controles endógenos y la Corte .....   | 77 |
| IV. Los conocidos defectos del hiperpresidencialismo .....  | 80 |
| V. El Senado y después .....  | 82 |
| VI. Nuevas herramientas .....   | 85 |

CAPÍTULO VI

**DERECHO, MORAL Y POLÍTICA.  
DERECHO CONSTITUCIONAL,  
MORAL INSTITUCIONAL Y POLÍTICA DEMOCRÁTICA:  
SOBRE FRENOS, PUENTES Y MOTORES  
EN LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

Por LUCAS ARRIMADA

|   |    |
|---|----|
| I. Introducción: las instituciones de la democracia deliberativa en serio ..... | 87 |
| II. Constitucionalismo y diseño institucional: los frenos .....                 | 89 |
| 1. Temor y exclusión: la desconfianza institucionalizada .....                  | 93 |
| III. Democracia deliberativa y diseño institucional .....                       | 96 |

|   |     |
|---|-----|
| IV. Los reyes electos: sin frenos ni contrapesos.....                               | 101 |
| V. Control de constitucionalidad, democracia deliberativa y debilidad judicial..... | 106 |
| 1. Debilidad judicial. La justicia sin fuerza: impotencia .....                     | 107 |
| 2. Desacuerdo y deliberación.....   | 110 |
| VI. Mundos institucionales posibles .....   | 111 |
| VII. Expansión democrática, conflicto y fronteras .....                             | 118 |

## DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

### CAPÍTULO VII

#### LA DIFICULTOSA TAREA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Por ROBERTO GARGARELLA

|   |     |
|---|-----|
| I. Introducción .....   | 123 |
| II. La Constitución como "texto vivo": la interpretación "dinámica" de la Constitución..... | 124 |
| III. El originalismo y sus problemas .....  | 127 |
| IV. Dworkin, una lectura moral de la Constitución .....                                     | 132 |
| V. John Ely, el control judicial y los procedimientos democráticos .....                    | 138 |
| VI. Jeremy Waldron: el derecho como desacuerdo .....  | 141 |
| VII. Repensando la función judicial .....   | 145 |

### CAPÍTULO VIII

#### UN PAPEL RENOVADO PARA LA CORTE SUPREMA. DEMOCRACIA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Por ROBERTO GARGARELLA

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción .....                                      | 149 |
| II. Dos problemas.....                                     | 150 |
| III. Sobre la legitimidad democrática de la justicia ..... | 153 |

|   |     |
|---|-----|
| IV. Sobre la existencia de teorías interpretativas (relativamente) incontrovertibles .....  | 157 |
| V. ¿Una vía de salida? .....  | 163 |
| VI. Una mirada dialógica sobre el control judicial y la interpretación constitucional ..... | 166 |
| VII. Lo hecho y lo que podría hacerse .....   | 169 |

## CAPÍTULO IX

## UNA CORTE ¿SUPREMA?

Por LAURA SALDIVIA

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción .....  | 173 |
| II. Algunas características del sistema jurídico argentino .....   | 179 |
| III. La criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal. Su contexto histórico-político ..... | 185 |
| IV. "Bazterrica" .....   | 191 |
| 1. Una oportunidad perdida .....   | 209 |
| V. "Montalvo" .....  | 211 |
| VI. Algunas reflexiones .....  | 222 |

## CAPÍTULO X

DE LA ALQUIMIA INTERPRETATIVA  
AL MALTRATO CONSTITUCIONAL.  
LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO  
EN MANOS DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Por ROBERTO GARGARELLA

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción .....  | 233 |
| II. La descripción de la práctica interpretativa de la Corte Suprema argentina, según Sagüés ..... | 234 |
| III. Primeras notas críticas sobre los modos en que la Corte interpreta el derecho .....           | 238 |
| 1. Distintos criterios interpretativos, distintos resultados .....                                 | 239 |
| 2. ¿"Combinar" distintos criterios interpretativos en cada caso? .....                             | 240 |
| 3. ¿Un solo criterio interpretativo para todos los casos? .....                                    | 241 |
| IV. Interpretación discrecional y ausencia de controles .....                                      | 243 |
| V. ¿Queda algo por hacer? .....  | 245 |

## CAPÍTULO XI

### EL NACIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Por ROBERTO GARGARELLA

|   |     |
|---|-----|
| I. Introducción .....   | 249 |
| II. Una hoja de ruta para acercarse al "constitucionalismo popular" .....                         | 250 |
| 1. Desafiar la supremacía judicial: quitando la Constitución de las manos de los tribunales ..... | 250 |
| 2. Contra una "sensibilidad antipopular" .....  | 252 |
| 3. Interpretación extrajudicial .....   | 253 |
| 4. Una relectura crítica sobre los efectos del control judicial ..                                | 255 |
| 5. El derecho fuera del derecho .....   | 256 |
| 6. Democracia y participación .....   | 258 |
| III. Discutiendo con Larry Kramer .....   | 258 |

## GARANTÍAS Y PROCEDIMIENTO JUDICIAL

## CAPÍTULO XII

### DERECHO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Por JOSÉ IPIHORSKI

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción .....  | 265 |
| II. El sistema de garantías y la Constitución .....  | 266 |
| III. Breve aproximación al pensamiento republicano .....   | 268 |
| IV. El derecho penal y la impronta republicana .....   | 273 |
| V. Algunas consideraciones sobre las penas .....   | 275 |
| VI. La autonomía personal y la intimidad .....   | 278 |
| VII. La libertad ambulatoria de las personas .....   | 280 |
| VIII. El juicio .....  | 282 |
| IX. El principio de legalidad .....  | 285 |
| X. La imparcialidad del juzgador y los órganos de persecución ....                                     | 287 |
| XI. El principio de inocencia y la autoincriminación .....   | 288 |
| XII. El derecho de defensa .....   | 291 |
| XIII. ¿Deben perseguirse algunas conductas? La criminalidad económica, el fraude y la corrupción ..... | 293 |

## CAPÍTULO XIII

**PRIMEROS APUNTES  
PARA UN ESTUDIO DE LA LEGITIMACIÓN  
(STANDING)**

Por ROBERTO GARGARELLA

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción .....  | 303 |
| II. Una breve nota sobre los antecedentes históricos de la legitimación .....  | 304 |
| III. Una visión crecientemente regresiva en materia de legitimación .....  | 307 |
| IV. Los argumentos para sostener una política restrictiva en materia de legitimación .....   | 311 |
| V. Los problemas de la posición dominante o restrictiva .....  | 313 |
| VI. Apéndice .....   | 315 |
| 1. Legitimación amplia y activismo judicial a favor de los más desaventajados (breves referencias sobre los casos de la India, Colombia y Costa Rica)..... | 315 |
| 1.1. India .....   | 315 |
| 1.2. Colombia.....   | 318 |
| 1.3. Costa Rica .....  | 320 |

## CAPÍTULO XIV

**SOBRE EL *AMICUS CURIAE***

Por CHRISTIAN COURTIS

(con la colaboración de FEDERICO ORLANDO)

|   |     |
|---|-----|
| I. Introducción .....   | 321 |
| II. Algunos argumentos para la aplicación de este instituto .....       | 323 |
| III. Los inicios jurisprudenciales sobre la materia .....               | 332 |
| IV. Avances y retrocesos de la jurisprudencia argentina .....           | 339 |
| 1. Avances jurisprudenciales.....                                       | 339 |
| 2. La Corte Suprema dice. Claroscuros en materia de <i>amicus</i> ..... | 342 |
| V. Antecedentes reglamentarios .....                                    | 344 |
| VI. Consideraciones finales .....                                       | 346 |

## CAPÍTULO XV

**¿CUÁNDO EXISTE UNA "CUESTIÓN FEDERAL"?**  
**A PROPÓSITO DEL CASO "HÁBEAS CORPUS**  
**A FAVOR DE HERNÁNDEZ, AUGUSTO"**

Por HERNÁN GULLCO

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción .....  | 349 |
| II. El límite a las facultades de la Corte Suprema en materia de control de constitucionalidad.....                          | 351 |
| III. El dictamen de la procuradora fiscal en el caso "Hábeas Corpus a favor de Hernández, Augusto" .....                     | 353 |
| IV. ¿Es correcto sostener que la sentencia de la Suprema Corte de Mendoza poseía fundamentos suficientes de derecho "local"? | 356 |
| V. La verdadera razón para desestimar el recurso extraordinario en el caso "Hernández" .....                                 | 362 |
| VI. Conclusión .....   | 363 |

**CONSEJO DE LA MAGISTRATURA,**  
**JUICIO POLÍTICO Y JUICIO POR JURADOS**

## CAPÍTULO XVI

## EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Por LAURA ROTH

|   |     |
|---|-----|
| I. Introducción .....   | 367 |
| II. El sistema de justicia argentino .....                      | 368 |
| III. La reforma constitucional y las leyes reglamentarias ..... | 370 |
| IV. La independencia del Poder Judicial .....                   | 372 |
| V. El Consejo .....   | 374 |
| 1. Pluralismo .....   | 374 |
| 2. Publicidad .....   | 377 |
| 3. Funciones .....  | 378 |
| 3.1. Selección .....  | 378 |
| 3.2. Disciplina y acusación .....                               | 382 |
| 3.3. Reglamentación .....                                       | 384 |
| 3.4. Administración .....                                       | 385 |
| VI. Conclusión .....  | 387 |

CAPÍTULO XVII

**EL JUICIO POLÍTICO EN ARGENTINA:  
SU FUNCIONAMIENTO FORMAL  
Y EN LA PRÁCTICA**

Por NICOLÁS DASSEN

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción .....  | 389 |
| II. Antecedentes y naturaleza jurídica .....   | 391 |
| III. El proceso de destitución y funcionarios sometidos a juicio político .....                  | 393 |
| IV. Causales del juicio político .....   | 400 |
| V. Los incentivos de los distintos sectores involucrados .....                                   | 405 |
| 1. Incentivos de los políticos (legisladores y representante del Poder Ejecutivo nacional) ..... | 406 |
| 2. Incentivos del sector judicial .....  | 407 |
| 3. Abogados y académicos .....   | 408 |
| 4. Incentivos cruzados para los representantes de todos los sectores .....                       | 409 |
| VI. Conclusiones .....   | 409 |

CAPÍTULO XVIII

**JUECES Y JURADOS.  
HACIA UN "BICAMERALISMO"  
EN EL PODER JUDICIAL**

Por DEMIAN ZAYAT

|   |     |
|---|-----|
| I. Introducción .....   | 411 |
| II. La función judicial .....   | 414 |
| III. La legitimidad de los jueces .....   | 417 |
| IV. La legitimidad de los jurados .....   | 424 |
| V. Respuesta a las posibles objeciones a la legitimidad democrática de la justicia. El constitucionalismo popular ..... | 429 |
| 1. El constitucionalismo popular .....  | 430 |
| 2. <i>Jury nullification</i> .....  | 432 |
| VI. Conclusión .....  | 434 |

**FEDERALISMO**

## CAPÍTULO XIX

**NOTAS SOBRE FEDERALISMO**

Por JUAN F. GONZÁLEZ BERTOMEU

|   |     |
|---|-----|
| I. Introducción e interrogantes .....                         | 440 |
| II. Federalismo .....   | 441 |
| III. Justificación .....                                      | 443 |
| 1. Deliberación y control democrático .....                   | 444 |
| 2. Protección de grupos y minorías .....                      | 446 |
| 3. Mayorías .....   | 450 |
| IV. Orígenes .....  | 453 |
| 1. Estados Unidos .....                                       | 454 |
| 2. Argentina .....  | 458 |
| V. Argentina federal .....                                    | 465 |
| 1. Dinámicas institucionales. Impacto económico .....         | 466 |
| 2. Federalismo fiscal .....                                   | 473 |
| 3. Otros estándares .....                                     | 477 |
| 3.1. Desigualdad en el derecho .....                          | 478 |
| 3.2. Experimentación .....                                    | 480 |
| 3.3. Federalismo y aplicación de tratados internacionales ... | 481 |
| VI. Conclusión .....  | 484 |

**LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

## CAPÍTULO XX

**INJERTOS Y RECHAZOS: RADICALISMO POLÍTICO  
Y TRASPLANTES CONSTITUCIONALES  
EN AMÉRICA**

Por ROBERTO GARGARELLA

|   |     |
|---|-----|
| I. Introducción .....   | 489 |
| II. "Trasplantes" y "rechazos" .....                                | 491 |
| III. Tres "cuerpos" o tradiciones constitucionales en América ..... | 494 |
| IV. Un pacto entre liberales y conservadores .....                  | 497 |

|   |     |
|---|-----|
| V. El radicalismo político como proyecto excluido .....   | 500 |
| 1. Libertad .....   | 501 |
| 2. Igualdad .....   | 502 |
| 3. Comunidad .....  | 503 |
| VI. Sobre la (in)divisibilidad del proyecto constitucional radical ...                                | 504 |
| VII. El reingreso del radicalismo. Oleadas reformistas en el consti-<br>tucionalismo de América ..... | 506 |
| VIII. "Injertos", "trasplantes" y "rechazos" constitucionales .....                                   | 511 |

## CAPÍTULO XXI

**DIFICULTAD, INUTILIDAD Y NECESIDAD  
DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

Por ROBERTO GARGARELLA

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción .....                            | 521 |
| II. La imposibilidad de la reforma .....         | 521 |
| III. La inutilidad de la reforma .....           | 524 |
| 1. Los derechos sociales .....                   | 527 |
| 2. Derechos para la participación política ..... | 528 |
| IV. La necesidad de la reforma .....             | 529 |

1000

900

800

700

600

500

400

300

200

100

0

10

20

30

40

50

60

70

80

90

100

110

120

130

140

150

160

170

180

190

200

210

220

230

240

250

260

270

280

290

300

310

320

330

340

350

## INTRODUCCIÓN. CONSTITUCIÓN, IGUALITARISMO Y DEMOCRACIA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
LIBRARY

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

Por ROBERTO GARGARELLA

La decisión de organizar esta obra surgió a partir de una dificultad, asentada a su vez en algunas convicciones. La dificultad era obvia y era seria, y tenía que ver con la imposibilidad de ofrecerles a nuestros alumnos un volumen en donde encontrarán el núcleo de los temas que nos interesaba tratar, tratados del modo en que nos interesaba hacerlo. Las convicciones son más importantes, y quisiera referirme a ellas, aunque sea de un modo muy breve.

Por un lado, los miembros de la cátedra estábamos convencidos, como aún lo estamos, de que el derecho constitucional no se enseña del modo en que nos interesa hacerlo. El derecho constitucional es escrito y enseñado, de modo demasiado habitual, por abogados/as que no se dedican profesionalmente, y a tiempo completo, a la investigación y a la docencia. Los resultados de tal situación estructural —hoy por hoy casi inevitable— no son otros que los esperables. El derecho constitucional tiende a achatarsé, comienza a parecerse demasiado a la práctica, y a perder buena parte de su potencia crítica. Ello es así por razones obvias. La más simple y contundente es que la falta de dedicación quita tiempo y posibilidades de estudio: uno termina repitiendo entonces, meramente, lo que estudió algún día o, en el peor caso, lo que aprendió en la práctica del litigio. Por otra parte, el interés obvio de quienes litigan es, más o menos legítimamente, el de ganar casos, antes que el de reflexionar críticamente sobre ellos. Finalmente, para quienes se dedican intensamente a la profesión, la crítica jurídica comienza a ser vista como un problema, antes que como una urgencia. Ocurre que la crítica no atrae la simpatía de funcionarios públicos y magistrados, que un litigante necesita contar siempre más bien de su lado. De allí que la genuina confrontación de ideas sea inhabitual

en nuestro medio, y resulte tan comúnmente reemplazada por los prestos y mutuos elogios.

Por otro lado, nos interesaba marcar, como aún nos interesa hacerlo, un compromiso generacional con un modo diferente de acercarse al derecho, de escribirlo y de enseñarlo. De allí que —y ésta es una cuestión, sólo en principio, formal— todos los autores de esta obra puedan reconocerse como parte de una nueva generación de profesores de derecho constitucional. Es claro que no todos pensamos lo mismo, ni tenemos la misma formación, ni tenemos la suerte de dedicarnos, plenamente, a las actividades docentes. Sin embargo, a pesar de todo ello, resulta claro que la mayoría de nosotros nos encontramos vinculados por una mirada común sobre cómo entender al derecho constitucional: pensamos al derecho constitucional, según me parece, desde una fuerte vocación pública —una vocación crítica y favorable al cambio— y desde un punto de vista que pretendemos igualitario. Para ponerlo de un modo más claro, la mayoría de nosotros no toma al derecho constitucional como —digámoslo así— un deporte que puede practicarse más o menos profesionalmente, un par de veces por semana, o un medio de vida que se ejerce “neutralmente” o con total prescindencia del valor de las acciones que le dan contenido. Más bien lo contrario, vemos en el derecho constitucional un instrumento para pensar críticamente a la sociedad, y orientarla en dirección a un horizonte más igualitario. Finalmente, entendemos que la Constitución es la afirmación de un pacto entre iguales y consideramos, en dicho marco, que nuestra tarea es la de ayudar a pensar, cotidianamente, acerca de los alcances e implicaciones de ese pacto entre iguales —un pacto entre iguales que, conviene reconocerlo, nos interesa hacer realidad en el marco de una sociedad que reconocemos como profundamente desigual—. Este libro merece entenderse, por tanto, como parte de un proyecto de largo aliento. Dentro de dicho proyecto, el libro aparece como el tercer volumen de una cadena de reflexiones que encuentra como antecedentes más inmediatos otras dos obras publicadas por esta misma editorial (*Las acciones colectivas*, editado por Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal; y *El derecho a la igualdad*, editado por Marcelo Alegre y por mí).

Por último, la mayoría de los que aquí escribimos estamos unidos, también, por una común reivindicación de la teoría como lugar desde donde examinar críticamente al derecho constitucional realmente existente. Quisiéramos aclarar, sin embargo, las implicaciones de este compromiso. En primer lugar, reivindicar la teoría no implica abandonar la práctica y los casos concretos. Más bien lo contrario: queremos teoría para poder pensar mejor esa práctica y esos casos concretos. En segundo lugar, reivindicar la

teoría tampoco implica, meramente, dedicar algunos minutos de una clase o algunos párrafos de un escrito a citar alguna obra que leímos rápidamente, o a algún autor extranjero del que supimos antes que nuestros alumnos. La reivindicación de la teoría tiene que ver con el uso reflexivo, crítico, continuado, de cuerpos de pensamiento más o menos completos: teorías de la justicia, teorías de la democracia, teorías de los derechos, teorías de la interpretación constitucional, teorías sobre la función judicial. En tercer lugar, la reivindicación de la teoría no debe verse como sinónimo de la reivindicación de cualquier teoría. Muchos de los autores que formamos parte de esta obra colectiva hemos sido educados —más o menos directamente— a partir del pensamiento de ciertos autores (Carlos Nino, Genaro Carrió, Owen Fiss, entre ellos), y el convencimiento del valor de ciertas concepciones teóricas específicas (por ejemplo, teorías deliberativas de la democracia, teorías procedimentalistas sobre la función judicial). Solemos disentir —y aun pelearnos— respecto del valor que le asignamos a tales teorías y autores. Pero todos sabemos que encontramos en ellos referentes indispensables a la hora de argumentar: necesitamos, permanentemente, apoyarnos en ellos o justificar por qué no lo hacemos.

Como resultado de este tipo de compromisos, en el libro nos detenemos y prestamos atención a autores, criterios y temas que no suelen ser objeto de discusión habitual en los cursos de derecho constitucional más tradicionales: el derecho de la protesta, los derechos de los pueblos originarios, los derechos relacionados con la identidad sexual, los derechos reproductivos, un énfasis muy especial en los derechos humanos y en los derechos sociales, un enfoque —creemos— más complejo y completo sobre la interpretación constitucional, etc. Esta misma predilección por el razonamiento, el disenso y el pluralismo (que no implican, en ningún caso, una defensa del “cualquier teoría vale”, “cualquier nombre aporta”) es la que nos ha inclinado a ofrecer un examen razonado, antes que uno meramente dogmático, de las diferentes partes de la Constitución. Y esa misma vocación explica que hayamos reservado una sección especial del libro para “debates”, y otra a abrirle la puerta del derecho constitucional a enfoques abiertamente no tradicionales, como los que vinculan al derecho con la literatura o con la estética.

Para concluir, quisiera agradecer especialmente a los miembros de la cátedra que, en muchos casos, pudieron dejarnos algún aporte para el libro, y en otros casos no, pero que igual nos ayudaron en las discusiones de aquellos aportes que sí quedaron. En la cátedra, finalmente, defendemos la discusión tanto en la teoría como en la práctica, por lo que solemos reunirnos para debatir, y debatir entre iguales (cuestiones ambas —la

de la discusión y la de la horizontalidad— no tan comunes en nuestro medio, en donde no es extraño que algunas cátedras se organicen y funcionen conforme a estamentos de tipo medieval). También quisiera agradecer a los muchos “amigos de la cátedra” a los que recurrimos para cubrir el panorama más amplio posible de los temas que nos interesaba tratar. Muchos de ellos son amigos con los que nos vemos frecuentemente y otros, colegas por los que guardamos un enorme aprecio y respeto intelectual. Agradezco a Mary Pique, Victoria Ricciardi y Cecilia Garibotti por el apoyo para concluir esta empresa. De modo muy especial, y antes de concluir, quisiera felicitar al equipo que trabajó más cercanamente en esta compilación, y que incluyó a Lucas Arrimada, Federico Orlando y Nadia Rzoncscinsky: ellos realizaron una labor excepcional en todo este tiempo. Es nuestro deseo que la obra sirva para ayudar a pensar un constitucionalismo distinto, un constitucionalismo siempre crítico en su contenido e igualitario en los principios que lo organizan.

## CAPÍTULO II

### EL CONTENIDO IGUALITARIO DEL CONSTITUCIONALISMO

Por ROBERTO GARGARELLA

#### I. INTRODUCCIÓN

Reconociendo la importancia que ha adquirido la concepción constitucional que denominaré individualista o liberal, en este escrito llevaré adelante un examen crítico de la misma y, especialmente, me preocuparé por analizar su tensa relación con el valor de la igualdad<sup>1</sup>.

Desde aquí en más, caracterizaré al constitucionalismo individualista a partir de dos simples presupuestos teóricos, y dos de sus más habituales propuestas de diseño institucional. Los presupuestos en los que pienso son los siguientes: su radical *desconfianza* frente al poder coercitivo estatal, y su paralela y también radical *confianza* en las capacidades de los individuos para escoger adecuadamente cuál es el modo en el que quieren vivir. Por otra parte, las propuestas de diseño institucional distintivas del constitucionalismo individualista serían, primero, la defensa de una *declaración de derechos individuales* basada, principalmente, en la necesidad de proteger la autonomía de las personas (los derechos en cuestión vendrían a impedir, por ejemplo, que el Estado les imponga a los individuos una cierta religión, o les prohíba abrazar ciertos ideales políticos); y segundo, la defensa de un sistema de "frenos y contrapesos", basada en la falibilidad de la voluntad mayoritaria, y la importancia de establecer controles frente a sus previsibles abusos o "excesos".

<sup>1</sup> Con la idea de "concepción constitucional" aludo a una postura acerca de cómo organizar e interpretar la Constitución, en sus principales mandatos.

Según diré, a través de la primera de las propuestas citadas —su defensa de los derechos individuales—, el liberalismo se opone (fundamental, pero no exclusivamente) a posiciones a las que denominaré *perfeccionistas*; mientras que, a través de la segunda de tales propuestas —su defensa de un sistema de “frenos y contrapesos”—, el liberalismo se diferencia de concepciones a las que denominaré *populistas*. Señalaré también que, en su resistencia frente a dichas alternativas, el liberalismo constitucional torna visibles sus valiosos compromisos igualitarios<sup>2</sup>. Finalmente, y hacia el final de este escrito, sostendré que el liberalismo constituye, en el mejor de los casos, una concepción insuficientemente igualitaria.

El trabajo que sigue se divide en tres partes. En la primera muestro de qué modo se explica (y, en buena medida, de qué modo se torna aceptable) la defensa individualista de los derechos, especialmente frente al desafío perfeccionista. En la segunda muestro de qué modo se explica (y, en buena medida, de qué modo se torna aceptable) la defensa individualista del sistema de “frenos y contrapesos”, especialmente frente al desafío populista. En la tercera comienzo a mostrar de qué modo tales iniciativas individualistas dan cuenta del costado igualitario de dicha concepción, y concluyo haciendo referencia al carácter insuficiente de tal compromiso igualitario. El ejemplo principal con el que voy a trabajar, a lo largo de todo este escrito, es el de la Constitución norteamericana de 1786, ya que la misma representa, históricamente, la principal y más influyente expresión de lo que aquí denomino modelo constitucional individualista.

## II. INDIVIDUALISMO CONTRA PERFECCIONISMO.

### LA DEFENSA DE LOS DERECHOS

La postura individualista o liberal, hoy reflejada en un sinnúmero de Constituciones, fue moldeándose en buena medida en disputa frente a concepciones rivales. Particularmente, y según diré, la preocupación individualista por asegurar un ámbito de “privacidad” para cada persona —su defensa de lo que llamaré la “neutralidad estatal”— se vincula con su rechazo del modelo perfeccionista, en donde el Estado toma partido por alguna concepción del bien, a la que favorece, frente a otras alternativas a las que desalienta (*i.e.*, el Estado que sólo da respaldo legal a una par-

<sup>2</sup> Ello, debido a que el individualismo demuestra suscribir el principio (que podemos llamar) de la “igualdad moral” de los individuos —esto es, el principio según el cual los individuos son “libres e iguales”, y merecedores de un idéntico respeto—.

ticular postura religiosa; o el que impide la circulación de ideas políticas con las que está en desacuerdo).

En el contexto norteamericano, el modelo constitucional perfeccionista apareció como relativamente exitoso, en los años iniciales del constitucionalismo, y se hizo notar, fundamentalmente, a través de una multiplicidad de presiones destinadas a comprometer la fuerza pública en favor de una única religión. Estas presiones encuentran su origen en la misma llegada de los colonos ingleses a América: como es sabido, una mayoría de entre los colonos cruzaron el océano para escapar de la discriminación religiosa que sufrían en Gran Bretaña. Sin embargo, ya en territorio americano, los recién llegados no tradujeron dichas persecuciones en prácticas de tolerancia religiosa sino que, por el contrario, tendieron a reproducirlas en su nuevo contexto. Así, muchos de los inmigrantes procuraron establecer, en sus nuevos asentamientos, un monopolio religioso de signo diferente del que regía en Inglaterra, pero tan rígido como aquél (un monopolio religioso que venía acompañado, como en el contexto inglés, de castigos físicos, maltrato y discriminaciones contra los miembros de otras religiones).

Tiempo después, aquel activismo estatal en materia religiosa resultó públicamente defendido por muchos dirigentes norteamericanos vinculados a lo que después sería conocido como el antifederalismo (el grupo de quienes se opondrían al firmado de la Constitución Federal de 1787). Dicha defensa, además, se tornó especialmente intensa en los años previos al dictado de la nueva Constitución. Para muchos antifederalistas, la religión debía actuar como "guardián de la moral". Debía formarse el pensamiento de los ciudadanos —decían— "en favor de la virtud y la religión"<sup>3</sup>. De modo similar, otros antifederalistas sostenían que toda la organización del gobierno debía concebirse como una "escuela formadora de la ciudadanía", un ideal que se lograría, fundamentalmente, a través de la difusión de la moral<sup>4</sup>. De cualquier manera, en tiempos en que se redactaba la Constitución, la principal preocupación de los antifederalistas no fue tanto la de imponer una religión desde el nivel nacional, sino la de impedir

<sup>3</sup> Testimonio de Richard Henry Lee, en una carta fechada en 1784, en STORINO, H., *What the anti-Federalists were for*, The University of Chicago Press, Chicago, 1981, ps. 22 y 23.

<sup>4</sup> Me refiero al antifederalista que firmaba sus trabajos como "A Maryland Farmer". De modo similar, C. Turner sostenía que si el gobierno permitía a los Estados alentar la religión y la moral, luego, iba a lograrse que cada vez fuese menos necesaria su propia presencia, ya que las personas iban a ser ellas mismas la representación de la ley. Ambos testimonios en STORINO, H., *What the anti-Federalists...*, cit.

toda interferencia del poder central sobre el modo en que cada comunidad administraba la cuestión religiosa (fundamentalmente, los antifederalistas quisieron evitar que el Estado nacional impidiese que los Estados locales favorecieran a una cierta religión por sobre otras).

Poco a poco, de todos modos, el individualismo liberal fue ganando posiciones frente a la avanzada perfeccionista. En los Estados Unidos, la "victoria" finalmente obtenida por el individualismo se tornó evidente a partir del dictado de la Constitución de 1787; y fue consolidándose desde entonces, con el paso de los años. Como datos importantes, para explicar este viraje hacia el Estado laico, deben citarse el ingreso masivo, en América, de nuevos inmigrantes pertenecientes a las más variadas religiones<sup>5</sup>; como también, junto con aquéllos, el ingreso de las nuevas ideas racionalistas de autores como Locke, Voltaire o Montesquieu.

Aunque a veces motivados por razones diferentes, muchos de los principales protagonistas de la vida política norteamericana comenzaron a coincidir en la defensa de la tolerancia religiosa y el "no intervencionismo" estatal en cuestiones de cultos —criterios que, finalmente, quedaron plasmados en la significativa propuesta de "separar a la Iglesia del Estado"—. Hacia finales del siglo XVIII, e ilustrando este proceso de crecientes coincidencias, algunos dirigentes defendieron la separación entre la Iglesia y el Estado como una forma de proteger a las iglesias frente a la influencia nefasta de aquél<sup>6</sup>; otros políticos alentaron la propuesta separatista pensando en la mutua conveniencia de ambas instituciones<sup>7</sup>; y

<sup>5</sup> Esta victoriosa disputa en pos de la libertad de cultos suele ser simbolizada con el escape del religioso Roger Williams a Rhode Island, y con la firma (promovida por Williams) de un pacto municipal estableciendo que la voluntad mayoritaria sólo sería respetada en cuestiones civiles. En el preámbulo de dicho pacto se sostuvo que, en el nuevo asentamiento que se creaba, "todos los hombres [podrían ir] por el camino que les dicte su conciencia, cada uno de ellos en nombre de su Dios".

<sup>6</sup> De este modo, y por ejemplo, R. Williams. Williams pretendía impedir que el Estado estableciera restricciones sobre la religión, al mismo tiempo que lo alentaba a fomentar un clima favorable al crecimiento de distintas religiones. Por ello, se ha llamado a su postura sobre la religión una de "tolerancia positiva".

<sup>7</sup> Éste era el caso, típicamente, de James Madison. Según Madison, era de temer "la tendencia a la usurpación por una de las partes o la otra, como también la posibilidad de una coalición o alianza corruptora entre ambas". Dicha posibilidad —agregaba— sólo podía ser evitada "a través de la total abstención de interferencias por parte del gobierno [en las cuestiones religiosas] más allá de la necesidad de preservar el orden público, y proteger los derechos de cada parte frente a las interferencias de cualquier otra". Ver Tamm, L., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Nueva York, 1988, ps. 1158 a 1160.

aun otros defendieron aquella separación como un modo de proteger al Estado frente a la persistente injerencia de la Iglesia sobre el poder público<sup>8</sup>. No faltaban, obviamente, buenas razones para dar mayor fuerza y tomar persuasivos tales réclamos, ante una mayoría de la población<sup>9</sup>.

Para graficar el tipo de política entonces propuesta, Thomas Jefferson habló de la necesidad de "levantar un muro" entre la Iglesia y el Estado<sup>10</sup>. Esta pretensión de distinguir entre la esfera de lo "privado" y la esfera de lo "público" se ha convertido en una de las notas más características del liberalismo. En efecto, pocas cosas parecen interesarle más a los defensores de esta postura que el demarcar los estrictos límites del accionar estatal permisible, mostrando así, a la vez, la importancia de que existan amplios márgenes de libertad para cada individuo. Un Estado estrictamente limitado constituye lo que los liberales describen, persuasivamente, como un Estado *neutral*, esto es, un Estado que no toma partido por ninguna concepción del bien particular. O, para decirlo de un modo más preciso: el Estado neutral es el que no utiliza su poder coercitivo con el objeto de alentar o desalentar alguna peculiar visión sobre lo que es bueno.

El principal medio al que apeló el individualismo para asegurar la defensa de la privacidad y para impedir, así, los indebidos avances del

<sup>8</sup> Pienso aquí, fundamentalmente, en Thomas Jefferson. En Virginia, justamente (el Estado en donde Jefferson y Madison habían nacido) se produjo un episodio decisivo para la historia de la separación entre la Iglesia y el Estado. En 1776, Virginia se convirtió en la primera colonia que dictó una declaración de derechos estableciendo plenas garantías de libertad religiosa. Patrick Henry, líder local, se opuso a dicha declaración y procuró hacer aprobar un proyecto de ley destinado a la recaudación de un impuesto en apoyo de la religión anglicana. Además, Henry anexó una cláusula a su proyecto indicando que los no partidarios de dicha religión podían destinar la suma en cuestión a cualquier otro culto. El proyecto de Henry fue ferozmente atacado por Jefferson, Madison y Mason (tres de las principales figuras políticas del período), quienes lograron derrotarlo luego de nueve años, en 1786, poco antes de la reunión de la Convención Federal.

<sup>9</sup> Estos avances del poder estatal en materia religiosa resultan obviamente criticables para quienes valoran la idea de que cada individuo sea el dueño de su propia vida; para quienes consideran —junto con John Stuart Mill— que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses y afirman, aun, que todos tenemos el derecho de equivocarnos en la búsqueda de nuestro modelo de vida ideal. Dichos avances del poder estatal son criticables, también, por quienes piensan que no tiene sentido obligar a alguien a moldear su moral personal de un modo en el que íntimamente no cree (¿cuál es el sentido, por ejemplo, de reverenciar ciertas ideas por temor a una sanción, y no como resultado del propio convencimiento?).

<sup>10</sup> Ver un análisis al respecto, por ejemplo, en TRIBE, L., *American Constitutional Law*, cit., ps. 1158 a 1160.

poder público fue la consagración y defensa de ciertos *derechos individuales inviolables*. Tales derechos constituyen, si se quiere, los "ladrillos" del "muro" del que hablaba Jefferson —la última valla de protección de los individuos, frente a los reclamos indebidos de cualquier mayoría o grupo encaramado en el poder—. En esta actitud de defensa de los derechos de las personas se evidencia el individualismo propio de esta postura: cada individuo merece ser respetado en sus reclamos más básicos, con independencia de lo que todos los demás piensen al respecto. Cada persona debe concebirse como un fin en sí mismo, nadie puede ser sacrificado en nombre de ningún otro individuo o grupo<sup>11</sup>.

### III. INDIVIDUALISMO CONTRA POPULISMO.

#### LA DEFENSA DE LOS "FRENOS Y CONTRAPESOS"

Según señalara más arriba, el constitucionalismo liberal se distinguió no sólo por su defensa de la neutralidad estatal sino también, y decisivamente, por la propuesta de una estructura de gobierno basada en la idea de los "mutuos controles": el sistema de "frenos y contrapesos". Para entender el significado y el porqué de esta peculiar iniciativa institucional, nuevamente, conviene examinar la concepción alternativa frente a la cual esta propuesta terminó imponiéndose. En este caso, y ante todo, corresponde concentrarse en el análisis de lo que llamé concepciones populistas, muy extendidas en los Estados Unidos al tiempo de dictarse la Constitución.

Distingo al populismo, ante todo, como una concepción que defiende el siempre esquivo ideal del autogobierno y, junto con éste, la activa intervención de la ciudadanía en la resolución de los asuntos públicos. La reivindicación de estos ideales encuentra apoyo, obviamente, en la radical confianza que deposita el populismo en las capacidades de la ciudadanía. Tal como han dicho sus críticos, los populistas parecen suscribir un presupuesto según el cual "la voz del pueblo es la voz de Dios". Este presupuesto, de resonancia rousseauiana, fue efectivamente defendido por muchos antifederalistas durante el período constituyente, como una forma de criticar al sistema representativo entonces propuesto. "[T]oda ley que no

<sup>11</sup> Las personas —como diría el filósofo John Rawls— deben ser consideradas como seres "separados" e "independientes" unos de otros, y no como formando parte indiferenciada de un todo, cuya situación puede quedar sujeta a cálculos de utilidad. RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

sea aprobada por el pueblo en persona, debe considerarse nula" —decía un antifederalista crítico del proceso constituyente—<sup>12</sup>. Otro de ellos agregaba: "Ustedes lucharon, conquistaron, y ganaron su libertad —entonces presérvenla... No la confíen en otras manos más que las propias; estén seguros de que si lo hacen, nunca volverán a obtenerla"<sup>13</sup>. Y uno más: "tan pronto como [el manejo de los asuntos públicos] se aleja del poder constituyente se establece, en algún grado, una tiranía"<sup>14</sup>.

Este tipo de criterios tendió a traducirse, por entonces, en la preferencia populista por un sistema institucional más directamente orientado a alentar y dar expresión a la voluntad mayoritaria. Del mismo modo, el populismo tendió a resistir cualquier intento de fragmentar la voluntad popular (por ejemplo, a través de un sistema legislativo bicameral); de someter dicha voluntad al control de órganos no mayoritarios (por ejemplo, subordinándola al control del poder judicial); o, en líneas generales, de instituir un sistema de restricciones permanentes sobre dichas mayorías (típicamente, un sistema de "frenos y contrapesos")<sup>15</sup>.

Durante el siglo XVIII, la Constitución que mejor simbolizó esta preferencia de los radicales norteamericanos por un sistema institucional más asentado en la voluntad popular —un sistema que, a la vez, aparece en directo contraste con el esquema de múltiples controles institucionales luego triunfante— fue la Constitución de Pennsylvania de 1776. Notablemente, dicha Constitución fue redactada por Thomas Paine, un crítico del conservador sistema político inglés, que se afincó en los Estados Unidos y que ayudó —a través de la citada Constitución— a inaugurar lo que se denominó el período de constitucionalismo radical norteamericano. La Constitución de Pennsylvania, como muchas de las que la siguieron, se

<sup>12</sup> "A Newport Man", citado en BORDEN, M., *The Antifederalist Papers*, Michigan State University Press, Michigan, 1965, ps. 48 a 51.

<sup>13</sup> "A Farmer and Planter", citado en BORDEN, M., *The Antifederalist Papers*, cit., p. 72.

<sup>14</sup> YOUNG, THOMAS, citado en SHERMAN, M., *A More Perfect Union: Vermont becomes a State, 1777-1816*, Vermont Historical Society, Vermont, 1991, p. 190.

<sup>15</sup> Posiblemente, este tipo de actitudes reactivas, propias del antifederalismo, se deban a una indebida asociación entre la noción rousseauniana de "voluntad general" y la noción de "voluntad mayoritaria". Obviamente, si las mayorías pudieran expresar con precisión la "voluntad de todos", luego, habría razones para resistir los límites que se pretendieran imponer sobre ella. Sin embargo, no es inhabitual que las mayorías tomen decisiones contrarias aun a sus propios intereses, como no es de extrañar que haya una pronunciada distancia entre las decisiones mayoritarias y las decisiones aceptables para todos —hechos estos que ayudan a justificar cierto tipo de restricciones sobre la voluntad de las mayorías—.

distinguió por organizar un sistema de gobierno más abierto a la ciudadanía (aboliendo, por ejemplo, las habituales sesiones secretas de la Legislatura, y obligando a publicitar los proyectos de leyes); por establecer un Legislativo unicameral (a partir del convencimiento de que una institución como el Senado sólo venía a restringir indebidamente el poder de las mayorías, otorgándole poder a los sectores "aristocráticos" de la sociedad); por incluir herramientas institucionales destinadas a vincular más estrechamente a representantes y representados (típicamente, a través de elecciones anuales; rotaciones obligatorias en los cargos y, llamativamente, derechos como el de redactar instrucciones para los representantes, o el de revocarles mandato, en caso de incumplimiento de tales órdenes); por crear un sistema de control de constitucionalidad de raíz "popular" (y no, como sería habitual desde la Constitución Federal de 1787, un sistema de control basado en la actuación del poder judicial); y por hacer girar todo el esquema de gobierno en torno al órgano de más claro origen popular (la Legislatura, a la cual se subordinaban los demás poderes).

En la discusión y elaboración de sus primeros ensayos constitucionales, los antifederalistas se mostraron habitualmente muy críticos frente a toda propuesta destinada a establecer controles entre las distintas ramas del poder, a la vez que favorables a un sistema de "estricta separación de poderes". Las razones que dieron sustento a tal postura fueron múltiples. Una, alegada muy frecuentemente, era la de la simplicidad: los mecanismos de mutuos controles eran vistos como demasiado "complejos", y susceptibles de enajenar a la ciudadanía del control del sistema institucional<sup>16</sup>. Para otros, aquella estrategia de dotar de "herramientas defensivas" a cada departamento de gobierno (como sostenía Madison) sólo podía promover una situación de mutuo bloqueo o, en el peor de los casos, un estado de "guerra" entre las distintas ramas del poder<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> El armado institucional —afirmaban— debía ser claramente comprensible para todos los habitantes: "La Constitución de un pueblo libre y sabio debe ser tan evidente para la razón, como las letras de nuestro alfabeto" —decían—. Y también, "este gobierno es de una naturaleza tan complicada e intrincada, que ningún hombre sobre la tierra puede conocer su funcionamiento real". Los referidos testimonios los tomo de Strosser, H., *The Complete anti-Federalist*, The University of Chicago Press, Chicago, 1981, p. 54.

<sup>17</sup> En este sentido, hubo quienes, lúcidamente, anticiparon una situación de tensión permanente entre los diferentes intereses presentes en la sociedad, y reflejados en el sistema de gobierno. Por ello, alertaron a sus pares frente a una previsible situación "de guerra perpetua entre los diferentes [intereses] o, en el mejor de los casos, una tregua armada, mantenida con permanentes negociaciones y coaliciones cambiantes, de modo

De todos modos, las principales defensas del sistema de gobierno basado en una "estricta separación" de poderes tuvieron que ver con la necesidad de resguardar al Poder Legislativo (al que veían como principal objeto de los controles propuestos por los federalistas) y, en última instancia, con la necesidad de asegurar que fuera la propia ciudadanía la encargada de vigilar el funcionamiento del gobierno<sup>18</sup>. Para los antifederalistas, el buen sistema institucional debía descansar sobre (lo que llamaban) controles "exógenos" (esto es, controles externos, de la ciudadanía sobre sus delegados) y no en un entramado de controles fundamentalmente "endógenos" (esto es, controles internos a la propia estructura de poderes), tal como proponían sus rivales<sup>19</sup>.

---

de prevenir la destrucción mutua; cada grupo a su turno uniéndose con su enemigo contra un enemigo más poderoso". Este criterio fue manifestado por Nathaniel Chipman. Ver, CHIPMAN, N., *Principles of Government. A Treatise on Free Institutions*, Eduardo Smith, Burlington, 1833, p. 171.

<sup>18</sup> En este sentido, y por ejemplo, se sostuvo que "la seguridad del pueblo" no se derivaba del sistema de múltiples controles propuesto por los federalistas, sino "de la responsabilidad y la subordinación al pueblo, de cada sección del gobierno". Testimonio de Samuel Williams, de Vermont. Citado en VILE, M., "The Separation of Powers", en GREENE, J. - POLE, J. (eds.), *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*, Basil Blackwell, Oxford, 1991, p. 78.

<sup>19</sup> Esta carencia de controles "exógenos" era una de las razones que fundamentaban la crítica antifederalista según la cual la nueva Constitución creaba un sistema de gobierno "aristocrático". Ver, por ejemplo, las opiniones de "A Federalist", "Montezuma", John Humble, "Aristocratis", John Mercer, "Philadelphensis", "A Farmer and a Planter", en BORDEN, M., *The Antifederalist Papers*, cit. Ver, también, las opiniones de G. Mason, R. Lee, "Centinel", "John De Witt", en STORINS, H., *The Complete anti-Federalist*, cit. También, STORINS, H. (ed.), *The anti-Federalist*, The University of Chicago Press, Chicago, 1985, y ALLEN, W. - GORDON, L. (eds.), *The Essential Antifederalist*, University Press of America, Nueva York, 1985. Uno de los principales partidarios de otorgarle prioridad a estos controles "exógenos" fue Thomas Jefferson quien sugirió, por ejemplo, que cada vez que fuera necesario corregir problemas propios de la Constitución —disputas de poder en torno a la misma— debía "llamarse a una convención [popular]" a los fines de zanjar esa disputa. De este modo, Jefferson, como otros antifederalistas, manifestaba su confianza en las capacidades de la ciudadanía para hacerse cargo de la vida de su comunidad. Madison dedicó un detallado escrito (*El Federalista*, nro. 49) para responder a dicha propuesta, a la que criticó con tres argumentos. Primero, sostuvo que la misma implicaba "el peligro de disturbar la tranquilidad pública" encendiendo las pasiones colectivas. Segundo, afirmó que dichas apelaciones directas a la ciudadanía iban a privar al gobierno de la necesaria "veneración" pública. Y tercero, señaló que dicho recurso, como método para resolver disputas entre diferentes ramas del poder, iba a resultar inadecuado dado que la ciudadanía iba a inclinarse naturalmente por darle la razón al poder que encontraba más cercano a ella —esto es, al Parlamento—.

Considerando los antecedentes mencionados resulta más sencillo, según creo, comprender las reformas al sistema de poderes defendidas por el constitucionalismo individualista y, en particular, el compromiso federalista con un sistema de "frenos y contrapesos". Claramente, el sistema de "frenos y contrapesos" apareció como alternativa necesaria, urgente, frente a la examinada propuesta de una "estricta separación de poderes", a la que los federalistas juzgaban implausible en teoría, y fracasada en la práctica. En efecto, muchos de los principales líderes federalistas estaban convencidos de que el sistema de "estricta separación" era responsable de la anarquía, el caos administrativo y la inflación legislativa que había distinguido a la etapa preconstituyente norteamericana. La carencia de "controles endógenos", además, era signada como la principal causa de la pretensión legislativa de someter toda la estructura de gobierno bajo su autoridad —una práctica que, inaugurada en Rhode Island, se había difundido hacia otros varios Estados en la misma época en que la Convención Constituyente comenzaba a funcionar—.

Los argumentos que pueden darse, y que de hecho se dieron, en favor del esquema de los "mutuos balances" son múltiples y muy variados. En tal sentido, y por ejemplo, puede sostenerse que el mismo contribuye a "moderar" o "enfriar" el proceso de toma de decisiones —dificultando así el triunfo de las iniciativas apresuradas o irreflexivas de cualquier grupo (ésta fue, de hecho, la principal razón alegada por los constituyentes norteamericanos, en defensa del sistema de "frenos y contrapesos")—. También puede decirse que los "controles endógenos" ayudan a dotar de imparcialidad al sistema institucional (al obligar a que distintos sectores de la sociedad contrasten sus demandas entre sí); alientan la "capacidad creativa" del mismo (ello, al forzar una mayor y más detenida deliberación en el proceso legislativo); y contribuyen a disminuir el riesgo de las "mutuas opresiones" favoreciendo así, a la vez, la estabilidad institucional (ello, ante todo, al "bloquear" la posibilidad de que un grupo imponga sus demandas, sin más, sobre los restantes sectores de la sociedad).

James Madison, el principal ideólogo del sistema de "frenos y contrapesos", lo defendió como el único remedio institucional adecuado frente al egoísmo y la ambición de poder que parecía inherente a la naturaleza del hombre. Sin un remedio como el propuesto —consideraba— nada podía esperarse sino la paulatina acumulación de poder en algún grupo o sector del gobierno. Al respecto, y en el párrafo más destacado de su justificación de estos "mutuos controles", Madison sostuvo que "la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los

medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición"<sup>20</sup>. La justificación dada por Madison a su propuesta probó ser muy convincente: desde entonces, el sistema de "frenos y contrapesos" se convirtió en una herramienta indisolublemente unida al constitucionalismo en toda América: de un modo u otro, todas las Constituciones que se adoptaron en la región tendieron a incorporar el esquema de organización del poder elaborado por Madison<sup>21</sup>.

#### IV. ALCANCES Y LÍMITES DEL CONSTITUCIONALISMO INDIVIDUALISTA. INDIVIDUALISMO E IGUALITARISMO

El servicio que ha hecho el constitucionalismo liberal a la causa de la libertad ha sido enorme, ya sea en razón de sus propósitos más genuinos, ya sea a partir del desarrollo indetenible de los principios que ha echado a rodar. Por ejemplo, la noción de derechos individuales que ha defendido pudo responder al mero deseo de sus proponentes de resguardar el derecho a la propiedad privada; a la voluntad genuina de asegurar la tolerancia religiosa; o aun al intento de impedir que el gobierno nacional se inmiscuyese con el activismo religioso de los distintos Estados. Sin embargo,

<sup>20</sup> MADISON, J. - HAMILTON, A. - JAY, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

<sup>21</sup> Corresponde decir que el hecho de que las Constituciones americanas, sin excepciones, incorporaran en su texto la propuesta de los "frenos y contrapesos" no equivale a decir que todas las democracias de la región la hayan puesto en práctica. Muy sintéticamente, diré que fue muy común en Latinoamérica la ruptura de ese sistema de equilibrios y su paulatino remplazo por otro sistema en donde uno de los poderes, el Ejecutivo, primaba por sobre todos los demás. El resultado de esta operación fue el surgimiento de esquemas de gobierno que muchos denominaron sistemas hiper-presidencialistas. De todos modos, también es cierto que el hiper-presidencialismo latinoamericano no fue visto como un resultado apropiado de la evolución constitucional, sino como una anomalía que debía remediarse (remedio que, muy tardíamente, trataron de proveer muchas de las nuevas Constituciones adoptadas en el continente hacia fines del siglo XX —me refiero, por caso, a reformas como las llevadas adelante en Chile y Brasil, en 1989; en Colombia, en 1991; en Paraguay, en 1992; en Perú y Bolivia, en 1993; en la Argentina, Guatemala y Nicaragua, en 1994—). Ver, al respecto, NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992; DIAMOND, L. - LINZ, J., "Politics, Society and Democracy in Latin America", en DIAMOND, L. et al., *Democracy in Developing Countries*, 1-58 (Lynne Rienner), 1989.

cualquiera que haya sido la principal motivación del liberalismo, en este sentido, lo cierto es que la noción de los derechos ha servido y aún sirve como barrera al autoritarismo y como utopía para pueblos oprimidos.

Algo similar puede decirse en relación con el sistema de "frenos y contrapesos" —una propuesta que ha cumplido con un rol esencial en la evolución y justificación del constitucionalismo moderno—. Nuevamente, es posible decir que, en sus orígenes, el sistema de "frenos y contrapesos" tuvo como principal objeto el de proteger a ciertos grupos poderosos frente a lo que ellos mismos consideraban "indebidos desbordes" mayoritarios. Sin embargo, lo cierto es que, a lo largo de su larga historia, el sistema de "frenos y contrapesos" ha servido innegablemente a los efectos de racionalizar el uso del poder, contener abusos, y promover una "disputa creativa" entre las diferentes ramas del gobierno.

A través de este tipo de "creaciones institucionales", el constitucionalismo individualista ha ganado buena parte de su prestigio y sigue resultando, aún hoy, una concepción atractiva. Ahora bien, en mi opinión, lo que explica y en definitiva justifica dicho prestigio es el carácter igualitario que trasuntan sus principales propuestas. El igualitarismo de esta concepción se demuestra, ante todo, en un principio que parece sostener toda su estructura teórica y, en especial, su defensa de los derechos individuales. Me refiero al principio que afirma la igualdad moral entre las personas, el que nos dice que todos merecemos ser tratados con el mismo respeto, con independencia de cuáles sean nuestras creencias más íntimas y cuál sea nuestro modo de vida. Entre otras razones, es gracias a este tipo de principios que el liberalismo pudo diferenciarse históricamente de las concepciones perfeccionistas y elitistas. Así, al sostener, contra tales posturas, que nadie más que el propio individuo debía ser el encargado de determinar de qué modo quería vivir; qué ideas políticas profesar; qué moral sexual adoptar; qué preferencias estéticas sostener. Para el liberalismo, según viéramos, el Estado no se encuentra facultado para tratar a algunas de tales expresiones como inferiores o superiores, como dignas de respaldo o rechazo: los ideales de virtud personal de cada individuo merecen un reconocimiento igual al que reciben los ideales de todos los demás.

Paralelamente, la institución de los "frenos y contrapesos" también gana plausibilidad a partir de los presupuestos igualitarios en los que se apoya. En efecto, lo que esta propuesta supone, en definitiva, es que todos somos igualmente falibles y vulnerables. Si hubiera alguna persona u órgano capaz de determinar inequívocamente qué medida o política es

correcta y cuál no, luego, no habría razón para establecer ningún mecanismo "equilibrador" que obligue al decisor a pensar dos veces la decisión que está por tomar. Si nouviéramos la certeza de que estamos igualmente sujetos a sufrir opresión a partir del poder de los otros, no tendríamos ninguna urgencia por defender ningún mecanismo de control. Si asumiéramos, tal como lo asumía el populismo, que la mayoría no yerra en sus decisiones, que la mayoría siempre toma las decisiones que son correctas para todos, luego, no habría razones para pensar en el sistema de "frenos y contrapesos" —un sistema que obliga al órgano decisor a reflexionar mejor, que procura, de algún modo, darle voz a las voces no mayoritarias—.

He hecho referencia, en los párrafos anteriores, a los aspectos igualitarios del liberalismo. En las pocas líneas que siguen sugeriré que, de modo habitual, esta concepción abdica de aquellas promesas igualitarias iniciales, que la convertían en una concepción atractiva.

Para dar apoyo a la afirmación anterior diría, en primer lugar, que tanto por el modo en que concibe a los derechos, como por el modo en que organiza el sistema institucional, el liberalismo termina afectando las razonables pretensiones que podría tener una postura igualitaria consistente. Ello, ante todo, al poner trabas a la pretensión de que los propios individuos, a partir de un acuerdo entre iguales, determinen de qué modo es que quieren organizar la vida de su comunidad. Adviértase que, de ser cierta esta observación, el liberalismo estaría, al mismo tiempo, reivindicando la posibilidad de que cada individuo sea dueño de su propia vida (su "vida privada"), y negando la posibilidad de que esos mismos individuos, colectivamente, tomen control sobre su vida en común (tomen control sobre la "vida pública"). De este modo, e implícitamente, el liberalismo estaría dejando que los asuntos públicos (digamos, la distribución de recursos, la organización de la propiedad, la evolución de la vida cultural) sean el resultado de las iniciativas de unos pocos (los más ricos o talentosos), en lugar de ser el resultado de un acuerdo entre iguales.

Una forma sencilla para comprobar de qué modo y hasta qué punto el individualismo "bloquea" aquellos acuerdos entre iguales consiste en examinar con algo más de detalle su enfoque sobre los derechos. En primer lugar, corresponde reiterar que la mayoría de los derechos que conocemos parecen contribuir, en efecto, y de un modo decisivo, a que cada persona pueda desarrollar su propio proyecto vital. Así, sin un derecho a la libertad de pensamiento, expresión, asociación, sin protecciones especiales para el ejercicio del propio culto, la posibilidad de autorrealizarse

resultaría ilusoria<sup>22</sup>. Sin embargo, afirmar lo anterior no significa sostener que *cualquier* derecho consagrado en la Constitución, o *cualquier interpretación* de tales derechos, merezca un igual respaldo. Muy especialmente, un derecho como el de propiedad puede servir tanto para potenciar las posibilidades de cada uno de vivir su vida, como para bloquear el accionar mayoritario hasta conseguir su práctica inmovilización. Ello, porque ¿qué es lo que puede hacer el poder político mayoritario si se organiza o interpreta el derecho de propiedad de un modo demasiado amplio? Típicamente, si se considera que el establecimiento de salarios mínimos, el cobro de impuestos o las leyes de higiene laboral constituyen violaciones del derecho de propiedad, luego, la esfera de la acción legislativa queda reducida prácticamente a la nada. Algo similar puede advertirse, por ejemplo, en relación con los fundamentales derechos de libertad de expresión o de prensa. Si concebimos estos derechos de una forma expansiva, podemos contribuir decisivamente a que el espacio público resulte, de hecho, ocupado por sólo unas pocas voces (típicamente, las de aquellos que cuentan con mayores recursos económicos para difundir sus ideas u ofertas frente a los demás). Por supuesto, el individualista liberal puede responder a tales observaciones diciendo que no es responsabilidad de su teoría si los derechos se organizan o interpretan de un modo impropio. De todos modos, al respecto habría que señalar al menos dos cosas. Primero, que la historia del individualismo (desde Locke hasta James Madison, Juan B. Alberdi, José M. Samper, y un largo etcétera) ha sido siempre la de la defensa más amplia de derechos como el de la propiedad y, en este sentido, una historia fuertemente limitativa del accionar mayoritario en la esfera pública. Y, en segundo lugar, y lo que es más relevante, que una concepción consistentemente igualitaria debería requerir una reconsideración de la noción de derechos si es que el desarrollo de la misma es naturalmente compatible con el bloqueo de las políticas democráticas en áreas en donde las mayorías deberían tener una más plena libertad de acción.

Más claros todavía resultan los déficits del individualismo en cuanto al sistema de organización del poder que propone, esto es, en cuanto al defendido sistema de "frenos y contrapesos". Ello, especialmente, si hablamos de un mecanismo de "mutuos controles" como el instituido por la Constitución norteamericana (y receptado en una diversidad de países, desde entonces), que parece presentar un obvio sesgo "antilegislativo".

<sup>22</sup> Ver en tal sentido, por ejemplo, HOLMES, S., "Precommitments and the Paradox of Democracy", en ELSTER, J. - SLAGSTAD, R. (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, ps. 195 a 240.

En efecto, fundado sobre el presupuesto de la irrefrenable tendencia a la irracionalidad (al comportamiento "faccioso") del Parlamento, el sistema de "frenos y contrapesos" concentra sus principales controles sobre la rama más democrática del poder. Ante tal situación, el pensamiento igualitario puede argumentar, razonablemente, y como lo hiciera Thomas Paine en su momento, que los controles sobre el Parlamento resultan defendibles o no dependiendo de quiénes sean sus controladores, y cuál el alcance de sus facultades. Como dijera Paine, si la propuesta en cuestión permite que la voluntad del Parlamento sea decisivamente obstaculizada a partir de las iniciativas de un único individuo (el presidente) reflexionando en soledad, o a partir de la decisión de un Senado no elegido directamente por la ciudadanía, luego, ella puede verse como objetable, tomando en cuenta el básico ideal de que la propia ciudadanía decida cómo es que quiere vivir<sup>23</sup>.

El punto más notable (aunque tal vez no el más grave) de la "ofensiva antilegislativa" del individualismo se vincula con la privación al Congreso de la "última palabra" institucional. Dicha "última palabra", como es sabido, ha quedado depositada en los órganos judiciales —algo que parece chocar con los principios propios de un sistema democrático (al menos, en relación con ciertas cuestiones de interés público)<sup>24</sup>—, en donde debería esperarse que no sea un grupo escogido (de jueces o técnicos o "iluminados") sino la mayoría quien resuelva los problemas más importantes con los que se enfrenta la comunidad<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Ver en PAINE, T., "The Rights of Man", en FORSER, P. (ed.), *The Complete Writings of Thomas Paine*, Nueva York, 1945.

<sup>24</sup> Esta cuestión, referida a la "revisión judicial de las leyes", ha sido objeto ya de una extraordinaria cantidad de trabajos dentro del derecho constitucional moderno. La literatura a la que me refero es muy rica y muchas veces muy persuasiva pero, en todos los casos, ella parte del reconocimiento de la seriedad del problema en juego, y de la dificultad de darle una solución indisputable. Analizo parte de la mencionada literatura en GARCIBIELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>25</sup> En verdad, el problema en cuestión resulta bastante más serio que el señalado cuando se advierte que el sesgo del sistema institucional, más que "antilegislativo", es (como se lo ha calificado en más de una oportunidad) "contra-mayoritario". Con esto quiero decir que, en líneas generales, las instituciones políticas, en lugar de facilitar y alentar la expresión de la ciudadanía, se han dirigido a desfavorecerla. Ello, fundamentalmente, al cortar muchos de los posibles lazos vinculantes entre representantes y representados. En el caso norteamericano, la Convención Federal puso fin a medidas y prácticas tales como la rotación obligatoria en los cargos; las instrucciones a los representantes; el derecho de revocatoria de mandatos; el principio de las elecciones anuales; las asambleas comunales (*town meetings*) periódicas. Todas estas herramientas institucionales

Debe reiterarse: el igualitarismo no pretende —como podría pretenderlo el populismo— que no existan organismos de control frente a los órganos o expresiones mayoritarias; lo que pretende es un sistema institucional que aliente y contribuya a mejorar (en lugar de desalentar o, directamente, reemplazar) la voluntad mayoritaria. Del mismo modo, el igualitarismo no pretende —como podría pretenderlo el perfeccionismo— que no existan derechos, o que los mismos no constituyan “cartas de triunfo” frente a los avances mayoritarios; lo que pretende es una concepción de los derechos compatible con (y no seriamente enfrentada a) el ideal de la autodeterminación colectiva. Al descuidar estos aspectos, concluiría, el constitucionalismo individualista desvirtúa sus originales promesas igualitarias.

Llegados a este punto, de todos modos, no es mucho lo que hemos podido avanzar. Aún es necesario demostrar de un modo más contundente los referidos “límites” del individualismo, en tanto postura igualitaria. Por otra parte, es posible que el individualismo cuente (aunque no estoy seguro de ello) con formas más efectivas para justificar la concepción de derechos, o el peculiar sistema institucional que propone. Finalmente, es necesario mostrar que la postura “consistentemente igualitaria” con la que he estado contrastando al individualismo, en esta última parte del trabajo, resulta, finalmente, una alternativa atractiva. Al menos estas tareas deben quedar pendientes hasta un próximo y más detallado análisis.

---

podían ser criticables, en sí mismas, pero en su conjunto nos hablaban de un modelo de organización constitucional orientado a partir de principios diferentes de los que aún hoy sostiene el constitucionalismo individualista. Se pretendía, en dicho caso, establecer lazos muy fuertes entre representantes y representados —dando, así, más contenido al ideal de la soberanía del pueblo—. Frente a aquella alternativa —distinguida por una pluralidad de herramientas dirigidas a estrechar la relación entre electores y elegidos—, el sistema de instituciones favorecido por el individualismo liberal preservó casi exclusivamente (al menos, en una mayoría de casos) el principio de las elecciones periódicas (aunque muy espaciadas en el tiempo) como único vínculo realmente significativo entre los ciudadanos y sus representantes (de allí —agregaría— que no resulte sorprendente que en la actualidad se hable de modo tan recurrente de la “crisis del sistema representativo”, de la “distancia” que siente la ciudadanía frente a sus representantes).

## CAPÍTULO III

# CONSTITUCIONALISMO *VERSUS* DEMOCRACIA

Por ROBERTO GARGARELLA

### I. INTRODUCCIÓN

Detrás de muchas de las discusiones que hoy se escuchan en países como el nuestro, se esconde una disputa a la cual apenas prestamos atención, y es la que enfrenta a las ideas de Constitución y democracia. En realidad, puede parecer extraño que exista un conflicto entre ambas ideas cuando es tan usual que hablemos de "democracias constitucionales", o cuando es tan común que uno se proclame, al mismo tiempo, y por ejemplo, demócrata y defensor de los derechos humanos. Pero lo cierto es que tales ideas se llevan mal, y que dicho desacuerdo repercute finalmente en nuestras discusiones públicas.

El conflicto entre ambas ideas surge, ante todo, del hecho de que ellas apelan a principios opuestos. Nuestros compromisos democráticos apelan a un principio que a primera vista no reconoce límites, y según el cual no hay ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente. Mientras tanto, y por otro lado, ideas tales como las de Constitución o derechos humanos nos llevan a pensar, justamente, en límites infranqueables, capaces de resistir la presión de cualquier grupo y aun, y especialmente, las presiones de un grupo mayoritario.

En nuestras discusiones cotidianas, la tensión referida emerge de un modo especialmente gravoso. Ocurre que, por un lado, queremos y necesitamos aferrarnos al derecho: queremos estar sujetos a reglas impersonales, antes que a la voluntad discrecional de algún personaje todopoderoso. Sin embargo, y por otro lado, vemos que explotan nuestros ímpetus democráticos que, muchas veces, encontramos encorsetados, prisioneros, dentro del derecho. La mala noticia es que dicha tensión no es

ficticia ni tiene una obvia resolución, pero lo interesante es que reconociendo este problema quedamos forzados a plantearnos cuestiones de enorme importancia.

Los orígenes de dicha tensión pueden encontrarse, por caso, en algunos célebres escritos anticonservadores de Thomas Paine, proclamando el "derecho de los que están vivos" por encima de "la autoridad de los muertos", en su idea de que "cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que la precedieron, del mismo modo en que cada individuo tiene los mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos"<sup>1</sup>. A través de esta afirmación, Paine se oponía a la idea conservadora —típicamente, defendida por Edmund Burke— que venía a rebelarse frente al valor del autogobierno, y en particular, frente al ideario revolucionario que los franceses habían puesto de moda. Para Burke, las tradiciones de la comunidad guardaban mayor valor que las ambiciones de cualquier generación particular. Paine, mientras tanto, y como muchos de sus contemporáneos, pensaba lo contrario.

Un viejo conocido de Paine, Thomas Jefferson, supo retomar aquellos reclamos para incorporarlos a la historia norteamericana. Como Paine, Jefferson también sostuvo que nada era más importante que el autogobierno colectivo. De allí, por ejemplo, que en sus "Notas para el Estado de Virginia" se manifestara en contra de la idea de dictar una Constitución permanente. La misma debía ser, en todo caso, "flexible": cada generación debía tener el derecho de rehacer el texto fundacional propio (de hecho, y calculando que las generaciones se recambiaban, más o menos, cada veinte años, Jefferson propuso la adopción de reformas constitucionales, al menos, con esa periodicidad). De este modo, pioneramente, tanto Paine como Jefferson mostraban la hostilidad que despertaban en los demócratas las ambiciones de los constitucionalistas.

## II. ¿PUEDE RESOLVERSE EL CONFLICTO ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO Y LA DEMOCRACIA?

¿Es cierto, tal como lo sugiriéramos en las líneas anteriores, que no es posible resolver este dilema entre el constitucionalismo y la democracia? ¿Por qué es que no podemos afirmar, como lo hace una mayoría de juristas, la superioridad de la Constitución? ¿Por qué no podemos decir,

<sup>1</sup> PAINE, T., *Collected Writings*, The Library of America, Nueva York, 1995, p. 56.

simplemente, que la Constitución está "por encima de todo" y que, por tanto, ella se impone no sólo sobre la comunidad que la diseñó, sino también sobre las generaciones que la sucedieron? Los problemas en juego aparecen, según entiendo, por la "terquedad" del ideal del autogobierno. En efecto, a la hora de justificar cualquier solución que termine afirmando la primacía de la Constitución, el argumento del autogobierno reaparece firme, imbatible: ¿qué puede haber por encima de tal derecho?

La fortaleza de este ideal es tal que aquellos interesados en defender la primacía de la Constitución han comenzado a dejar de lado su inclinación inicial —orientada a desplazar sin más el ideal democrático— para optar en cambio por una estrategia sustantivamente diferente, destinada a integrar al mismo o, al menos, a mostrar la compatibilidad de su propuesta con la afirmación del principio del autogobierno.

El primer argumento con el que nos encontramos, el más simple de todos, es el que nos dice que la comunidad debe sentirse sujeta a —limitada por— la Constitución porque esta última es el resultado de un acuerdo democrático. Aun asumiendo que siempre lo es —lo que no siempre es claro—, el argumento no nos lleva demasiado lejos. Ello, en particular, cuando estamos hablando, como en este caso, del valor de una Constitución —un documento que, como tal, tiene la pretensión de perdurar con el correr de los años y con el paso de las generaciones. ¿Por qué es entonces que la comunidad que sucede a la nuestra debe sentirse limitada a partir de un acuerdo del que no ha tomado parte? Esta crítica es poderosa, y muestra el grado de conflicto que existe entre el valor del principio democrático y el valor de la Constitución. Sin embargo, los defensores del constitucionalismo tienen todavía varias réplicas a mano, que vamos a estudiar a continuación.

Ante todo, y por ejemplo, alguien podría sostener que las ambiciones del constitucionalismo —sobre todo, la de permanecer a lo largo del tiempo, generación tras generación— se justifican a partir de las circunstancias "peculiarmente democráticas" que rodearon a su nacimiento, léase, por caso, la participación en su dictado de mayorías abrumadoras (o la existencia de un consenso extraordinario al momento de su escritura), un grado inalcanzado de reflexión en su diseño, el puro ánimo público de quienes la redactaron. Este tipo de argumentos son muy habituales dentro del ámbito jurídico. Sin embargo, en una mayoría de casos, dicho relato enfrenta el serio inconveniente de basarse en dogmas o mitos que se disuelven apenas se los examina con un poco más de cuidado. Ocurre que la mayoría de los procesos constituyentes que conocemos tienen poco

parecido con aquellas descripciones heroicas que suelen hacerse acerca de los momentos fundacionales de cualquier nación<sup>2</sup>. Aquellos tiempos fundacionales –típicamente, a fines del siglo XVIII o principios del XIX– tenían poco que ver con las referidas imágenes de consenso unánime y reflexiones desinteresadas. Más bien, ellos nos hablan de discriminaciones (hacia la mujer, hacia los pobres, hacia los esclavos), de presupuestos abiertamente elitistas (conforme a los cuales la mayor parte de la ciudadanía era vista como parte de una masa irreflexiva, más que como individuos con iguales capacidades que los constituyentes) y de decisiones con un claro componente de autointerés (lo que explica el estatus especial conferido a la propiedad privada, en todos los casos, incluyendo en muchos –como el norteamericano– el resguardo a la propiedad de los esclavos).

Admitido este hecho, esto es, el carácter originalmente poco democrático de una mayoría de Constituciones, los abogados del constitucionalismo podrían apelar a una estrategia complementaria. Ellos podrían decir, por ejemplo, que la Constitución merece un respeto especial ya no a partir de la situación especial en la que tuvo origen, sino a partir del respaldo que fue obteniendo con el transcurrir del tiempo. Esto es, según esta postura, la Constitución –¿una mayoría de las Constituciones que conocemos?– puede haber tenido un origen “dudoso” pero aun así haberse “purificado” con el paso del tiempo, ganando legitimidad democrática a través de los años. Esta idea, asociada a la noción lockeana de *consenso tácito*, también resulta muy popular entre los defensores del constitucionalismo. Ella nos viene a decir, entre otras cosas, que aquellos eventuales vicios de origen han sido limpiados a partir del extraordinario consenso que el texto constitucional pudo conseguir en su avance. Este consenso aparecería reflejado en la implícita adhesión que uno acostumbra a detectar en la comunidad hacia la Constitución original y sus “padres fundadores” (léase Madison, Sieyès, Alberdi, etc.), tanto como en la permanencia o no reforma de los rasgos esenciales de aquel texto. Sin embargo, como es bien sabido, los argumentos en favor del consenso tácito tienen poca fuerza. Y es que nunca podemos saber si lo que algunos llaman consenso tácito no debiera ser llamado, en verdad, *mera resignación*, o tal vez una aceptación basada simplemente en el acostumbramiento, en la certeza acerca de lo difícil de cambiar radicalmente dicho texto, en la perplejidad o ignorancia acerca de lo que es posible. Tampoco podemos sa-

<sup>2</sup> I.e., BEARD, C., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Macmillan, Nueva York, 1913.

ber si la falta de una reforma de la Constitución, en sus rasgos esenciales, se debe al consenso generado por la misma o, más bien, a las propias dificultades impuestas por sus creadores para modificarla (*i.e.*, en la exigencia habitual de una mayoría calificada en ambas Cámaras para obtener la autorización para la convocatoria a una Convención reformadora).

Una alternativa estrechamente vinculada con la anterior, pero igualmente fallida, sería la de sostener que la Constitución se encuentra ya enraizada en las tradiciones más profundas de nuestra comunidad. El argumento, en este caso, retomaría el ideal democrático afirmando que los principios constitucionales ya se han “decantado” hasta el punto de formar parte, en la actualidad, de aquel “núcleo duro” que hace que nuestra comunidad sea lo que es, que configura su identidad. En un punto, el argumento es más ambicioso que el anterior, ya que el mismo trasciende la idea del consenso —que, en última instancia, podría cambiar de un momento a otro— para decir que nuestra comunidad no puede abandonar aquel cúmulo de ideas sin dejar de ser lo que es. Sin embargo, claramente, dicho argumento es más vulnerable que el recién examinado. Y es que, por un lado, uno puede tomar algunas iniciativas destinadas a desentrañar la persistencia o no de aquel “consenso dormido”, pero ¿qué hacer en cambio frente a la apelación de las tradiciones? ¿Cómo demostrar lo que parece definitivamente indemostrable? Lo que es peor, aun en el hipotético caso en que pudiéramos demostrar el profundo arraigo de las ideas que distinguen a nuestra vida constitucional: ¿qué razones tendríamos para defender la perdurabilidad de aquellos rasgos? Claramente, podría darse la situación de que nuestra comunidad, por ejemplo, insista en resolver sus conflictos de modo sangriento, y que dicha forma de acción represente ya una “marca de identidad” de nuestro ámbito. Pero, resulta claro, dicho hecho no nos proporciona ninguna razón para darle algún estatus especial a aquella indeseable práctica. Necesitamos criterios, claramente independientes del mero hecho de que una práctica habitual sea una práctica habitual, para definir si merece apoyarse o, por el contrario, disolverse, combatirse, aquella repetida forma de acción.

El propio James Madison —tal vez la cabeza más notable en el desarrollo moderno del constitucionalismo— se vio acorralado, en su momento, frente a un dilema semejante. A él también le interesaba reafirmar el valor de la Constitución frente a quienes insistían en la importancia del valor del autogobierno. Madison estaba interesado en mostrar que las voces más críticas del constitucionalismo —en especial, su amigo Thomas Jefferson— se equivocaban al insistir con la idea del autogobierno colectivo. En su opinión, los propios demócratas debían advertir que, en ocasiones,

el argumento democrático no podía ser defendido en su extrema radicalidad y ello, finalmente, en honor de una última preocupación por el valor de la democracia. La disputa entre Madison y Jefferson apareció frente a la sugerencia del último, portavoz de los sectores más democráticos de la comunidad, de resolver los problemas constitucionales más básicos —en especial, las situaciones de conflicto entre los diversos poderes— haciendo uso de la regla mayoritaria. Madison, particularmente preocupado por asegurar la estabilidad de un sistema político al que consideraba fundamentalmente frágil, pareció indignarse frente a la sugerencia del autor de las “Notas para el Estado de Virginia”. Contra este último, y en lo que hoy se conoce como el escrito nro. 49 de los papeles de “El Federalista”, Madison presentó tres argumentos principales —algunos de los cuales son pertinentes para nuestra requisitoria—.

En primer lugar, Madison sostuvo que si los principales conflictos entre poderes tuvieran que ser resueltos a partir de una convocatoria popular, los mismos iban a tener un final previsible. En su opinión, dado que la Cámara legislativa era la rama del gobierno “más popular”, resultaba obvio que cualquier convocatoria al pueblo contaba ya con una respuesta fija de antemano: el pueblo siempre tendería a inclinarse a favor de la rama que veía más cercana a sus intereses. Por lo tanto, sostenía Madison, la insistencia en el recurso al pueblo, para estos casos, era irrazonable. En segundo lugar, Madison afirmaba que la obsesión con la convocatoria al pueblo debía dejarse de lado si la misma podía poner en riesgo —como él presumía— la propia estabilidad del gobierno democrático. En su opinión, las convocatorias frecuentes a la ciudadanía iban a socavar la legitimidad del gobierno —de cualquier gobierno—. Finalmente, él alegaba que un reclamo como el formulado por Jefferson era irrazonable porque conlleva el riesgo de “encender las pasiones populares”. Nuevamente, el argumento era que, en momentos de debilidad institucional como los que se vivían —y, podríamos agregar, como los que todavía se viven en una multiplicidad de naciones—, argumentos democráticos como los referidos se tornaban inaceptables, porque favorecían el surgimiento de nuevos conflictos, tensiones y divisiones dentro de la sociedad. Ello, cuando lo que más se precisaba era lo contrario, esto es, insistir con aquellas medidas capaces de amalgamar a la sociedad.

Como resulta habitual, las sugerencias de Madison guardan mucho del mejor sentido común, y son —como lo fueron— capaces de ganar la adhesión de sectores importantes de la población. Pero la pregunta es si las razones que daba en aquel momento son lo suficientemente poderosas como para desplazar posibles argumentos en su contra. Y la respuesta no

parece nada clara. El atractivo de los argumentos de Madison resulta a partir de que se extremen los de su contrario. Pero ¿por qué pensar que una iniciativa como la de Jefferson, destinada a reafirmar la autoridad soberana del pueblo, implica un desgastante proceso de convocatorias populares? ¿Por qué esa desconfianza en las virtudes del debate público y, finalmente, en las capacidades reflexivas de la ciudadanía? ¿Por qué decantarse naturalmente por las decisiones del gobierno, en caso de tensiones entre este último y la ciudadanía? En definitiva, la estabilidad no es valiosa a cualquier precio, y aun si fuera cierto que alguna convocatoria ciudadana estimula los conflictos sociales, ¿por qué no pensar —como sostuviera Jefferson— que el estallido de determinados conflictos puede resultar valioso para la salud cívica de la comunidad, y preferible a un estado de tensión latente?

Llegados hasta aquí, de todos modos, conviene explorar un último y prometedor argumento a favor de la prioridad del constitucionalismo. El argumento en cuestión es especialmente interesante porque se orienta directamente a reafirmar lo que los críticos del constitucionalismo más valoran, esto es, el principio democrático. Lo que este argumento señala, entonces, es que la misma preocupación por el valor de la democracia debe llevarnos directamente a reconocer la primacía del constitucionalismo. Ello, fundamentalmente, en la medida en que la Constitución establezca las condiciones que permitan que la democracia funcione como tal.

El argumento es importante y vale la pena examinarlo con algún detalle. Lo que aquí se hace es poner cabeza abajo una mayoría de las críticas democráticas examinadas hasta ahora. En efecto, lo que nos ocurría hasta aquí es que, cada vez que invocábamos un argumento en favor del constitucionalismo, nos encontrábamos frente a alguna variante del argumento democrático que venía a decirnos: ¿pero cuál es la razón para quitarle libertad a la comunidad, para impedirle que sea ella misma la que decida cómo quiere organizar su vida futura? Si usted valora el autogobierno, se nos decía, no tiene alternativa a la de reconocer el carácter subordinado, dependiente, de la Constitución. Lo que se nos dice ahora, en cambio, parece realmente novedoso. Aquí se nos sugiere que, *justamente porque nos interesa defender el valor del autogobierno*, es que tenemos razones para defender la primacía de la Constitución. Más precisamente, se afirma aquí que el constitucionalismo no debe verse —como lo veíamos hasta aquí— como una forma de “atarle las manos” a la sociedad —una forma de quitarle libertad, de ahogar el autogobierno—. Más bien, y por el contrario, se nos dice en este caso que el constitucionalismo debe ser visto como una forma de *ganar o potenciar* nuestra libertad como comunidad.

El argumento en cuestión reconoce una presentación elegante y muy sugerente a través de la metáfora de *Ulises y las sirenas*<sup>3</sup>. En el relato tradicional, Ulises, como capitán de su navío, le exige a sus marineros que lo aten al mástil de la embarcación, porque temía perder el control de la misma una vez enfrentado al canto de las sirenas. Al dar aquella orden, Ulises sabía que iba a perder control sobre sus impulsos más inmediatos –esperablemente, él se vería tentado a desviar su embarcación, e incapacitado así de llegar al destino que se había fijado inicialmente–, pero ello no lo llevó a desdecirse. Ulises tomó su decisión de modo consciente, convencido de que de ese modo –atado al mástil, inmovilizado– podría conseguir el objetivo que se había propuesto en un principio. Por lo dicho, cualquier descripción de tal situación que pretendiera presentar dicho acto como una “pérdida de libertad” por parte de Ulises resultaría insensata. Ulises, podríamos decir, ganó libertad en lugar de perderla, cuando se ató al mástil: fue así, en definitiva, como consiguió llegar al destino prefijado. La moraleja parece clara: contra lo que nos sugiere consistentemente el sentido común –atarse las manos es sinónimo de perder libertad–, lo que el ejemplo nos demuestra es lo contrario: en ocasiones, ganamos en libertad cuando nos limitamos. O, para decirlo de otro modo, hay limitaciones que liberan, ataduras que nos capacitan.

El traslado de esta metáfora al campo constitucional parece obvio: del mismo modo en que Ulises pudo ganar libertad, en lugar de perderla, al incapacitarse para ciertas acciones, una sociedad también puede expandir sus capacidades autoimponiéndose determinados límites. Éste sería el rol de la Constitución –el poner límites “capacitadores” sobre las facultades de autogobierno de la sociedad–. Reconociendo los riesgos de caer en tentaciones inadmisibles (oprimir a grupos minoritarios, censurar a la oposición), una comunidad actuaría tan racionalmente como lo hiciera Ulises si decidiera fijar, de una vez, ciertos límites irrenunciables, capaces de potenciar la propia libertad futura.

La propuesta es atractiva, al menos en un punto importante: ella nos ayuda a dejar de lado la visión habitual conforme a la cual toda limitación, aun autoimpuesta, debe ser vista como una afrenta al autogobierno. Se nos dice aquí, con razón, que cierto tipo de limitaciones pueden ser

<sup>3</sup> Ver ELSTER, J., *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979. Ver también HOLMES, S., “Precommitments and the Paradox of Democracy”, en ELSTER, J. - SLAGSTAD, R. (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

compatibles con, y aun necesarios para, asegurar el autogobierno. Ahora bien, admitido este punto, corresponde preguntarse: ¿hasta dónde es que este argumento permite afirmar la victoria del bando del constitucionalismo por sobre el bando de los demócratas? Lo cierto es que, pese a la espectacularidad del ejemplo de Ulises, el mismo termina probando menos de lo que pretendía.

En efecto, enfrentados a consideraciones semejantes, los defensores del autogobierno podrían replicar que, en verdad, dicha metáfora sugiere bastante poco: en definitiva, los demócratas no objetan la posibilidad de que una comunidad se autoimponga determinados límites, tal como lo hiciera Ulises. Lo que objetan es la posibilidad de que una comunidad exija que los límites que se autoimpuso se preserven firmes frente a las generaciones futuras —algo tan inaceptable como que Ulises le exija a su hijo que se ate al mástil como él lo ha hecho—. Esto es lo que rechazan los demócratas, y lo que el ejemplo de Ulises es incapaz de probar. Dicho ejemplo, en todo caso, prueba lo obvio: la racionalidad del autopaternalismo, pero no avanza en lo que más les interesa a los constitucionalistas, esto es, la justificación de una comunidad para imponer sus normas sobre otras comunidades diferentes.

La comparación entre la situación de Ulises y la que enfrenta una comunidad que quiere dictar su Constitución también registra otro tipo de des-analogía notable. Las sociedades son cuerpos numerosos —compuestos, muchas veces, por millones de personas— y, lo que es más grave, no es para nada esperable que todos ellos participen del dictado de su propia Constitución. De allí que merece guardarse una mayor prudencia cuando se quiere comparar la situación de Ulises, autoimponiéndose normas, con la de la sociedad, queriendo hacer lo propio: en este último caso, lo esperable es que un (muy pequeño) sector de la sociedad determine cuáles son las normas que van a regir para todo el resto. De allí que, en este caso, ni siquiera tiene sentido hablar de autopaternalismo. En prácticamente todos los casos no es cierto que “la sociedad se dicta su propia Constitución”: lo que allí llamamos “la sociedad” no son sus millones de habitantes, actuando de modo conjunto, sino una pequeña elite, por más representativa y honesta que sea. Este hecho abre, entre otros, algunos riesgos notables, ausentes en el caso de Ulises. Bien puede ocurrir, por ejemplo, que dicho sector encargado de dictar la Constitución se incline por dictar normas más favorables para sí mismo que para todo el resto. Esto es, para continuar con la metáfora ya empleada, puede ocurrir que los encargados de dictar la Constitución aten las manos de toda la comunidad, dejando desa-

tadas las propias —una posibilidad inimaginable para el caso de Ulises, pero bastante habitual, de hecho, en la historia del constitucionalismo moderno—<sup>4</sup>.

### III. LA IGUALDAD COMO PRESUPUESTO COMÚN

Una manera de moderar los devastadores efectos de esta tensión entre constitucionalismo y democracia puede ser la siguiente: explorar las notas que reúnen ambas ideas, antes que aquellas que las diferencian. En este sentido, creo que existe un camino atractivo que transitar, a través del recorrido por lo que aparece como uno (si no el principal) de los presupuestos comunes de ambas nociones, y que se vincula con la idea de igualdad. En efecto, no es difícil llegar a la conclusión de que si nos interesa el constitucionalismo y si nos preocupa la democracia ello se debe, ante todo, a que le asignamos un lugar importante a la idea de igualdad. Ello, en el sentido de que asumimos que todas las personas poseen una misma dignidad moral, y son iguales en cuanto a sus capacidades más básicas. Aprobamos el compromiso con el sistema democrático, justamente, porque rechazamos la idea de que existen clases de personas situadas —en sus conocimientos, en su intrínseca dignidad— por encima de todas las demás. Contra dicha propuesta, afirmamos que cada individuo tiene un igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a su propia comunidad: todos merecen participar de dicho proceso decisorio en un pie de igualdad. Nuestro compromiso con el constitucionalismo, del mismo modo, se desprende de este tipo de presupuestos igualitarios. En efecto, queremos preservar ciertos derechos fundamentales que permitan a cada uno llevar adelante su vida conforme a sus propios ideales; y queremos preservar una estructura de decisión democrática en donde la opinión de cada uno valga lo mismo que la de los demás. La idea de igualdad, entonces, resultaría el fundamento último del constitucionalismo y la democracia<sup>5</sup>. La apreciación, cabe aclararlo, no parece descabellada

<sup>4</sup> Años después de haber escrito *Ulises y las sirenas*, Elster advirtió la importancia y gravedad de esta posibilidad. Ver, por ejemplo, ELSTER, J., *Ulysses Unbound*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

<sup>5</sup> Esta posición resulta obviamente tributaria de la sostenida por Dworkin. Ver DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977; NAGEL, T., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979; o KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2001, en cuanto a que todas las teorías políticas plausibles reconocen como valor último el valor de la igualdad.

cuando leemos algunos de los documentos esenciales en la materia, tales como la "Declaración de la Independencia" norteamericana —que reconoce en su primera línea la afirmación de que "los hombres son creados iguales"—; o la "Declaración de Derechos" francesa, que comienza haciendo una referencia a la libertad e igualdad que une a las personas.

La noción de igualdad presentada en las líneas anteriores responde, sin dudas, a una interpretación, de entre las muchas posibles, de la idea de igualdad. Por ello, es importante que desde un comienzo especifique qué tipo de idea de igualdad es la que voy a tomar en cuenta de aquí en adelante. Ante todo, la noción de igualdad que tomo en cuenta se distingue por tener ciertos rasgos individualistas, en un sentido modesto del término: cada persona en sí misma nos resulta importante; a cada una de ellas merece asignársele un valor idéntico. Por otra parte, dicho compromiso con la suerte de cada persona implica, según entiendo, tratar a cada persona *como* un igual, más que tratar a cada persona igual: lo que se pretende es afirmar nuestra preocupación por la igual consideración y respeto que nos merece cada uno<sup>6</sup>. Uno fallaría en su compromiso con la igualdad, en tal sentido, y por ejemplo, si no proveyera un tratamiento especial a la mujer en el ámbito del trabajo, en consideración de su embarazo; o no tomara medidas especiales para asegurar la protección de los intereses de la comunidad negra, luego de siglos de una indebida postergación alentada y mantenida por el Estado.

Aunque son, evidentemente, muchas las formas posibles en las que se puede pensar la idea de igualdad, en lo que sigue asumiré a la misma como vinculada con la perspectiva desarrollada en las últimas décadas por la filosofía política liberal igualitaria. Conforme a una lectura posible de dicha tradición, tratar a cada individuo como un igual conlleva una preocupación por asegurar que la vida de cada individuo dependa de las *elecciones* que cada individuo realiza, y no de las meras *circunstancias* en las que le toca nacer<sup>7</sup>. La vida de alguien resulta inapropiadamente definida por las circunstancias en las que le toca nacer cuando, por ejemplo, el sistema institucional permite que algunos reciban beneficios y otros resulten perjudicados por hechos que son ajenos a su responsabilidad, *i.e.*, por el hecho de que hayan nacido en condiciones de pobreza o riqueza; por el he-

<sup>6</sup> DWORKIN, R., *Taking Rights...*, cit.; DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, y DWORKIN, R., *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

<sup>7</sup> RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971; DWORKIN, R., *A Matter...*, cit.

cho de que hayan nacido con ventajas o desventajas intelectuales o físicas; por el hecho de que pertenezcan a tal o cual género o grupo racial. Por ello, la debida preocupación por la igual dignidad de cada uno —una preocupación que debe ser constitutiva de todo sistema institucional equitativo— resulta entonces violada cuando el Estado, por ejemplo, legítima o refuerza, en lugar de confrontar, aquellas injusticias “naturales” —injusticias que son producto, como dice Rawls, del “azar de la naturaleza”—. El objeto final de la acción pública debe ser, entonces, el de asegurar que nadie tenga acceso a un peor sistema educativo, a un peor servicio sanitario, o a un peor proceso educacional, por razones que son ajenas a su control. El objetivo final, en definitiva, es que el sistema institucional no distribuya “premios y castigos” en razón de factores *arbitrarios desde un punto de vista moral*, sino en razón de las elecciones que cada uno realiza.

Esta posición —conforme a la cual la vida de cada uno depende fundamentalmente de las decisiones de cada uno— aparecerá en lo que sigue como “ideal regulativo”, o “punto de reposo” de muchas de las consideraciones que presento. Dicho ideal, conforme iré dejando en claro, será interpretado de un modo particular, asumiendo lo siguiente. En primer lugar, que tal ideal puede resultar violado tanto por acciones como por omisiones del Estado o, en ciertos casos, de otros particulares. En tal sentido, y por ejemplo, asumiré que el Estado no cumple con sus deberes de asegurar a todos un igual trato cuando meramente se abstiene de actuar, en una situación en donde algunos gozan de ventajas frente a los demás, y las mismas resultan ya sea de su buena fortuna, ya sea de previas acciones indebidas del Estado (*i.e.*, una indebida concesión de derechos, como la que podría resultar de una asignación de tierras que se hiciera sin consideración de los reclamos igualmente legítimos que otros individuos pudieron haber tenido en ese momento; la concesión de licencias realizada sin atención a los intereses fundamentales de los demás). En segundo lugar, la idea de “respetar las decisiones de cada uno” la tomo como incompatible con la de asumir como “dadas” las pretensiones de cada uno. Para decirlo de otro modo, considero aquí que es muy habitual que nuestras pretensiones sean simplemente un reflejo de una estructura cultural conformada a partir de prejuicios, abusos y privilegios injustificados, por lo que el respeto por las decisiones de cada uno requiere, al menos, un previo proceso de información y reflexión crítica sobre la propia situación de cada uno, y sobre sus relaciones con los demás y con el Estado. En tercer lugar, considero que el ideal de respetar a todos por igual, a pesar de su contenido individualista, no implica negar la posibilidad de tomar acciones en favor de colectivos determinados. Típicamente (y conforme

a los mismos ejemplos arriba citados), en una sociedad en donde el estatus de la mujer o de alguna minoría racial se encuentra perjudicado por previas acciones u omisiones del Estado (*i.e.*, quien impidió a través de las leyes que dictaba que aquéllos accedieran a estudios adecuados o a posiciones públicas de poder), el compromiso con el trato igual requiere de la toma de decisiones orientadas a remediar la situación de los colectivos indebidamente perjudicados. En tal sentido, el Estado no actuaría de un modo "debidamente neutral" frente a todos si permitiera que la suerte de determinados individuos empeorara en razón de su pertenencia a determinados grupos previamente perjudicados por el activismo estatal.

#### IV. IGUALITARISMO Y DEMOCRACIA

Una vez que reconocemos el valor último de la idea de igualdad, nos encontramos en mejores condiciones para proseguir nuestros estudios. En particular, y en lo que sigue, quisiera dedicarme a aclarar algunas ideas vinculadas con el compromiso democrático. Al respecto, y en primer lugar, me interesa afirmar que *la superioridad moral de la democracia no significa que debemos situar en el mismo plano a toda expresión de la voluntad ciudadana*. En efecto, para quienes asumimos que todos somos fundamentalmente iguales —y que nadie tiene, por tanto, el derecho de arrogarse el poder de decidir en nombre de otro u otros—, las expresiones más directas de la voluntad ciudadana tienen más valor que aquellas otras que se encuentren más mediadas institucionalmente. En tal sentido, y por ejemplo, tenemos razones para adjudicar mayor legitimidad democrática a la decisión de una Legislatura que a la decisión de un juez; o a la decisión del presidente que a otra tomada por un funcionario ministerial nombrado por él (lo cual no niega, por supuesto, que coyunturalmente podamos estar "más de acuerdo" con las últimas que con las primeras). Del mismo modo, las decisiones tomadas directamente por la ciudadanía merecen ser jerarquizadas por encima de las que pueda adoptar la misma Legislatura que la represente (ello, contra lo que pudieron decir los propios "padres fundadores" en la Argentina o en los Estados Unidos).

Por otra parte, cuando reconocemos que nuestra racionalidad es limitada, no podemos sino asumir que todos y cualquiera de nosotros puede equivocarse en sus juicios y razonamientos, y que habitualmente no alcanzamos a manejar toda la información que necesitaríamos para decidir bien. De allí que no podamos considerar que todas las decisiones tomadas en respeto de la regla mayoritaria sean idénticas.

*Porque* respetamos a todos por igual, y *porque* asumimos que nadie tiene el conocimiento suficiente como para decidir en nuestro nombre (es decir, porque asumimos que todos podemos equivocarnos), es que necesitamos escuchar a todos los demás, y corregir nuestros juicios mutuamente. Cuanto menos oportunidades nos demos para llevar adelante este proceso de mutua clarificación, más riesgos correremos de decidir mal, esto es, a partir de *errores, prejuicios, o falta de información*. Esto parece explicar por qué los gobernantes más autoritarios suelen ser los que más se entusiasman con las invocaciones a las mayorías; por qué Pinochet en los años ochenta o Fujimori en los noventa convocaron alegremente la celebración de plebiscitos destinados a ratificar su presencia en la cúspide del poder (como lo hiciera, también, el ex gobernador Eduardo Duhalde en la provincia de Buenos Aires). Ocurre que, si se restringe la circulación de información y opiniones críticas, mientras se insiste con la propaganda en favor de quien está en el poder (como hicieran cada uno de los nombrados); si se prohíbe la existencia de sindicatos o partidos políticos (como ocurriera durante el régimen de Pinochet); o se permite que el debate público esté controlado por el poder y el dinero, luego, las posibilidades de que el convocante obtenga una victoria en la compulsa electoral se incrementan de un modo obvio. Así, quedamos sujetos a la peor situación posible: la autoridad de turno puede mostrar al mundo su autoridad reluciente, y fortalecida a partir del áurea de la legitimación popular. Por advertir lo anterior, es que quienes defienden un compromiso radical con la democracia tienen la especial responsabilidad de tomarse en serio el diseño de las reglas capaces de darle sentido al mismo.

Lo dicho lleva implícito una reflexión de teoría de la democracia, orientada a distinguir entre distintas formas en que es posible concebirla. En particular, las consideraciones recién avanzadas implican el rechazo a una idea que tiene mucho predicamento dentro de los estudios de la democracia (vinculada con lo que se ha dado en llamar la concepción *pluralista* de la democracia<sup>8</sup>), y que sostiene o simplemente asume que el sistema político debe encargarse, fundamentalmente, de agregar las diferentes preferencias existentes dentro de la sociedad, para poner en práctica aquellas que cuentan con mayor respaldo. Contra dicha visión, aquí se procura distinguir —como ya sugiriéramos— entre la *agregación* y

<sup>8</sup> Ver Dain, R., *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press, Chicago, 1956.

la *transformación* de preferencias<sup>9</sup>. Lo que se afirma es que, justamente a partir de la señalada necesidad de no tomar como dados los errores, prejuicios o falta de información de cada uno, la democracia debe ser concebida como un ámbito destinado primordialmente a facilitar la reflexión crítica. Esta afirmación merece entenderse en un sentido fundamentalmente modesto: lo que se quiere significar es que el *statu quo* no merece un tratamiento deferencial, por el hecho de serlo. Ello, en particular, cuando —tal como ocurre en una mayoría de sociedades modernas— las condiciones iniciales en las que se desarrolla la política no parecen especialmente justificadas.

La posición anterior, favorable a concebir la democracia como un proceso orientado a la “transformación” de preferencias, se ve reforzada por una multitud de estudios psicológicos que muestran de qué modo las decisiones y acciones de las personas resultan moldeadas a partir de las normas (jurídicas, sociales) que enmarcan la vida de cada uno<sup>10</sup>. Sin necesidad de abrir juicios acerca del grado de justicia e injusticia de las instituciones actuales, resulta claro, al menos, que las sociedades modernas se han edificado sobre la base de múltiples e inaceptables injusticias, que incluyeron medidas racistas, sexistas y xenófobas entre ellas. De allí que haya razones adicionales para someter a un proceso de examen crítico las posiciones iniciales de cada uno. Ocurre que, por ejemplo, es dable esperar que luego de largas décadas o siglos de racismo, muchas personas de color hayan desarrollado una visión muy degradada acerca de sus propias capacidades. Del mismo modo, es esperable que luego de una larga época en que se les privaba del voto o del mismo derecho a trabajar, muchas mujeres hayan comenzado a verse a sí mismas como incapaces de desarrollar tareas para las que están perfectamente calificadas. Así también, en contextos como los citados, es dable esperar que muchos empleadores o dirigentes políticos desarrollen visiones prejuiciadas acerca de aquellos grupos, y acerca de los derechos y obligaciones que pueden corresponderles. En definitiva, en una mayoría de casos, y muy especialmente frente a situaciones como las descriptas, caracterizadas por largos años de injusticia, tiene sentido poner en tela de juicio el *statu quo*, y organizar conforme a dicho criterio las instituciones democráticas. En

<sup>9</sup> SUNSTEIN, C., “Preferences and Politics”, 20 *Philosophy and Public Affairs*, 3, 1991.

<sup>10</sup> Ver, por ejemplo, SUNSTEIN, C., *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 38. Una buena colección de textos al respecto en SUNSTEIN, C. (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

otros términos, en situaciones como las citadas la democracia no merece ser pensada, meramente, como un instrumento orientado a la agregación de preferencias —un instrumento encargado de convertir las injusticias históricas en injusticias legítimas.

Del mismo modo, consideraciones como las anteriores, que asumen el igual valor de cada individuo, tienden a reafirmar el presupuesto milliano conforme al cual cada individuo es "soberano sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente"<sup>11</sup>. Con Mill, reconocen entonces que cada persona es el mejor juez de sus propios intereses. Conviene aclarar que, al afirmar una idea como la citada, uno no queda comprometido con ninguna de las dos ideas siguientes: una *sección tercera* o que uno siempre está en lo cierto, en lo que concierne a su propia vida (*i.e.*, que uno siempre escoge el mejor camino alternativo posible, cuando se encuentra en una encrucijada vital); y que los demás no pueden tener razón (y aun, ocasionalmente, más razones que nosotros mismos) al pronunciarse acerca de nuestras elecciones personales. Lo que se quiere afirmar, más bien, es que cada persona se encuentra excepcionalmente bien situada para reconocer cuáles son sus propios intereses, cuáles sus deseos y temores, cuál la intensidad con la que abraza o rechaza ciertas opciones. Esa posición privilegiada convierte a cada uno en el "mejor juez" de su propio destino, y hace presumir que, tendencialmente, nadie vaya a saber sopesar mejor que uno los propios intereses.

Dicho presupuesto tiene implicaciones muy significativas en materia de filosofía política. Fundamentalmente, nos sugiere que los problemas colectivos deben ser discutidos colectivamente, si lo que se pretende es adoptar decisiones que traten a todos imparcialmente, esto es, según voy a asumir aquí, decisiones que sepan balancear adecuadamente los intereses de todos. Afirmar esto implica rechazar, por ejemplo, una postura muy habitual entre quienes se ocupan del estudio y diseño de sistemas institucionales, conforme a la cual la mejor garantía para la adopción de decisiones imparciales está dada por la reflexión individual, aislada, de algunas personas bien instruidas (típicamente, los jueces). Esta posición *monológica* —epistémicamente elitista, según el lenguaje de Carlos Nino<sup>12</sup>— es desplazada aquí en favor de una diferente, *colectivista*, que vincula la imparcialidad con procesos de reflexión colectiva<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> MILL, J. S., *On Liberty*, Bobbs-Merrill Co., Indianápolis, 1956, p. 13.

<sup>12</sup> NINO, C., *The Ethics of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

<sup>13</sup> HABERMAS, J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1996.

Esta posición es fundamentalmente *inclusiva* en cuanto sostiene que el mejor método para garantizar que ningún punto de vista sea ignorado o *supra* o subvalorado consiste en asegurar la intervención —y en definitiva, la *presencia*<sup>14</sup>— de todos los *potencialmente afectados* por la decisión en juego<sup>15</sup> en el proceso de toma de decisiones. Se afirma aquí que en la medida en que el proceso de toma de decisiones tenga menos que ver con un proceso inclusivo, del que toman parte todos aquellos interesados en la decisión, y desde un lugar igual, menos razones va a haber para pensar que la decisión finalmente adoptada sea una decisión imparcial.

Por supuesto, no se afirma aquí que nadie puede ni debe hacer el esfuerzo para situarse en el lugar de los demás. Es claro que todos tenemos cierta capacidad para la empatía, y que es muy valioso hacer ese esfuerzo por reconocer y entender el punto de vista de los demás. Lo que se dice aquí es que una comunidad mejora las chances de adoptar una decisión imparcial en la medida en que escucha efectivamente a aquellas personas o grupos que pueden ser afectados por la decisión en juego<sup>16</sup>. O, en otros términos, se dice aquí que una comunidad reduce los riesgos de ignorar o pasar por alto la consideración de ciertos intereses relevantes dejando que los propios afectados tengan la oportunidad de hacer uso de la palabra, y explicar a los demás por qué sostienen la posición que sostienen.

Llegamos así, entonces, a otra consideración clave para caracterizar la posición que aquí tomaremos como punto de referencia. Y ésta es la importancia de la *deliberación colectiva* a la hora de determinar de qué modo deben tomarse las decisiones frente a problemas de índole colectiva. La deliberación se defiende aquí, ante todo, en razón de que los procedimientos de discusión resultan, en principio, adecuadamente respetuosos del principio según el cual todos merecemos un igual respeto —el principio que nos dice que nadie tiene el derecho de arrogarse el poder de tomar decisiones sobre todos los demás miembros de la sociedad—. Pero concurren varias otras razones en defensa de un procedimiento dialógico. Por una parte, dicho procedimiento nos ayuda a conocer alternativas que de otro modo podríamos tener dificultades en conocer; nos ayuda, así, a

<sup>14</sup> PHILLIPS, A., *The Politics of Presence*, Clarendon Press, Oxford, 1995; y WILLIAMS, M., *Voice, Trust and Memory*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

<sup>15</sup> HABERMAS, J., *Between Facts...*, *cit.*

<sup>16</sup> PHILLIPS, A., *The Politics...*, *cit.*; KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

corregir nuestras propias posturas; nos permite entender por qué los demás están de acuerdo o no con nosotros; contribuye a que conozcamos puntos de vista que podríamos haber ignorado simplemente en razón de prejuicios; favorece la consolidación de una práctica conforme a la cual las decisiones se toman por consenso, y no como resultado de la imposición arbitraria de algún grupo. Finalmente, los procedimientos de discusión nos fuerzan a dar razones acerca de por qué defendemos una posición u otra. Si no lo hacemos –si decimos, simplemente, “defiendo esta posición porque sí”, o “porque me conviene a mí”–, seguramente tendremos dificultades en ver nuestra propuesta aprobada. Por supuesto, la discusión no hace un llamado a la hipocresía –a que cada uno indague, estratégicamente, de qué modo puede agradar o persuadir a los demás–, aunque algunos vayan a hacer un uso meramente manipulativo de los argumentos. De lo que se trata es de reducir ciertos riesgos finalmente presentes en cualquier procedimiento de toma de decisiones, a la vez que proveer de mayores incentivos y posibilidades a alternativas que se consideran valiosas.

Lo dicho no implica entonces una defensa dogmática ni incondicional de la discusión: un debate del que algunos sectores se encuentren sistemáticamente excluidos; en donde la distribución de la palabra depende del dinero o la capacidad de influencia de cada uno; en donde el uso de la palabra queda disociado de la toma final de decisiones; no es un debate que merezca mayor atención. Del mismo modo, defender la deliberación no implica sostener que la misma implica –o debe implicar, para tener sentido– el logro de un consenso unánime entre los participantes; o creer que un previo proceso deliberativo garantiza la imparcialidad final de la decisión en juego: lo que se mantiene, más bien, es que la deliberación es un procedimiento justificado, y capaz de favorecer una dinámica colectiva valiosa. Finalmente, la defensa de la deliberación no implica sostener la idea de que la deliberación va a llevar al logro de acuerdos armónicos, más que a la revelación o estallido de conflictos<sup>17</sup>. La deliberación puede generar tanto como disolver conflictos, y su sostenimiento se basa, en todo caso, en razones independientes, como las citadas más arriba.

© Cambridge University Press  
www.cambridge.org

17 Przeworski, A., “Deliberation and Ideological Domination”, en Elster, J. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

<sup>17</sup> Przeworski, A., “Deliberation and Ideological Domination”, en Elster, J. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

## SISTEMA POLÍTICO

Đường lối

chính sách

kinh tế

địa phương

chính quyền

địa phương

ĐIỀU KIỆN TỰ NHIÊN

## CAPÍTULO IV

### DEMOCRACIA SIN PRESIDENTES

Por MARCELO ALBREGÉ<sup>1</sup>

#### I. INTRODUCCIÓN

La crítica frontal al presidencialismo está perdiendo espacio en América latina. En este trabajo expreso mi queja por este silencio. Durante un tiempo creí que tal vez había que abandonar la propuesta de parlamentarización de los sistemas políticos latinoamericanos. Pero un análisis somero de algunos desarrollos recientes de la ciencia política y el derecho constitucional ha reforzado mi convicción acerca del carácter negativo del presidencialismo.

La pasividad actual frente al presidencialismo puede obedecer a diversas razones. En primer lugar, puede deberse a la creencia de que la dicotomía "presidencialismo versus parlamentarismo" está *demodé*, y que otras categorías (por ejemplo, "federalismo-unitarismo", "pluripartidismo-bipartidismo") gozan de mayor poder explicativo respecto de los sistemas políticos. En segundo lugar, la aceptación del presidencialismo podría fundarse en el error de las críticas de décadas pasadas o en el hallazgo de ciertas virtudes hasta ahora ocultas del presidencialismo. En tercer lugar, aun cuando la dicotomía "presidencialismo-parlamentarismo" mantuviera su vigencia y los males del presidencialismo se consideraran probados más allá de toda duda razonable, podríamos justificadamente postergar la pro-

<sup>1</sup> Agradezco las discusiones y comentarios con y de Lucas Arrimada, Paola Bergallo, Juan Bertomeu, Gabriel Bouzat, Bo Burt, Eduardo Cifuentes, Víctor Ferreres Comella, Alberto Föhrig, Roberto Gargarella, Owen Fiss, Ezequiel Nino, Carlos Rosenkrantz y Pablo Ruiz Tagle, y a los y las integrantes del curso "Temas actuales de derecho constitucional" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 2005 y 2006.

puesta de abandonar el presidencialismo por razones de realismo: tal vez sea impensable un cambio tan radical de sistema de gobierno. O tal vez sería simplemente inconveniente contribuir a la larga historia de inestabilidad institucional latinoamericana a través de nuevas reformas constitucionales con su carga de traumatismo, alta tensión y profundas confrontaciones.

Me propongo reflexionar acerca de estas posibles explicaciones en el siguiente orden: primero repasaré el estado de la cuestión en la discusión académica de la última década y media. Además de las nuevas evidencias sobre las disfuncionalidades del presidencialismo, me ocuparé luego de algunas defensas recientes del presidencialismo. A continuación, enfatizaré la crítica normativa del presidencialismo, y señalaré de qué manera las objeciones de principio pueden extenderse a la alternativa de atenuar, en vez de dismantelar el presidencialismo. Mi sospecha es que el semipresidencialismo no es una buena opción y que deberíamos, consecuentemente, optar por un sistema parlamentario. Por último, aspiro a convencerlos/as de que los académicos/as no debemos sumarnos al silencio que parece estar imperando respecto de un sistema que, como el personaje borgeano, "es autoritario, pero también es ineficaz"<sup>2</sup>.

## II. VIGENCIA DEL DEBATE "PRESIDENCIALISMO PERSUS PARLAMENTARISMO"

Una posible explicación del abandono de la crítica al presidencialismo en América latina sería que la distinción entre sistemas presidencialistas y parlamentaristas es demasiado abstracta, y que, por consiguiente, el foco de las reformas institucionales debería centrarse en otros elementos de los sistemas institucionales. De acuerdo con esta explicación, sería más fructífero, en vez de cuestionar el sistema de gobierno, que nos ocupáramos, por ejemplo, de los problemas que plantea el federalismo latinoamericano, o de fortalecer la independencia judicial, o de reformar el sistema de partidos políticos.

Existe una correlación entre este punto de vista y algunos desarrollos académicos recientes. En efecto, ha habido intentos muy serios de demostrar que la dicotomía "presidencialismo/parlamentarismo" debía ser

<sup>2</sup> Como Carlos Argentino Daneri, el personaje de *El Aleph*. Uno de los problemas del presidencialismo es que el precio de atenuar su autoritarismo sería una mayor ineficacia, y viceversa.

abandonada<sup>3</sup>. Sin embargo, el resultado, a mi juicio, ha sido el de fortalecer la relevancia de este contraste. Los embates contra la distinción, en lugar de desplazarla, la han enriquecido. Por supuesto, hoy entendemos que el sistema político no lo es todo, ya que también cuenta, por ejemplo, el grado de federalismo, el sistema electoral y de partidos políticos, la cantidad de actores con poder de veto sobre las políticas públicas. Pero el hecho de que un país adopte un sistema presidencialista o uno parlamentario sigue siendo la decisión institucionalmente más significativa y que acarrea las consecuencias más profundas en relación con el resto de las variables. En otras palabras, los sistemas presidencialistas suelen producir diferencias muy marcadas respecto de los parlamentarios en una amplia serie de elementos. Las diferencias en el interior de los sistemas de gobierno, con ser de fundamental importancia, no consiguen opacar la relevancia de las diferencias entre sistemas de gobierno.

Como lo han mostrado David Samuels y Kent Eaton<sup>4</sup>, hay dos características predominantes en los sistemas presidencialistas. Por un lado, los "poderes unilaterales del Ejecutivo" (veto legislativo, dictado de decretos con fuerza de ley, iniciativa en materia presupuestaria, etc.) y, por otro lado, la "separación de propósitos" (que se da cuando el Ejecutivo y los legisladores difieren en sus incentivos, preferencias y respecto de los grupos, presiones y demandas a que responden). Estos dos elementos son más frecuentes en los sistemas presidencialistas, y aun cuando puedan excepcionalmente estar presentes en los sistemas parlamentarios, su impacto es mayor en los esquemas presidencialistas. A partir de estos rasgos surgen notorias diferencias entre los sistemas presidencialistas y los parlamentaristas en varias dimensiones. Hay diferencias en cuanto a la fragilidad del régimen, a la probabilidad del surgimiento de gobiernos de minoría, a la efectividad en la aprobación de propuestas legislativas, a los incentivos para proponer y para integrar gabinetes de coalición<sup>5</sup>, a la facilitación

<sup>3</sup> Por ejemplo, THOMAS, G., *Veto Players, How Political Institutions Work*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2002.

<sup>4</sup> SAMUELS, D. - EATON, K., "Presidentialism and, or, and versus Parliamentarism: The State of the Literature and an Agenda for Future Research", *paper* presentado en la Conference on Consequences of Political Institutions in Democracy, Duke University, abril de 2002, ps. 5 a 7.

<sup>5</sup> CHEIBUS, J. - LIMONGI, F., "Modes of Government Formation and the Survival of Democratic Regimes: Presidentialism and Parliamentarism Reconsidered", *Annual Review of Political Science*, 5, 2002, ps. 151 a 179, niegan esta diferencia, pero hay muchos estudios empíricos que la confirman. Ver el trabajo de SAMUELS, D. - EATON, K., "Presidentialism...", *cit.*, y sus referencias, ps. 16 y 17.

dad para la entrada de oportunistas y *outsiders* a los gabinetes de gobierno, al acceso público a información política relevante, a la influencia de los grupos de interés, a la vulnerabilidad frente a la corrupción, y en cuanto a la exposición de los sistemas, a los cambios abruptos y sorpresivos de programas y acciones de gobierno.

Luego repasaré estos efectos, pero por ahora sólo interesa remarcar que la distinción entre presidencialismo y parlamentarismo merece continuar en el centro de los estudios sobre regímenes de gobierno. Esto no significa ignorar la relevancia (como tal vez se hizo durante un tiempo) de otras variables que afectan de manera importante el funcionamiento de los sistemas políticos, como los poderes legislativos del Ejecutivo, los sistemas electorales, el sistema de partidos políticos, el bicameralismo, el federalismo y el control judicial de constitucionalidad<sup>6</sup>.

Para ilustrar la vigencia de la importancia de la distinción entre presidencialismo y parlamentarismo, permitaseme aludir al importante trabajo de George Tsebelis, uno de los autores que ha insistido en la conveniencia de abandonar esta dicotomía<sup>7</sup>. Tsebelis ha propuesto que la clave para entender los distintos sistemas son los jugadores con poder de veto (*veto players*), es decir, actores cuya aquiescencia es necesaria para modificar el *statu quo*. En apretada síntesis, la idea de Tsebelis es que a mayor cantidad de jugadores con poder de veto habrá mayor estabilidad en las políticas y, consiguientemente, mayor dificultad para producir reformas. Samuels e Eaton señalan que el número de los jugadores con poder de veto puede estar configurado por elementos distintivos de ambos sistemas, por lo cual éstos y no aquéllos son la clave principal. Adicionalmente, el mismo Tsebelis reconoce que ciertos actores con poder de veto pueden ser irrelevantes, dado lo que denomina la "regla de absorción": si las preferencias de un actor con poder de veto coinciden con las de otro, su capacidad de veto pierde importancia. Por último, existe el problema de que en el interior de actores colectivos, como partidos políticos, sindicatos o bloques legislativos, pueden a su vez existir actores colectivos más pequeños o actores individuales con su propio poder de veto. La moraleja es que contabilizar actores con poder de veto puede ser una tarea muy engorrosa<sup>8</sup>, y no siempre del todo iluminadora. El es-

<sup>6</sup> Ver Eaton, K., "Parliamentarism versus Presidentialism in the Policy Arena", *Comparative Politics*, 2000, ps. 355 a 376.

<sup>7</sup> Tsebelis, G., *Veto Players...*, cit.

<sup>8</sup> Eaton la califica de "[A] messy and subjective affair" en Eaton, K., "Parliamentarism...", cit., p. 362.

tudio de los jugadores con poder de veto no es un buen candidato para desplazar la categorización "presidencialismo-parlamentarismo" del centro de la escena.

Por mi parte, creo que la relevancia de la distinción "presidencialismo-parlamentarismo", lejos de diluirse, está presupuesta por el propio Tsebelis cuando señala que cuando ambos sistemas (el presidencialista y el parlamentario) cuentan con un número alto de jugadores con poder de veto se da la siguiente diferencia: en los parlamentarismos habrá inestabilidad de los *gobiernos*, mientras que en los presidencialismos habrá inestabilidad de *sistema*<sup>9</sup>. Bajo ciertas circunstancias, la diferencia entre parlamentarismo y presidencialismo, aprendemos de Tsebelis, ¡es la que hay entre democracia y dictadura!

Ahora bien, aun cuando la distinción entre presidencialismo y parlamentarismo sigue siendo relevante, si se nota un corrimiento del foco de análisis. Hasta hace quince años el gran parámetro de estudio era el de la estabilidad de los sistemas, pero hoy la atención está centrada en el tipo de políticas y resultados que uno u otro sistema tiende a producir<sup>10</sup>. Dicho de otro modo, si antes preocupaba la *supervivencia* del presidencialismo, hoy nos importa su *vida*. Así, interesa indagar sobre la capacidad del presidencialismo para producir reformas estructurales, para resistir los embates de los grupos de presión, para controlar la corrupción, para evitar los giros drásticos en las orientaciones de los gobiernos, o para producir bienes públicos. Como veremos, el presidencialismo no sale precisamente bien parado de estos nuevos análisis.

### III. LOS MALES DEL PRESIDENCIALISMO, AYER Y HOY

Antes de analizar algunos de los nuevos desarrollos en el estudio del presidencialismo, repasemos someramente cuatro de los cuestionamientos más tradicionales contra el presidencialismo.

#### 1. El problema de las legitimidades en conflicto

Arend Lijphart ha afirmado que, dado que en los sistemas presidencialistas tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo son electos popu-

<sup>9</sup> TSEBELIS, G., *Veto Players...*, cit., ver "Introducción" y cap. 3.

<sup>10</sup> EATON, K., "Parliamentarism...", cit., ps. 355 y 356.

laramente, surge la posibilidad de graves conflictos entre ambos poderes, por ejemplo, si ellos expresan preferencias políticas diferentes<sup>11</sup>.

## 2. El problema de la rigidez

Los sistemas presidencialistas no disponen de modos flexibles de resolución de los conflictos referidos anteriormente. El mandato fijo del presidente es un obstáculo para posibles "reajustes"<sup>12</sup>.

## 3. Tendencias mayoritarias

Lijphart<sup>13</sup> ha señalado que el presidencialismo desalienta los acuerdos y consensos, los cuales son especialmente necesarios en épocas de crisis y de transición<sup>14</sup>. Linz<sup>15</sup> atribuye esta debilidad a la característica de juego de "suma cero" o *winner takes all* del presidencialismo. Guillermo O'Donnell, en el mismo sentido, se refiere a los sistemas presidencialistas de América latina como "democracias delegativas", en que los presidentes están "habilitados a gobernar al país como se les ocurra..."<sup>16</sup>.

## 4. Personalización del poder

Carlos Nino, entre otros, ha enfatizado que en estos sistemas un enorme poder queda concentrado en las manos de una sola persona. Esto vuelve a los presidencialismos vulnerables a rupturas institucionales, ya que la eventual debilidad en el liderazgo presidencial implica la debilidad de todo el sistema<sup>17</sup>.

Los estudios sobre presidencialismo de los últimos quince años reafirman su carácter problemático. Como dije anteriormente, en los últi-

<sup>11</sup> LIJPHART, A., "Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations", en LINZ, J. - VALENZUELA, A. (eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1994, p. 100.

<sup>12</sup> LINZ, J., "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", en LINZ, J. - VALENZUELA, A. (eds.), *The Failure...*, cit., p. 6.

<sup>13</sup> LIJPHART, A., "Presidentialism...", cit., p. 97.

<sup>14</sup> Gabriel Bouzat nos muestra en su trabajo el ejemplo dramático de la Argentina en el año 2001.

<sup>15</sup> LINZ, J., "Presidential or Parliamentary Democracy...", cit., p. 14.

<sup>16</sup> O'DONNELL, G., "Delegative Democracy?", *Journal of Democracy*, vol. 5, 1994.

<sup>17</sup> NINO, C., "Presidentialism vs. Parliamentarism", en *Presidencialismo y parlamentarismo*, Eudeba, Buenos Aires, 1988.

mos años el foco de los análisis se ha puesto en los problemas de funcionamiento del presidencialismo, más que en su perdurabilidad. Sin embargo, pese a que también ha habido algunos trabajos que confirman la debilidad presidencialista frente a las rupturas institucionales, en este apartado quisiera referirme a los problemas de funcionamiento del presidencialismo, los que pueden ser entendidos como nuevas variaciones sobre las clásicas melodías de Linz, Nino, Lijphart y otros.

## 5. Giros abruptos

Susan Stokes ha estudiado una tendencia persistente en las democracias latinoamericanas: la de los giros abruptos que los presidentes llevan a cabo en sus políticas de gobierno respecto de sus promesas electorales<sup>18</sup>. No se trata de un fenómeno aislado, ya que sucede en más de un 30% de los casos. Es decir, en al menos tres de cada diez elecciones presidenciales el ganador quebranta sus compromisos electorales y encara políticas diferentes de las anunciadas<sup>19</sup>. Resulta notable que en *todos* los casos de giros abruptos las políticas adoptadas son hacia la derecha. No hay un solo caso de un presidente que gobierne a la izquierda del discurso de su campaña. Más allá de que en algunos casos (Fujimori, Menem) el cambio de rumbo resulta validado electoralmente en elecciones posteriores, resulta evidente que estos giros producen un daño sobre la confianza pública en la política. Estos giros son mucho más difíciles en los sistemas parlamentarios, ya que se requeriría que todo el partido de gobierno o la coalición gobernante coincidiera en favorecer el cambio sorpresivo. Además, los sistemas parlamentarios tienden a ser más inmunes a la llegada de *outsiders*.

## 6. Conservadurismo institucionalizado

En general los sistemas presidencialistas se caracterizan por originar un número mayor de actores con poder de veto que los sistemas parlamentarios (en general, pues los sistemas parlamentarios con coaliciones multipartidarias también tienen muchos actores con poder de veto y, por el contrario, los Ejecutivos que concentran grandes poderes legislativos, de hecho o de derecho, implican una disminución en el número de

<sup>18</sup> STOKES, S., *Mandates and Democracy. Neoliberalism by Surprise in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

<sup>19</sup> STOKES, S., *Mandates...*, cit., ps. 3, 14 y 15.

poderes de veto)<sup>20</sup>. La probabilidad de que un proyecto legislativo del gobierno sea aprobado por el Congreso es menor en el presidencialismo, dada la alta frecuencia de gobiernos en minoría. Cualquiera que esté preocupado por implementar una agenda progresista en América latina debería tomar nota de que en un sistema presidencialista los cambios frente al *status quo*: 1) son más improbables, 2) menos profundos, 3) más lentos, 4) más costosos<sup>21</sup>.

Persson y Tabellini muestran que los regímenes parlamentarios suelen estar acompañados por gobiernos de mayor tamaño. También, que los sistemas parlamentarios tienden a proveer más bienes públicos que los presidencialistas<sup>22</sup>. La explicación que proveen estos autores es que la base electoral de los regímenes parlamentarios tiende a ser mayor (y, podríamos agregar, a mantenerse durante el tiempo, sobre todo si está acompañada de mecanismos consensualistas como la censura constructiva), lo que favorece políticas más igualitarias. Por otra parte, en el parlamentarismo existe una mayor cohesión legislativa, lo que favorece acuerdos más "generosos" sobre el gasto público.

América latina precisa revertir la doble regresividad dada por sistemas impositivos que penalizan a los pobres y por Estados cuyo gasto está orientado a las franjas más acomodadas<sup>23</sup>. Para encarar las enormes inequidades de infraestructura, educativas y de ingresos, el gasto público deberá aumentar o permanecer alto. Por supuesto, un nivel alto de gasto público no es garantía de mejora alguna, pero es una condición necesaria. El presidencialismo no parece ser, después de todo, una opción neutra cuando reflexionamos acerca de las abismales desigualdades en nuestra región.

<sup>20</sup> Ver EATON, K., "Parliamentarism...", cit., p. 361.

<sup>21</sup> SAMUELS, D. - EATON, K. "Presidentialism...", cit., ps. 11 y ss.

<sup>22</sup> PERSSON, T. - TABELLINI, G., *Political Economics: Explaining Economic Policy*, MIT Press, Cambridge, 2000, p. 252: "Separation of powers in the presidential-congressional regime produces a smaller government with less waste and less redistribution but also inefficiently low spending on public goods [...] [L]egislative cohesion in the parliamentary regime, on the other hand, leads to a larger government, with more taxation and more waste, but also more spending on public goods and redistribution benefiting a broader group of voters".

<sup>23</sup> Ver "Informe Banco Mundial sobre desigualdad en América latina", 2004, en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

## 7. Corrupción e ineficiencia

Jana Kunicová<sup>24</sup> y Susan Rose-Ackerman<sup>25</sup> han estudiado la relación entre diversos sistemas institucionales, incluyendo el presidencialismo, y la corrupción. Kunicová señala con sensatez que existen dos fuentes de riesgos de corrupción en los presidencialismos: el mandato fijo de el o la presidente (que le niega a la ciudadanía toda posibilidad de castigar electoralmente al presidente que está cumpliendo los últimos años de mandato)<sup>26</sup>, y la concentración de funciones en el o la presidente *vis à vis* el Congreso. Kunicová ha relevado la relación entre diversos índices de corrupción y los sistemas presidencialistas y los resultados son claros: presidentes irresponsables ante el electorado y ante el Congreso no son la mejor garantía de transparencia ética<sup>27</sup>.

La vulnerabilidad del presidencialismo frente a las presiones corporativas ha sido descripta por Linz, Nino, y otros<sup>28</sup>. En este mismo sentido, David Vogel ha explicado que el tipo de separación de poderes del presidencialismo tiende a abaratar el costo de acceso de los grupos de interés, al crear dos centros decisorios<sup>29</sup>. A su vez, Bruce Ackerman argumenta que el tipo de competencia entre el Congreso y el presidente por el control del aparato burocrático del Estado tiende a generar un estilo de gobierno excesivamente politizado, transformando el Poder Ejecutivo en un enemigo del *rule of law*<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> KUNICOVÁ, J., "Political Corruption: Another Peril of Presidentialism?", disponible en <http://www.law.columbia.edu/~jana/perilous%20presidentialism%20feb%2006.pdf> (chequeado por última vez el 30/3/2006).

<sup>25</sup> ACKERMAN, S. - KUNICOVÁ, J., "Electoral Rules and Constitutional Structures as Constraints on Corruption", *British Journal of Political Science*, vol. 35 (4), Cambridge University Press, Cambridge, 2005, ps. 573 a 606.

<sup>26</sup> El límite a las reelecciones presidenciales parece ser otro dato duro en América latina, como el sistema electoral representativo, allí donde rige. Esto conduce a otro dilema: para que el electorado preserve capacidad de castigar al presidente, éste debería poder reelegirse indefinidamente.

<sup>27</sup> KUNICOVÁ, J., "Political Corruption...", cit. Estas conclusiones deberían contrapesar la insinuación de que el presidencialismo aumenta la transparencia.

<sup>28</sup> LINZ, J., "Presidential or Parliamentary Democracy...", cit.; NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 604.

<sup>29</sup> VOGEL, D., "Representing Diffuse Interests in Environmental Policymaking", en ROCKMAN, B. - WEAVER, R., *Do Institutions Matter?*, Brookings Institution Press, Washington, 1993, p. 268.

<sup>30</sup> ACKERMAN, B., "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, 113:3, enero de 2000, p. 641.

Los nuevos estudios sobre el tema no alientan la pasividad imperante sobre el sistema de gobierno dominante en la región: el presidencialismo fomenta la corrupción, el corporativismo y la ineficiencia administrativa.

#### IV. EL CONTRAATAQUE PRESIDENCIALISTA

¿O será que tal vez fuimos demasiado duros con el presidencialismo? En este apartado me propongo analizar algunas reacciones frente a las críticas al presidencialismo. En resumen, la acusación contra el presidencialismo es que es un sistema *democrático débil* y, al mismo tiempo, un sistema *débilmente democrático*. Es un sistema democrático débil en cuanto ha mostrado una gran fragilidad frente a las rupturas institucionales. Y es un sistema débilmente democrático en cuanto tiende a acentuar rasgos muy negativos en el sistema político. Pero como reacción a las críticas frontales al presidencialismo, han surgido algunas voces intentando relativizar sus alcances. De acuerdo con estas reacciones no resultan claras ni la conexión entre presidencialismo y rupturas institucionales, ni las supuestas deficiencias funcionales del presidencialismo.

##### 1. Presidencialismo y golpes de Estado

La relación estrecha entre presidencialismo e inestabilidad democrática tiene una amplia aceptación académica. Un clásico estudio de Alfred Stepan y Cindy Skach<sup>31</sup> muestra que la tasa de supervivencia de los regímenes presidencialistas en cincuenta y tres países fuera de la OECD entre 1973 y 1989 es del 20%, en comparación con el 61% de los sistemas parlamentarios puros. Un trabajo de Scott Mainwaring<sup>32</sup> muestra que de las treinta y dos democracias con una estabilidad de veinticinco años (a 1991), veintitres (o sea un 72%) son parlamentaristas. Fred W. Riggs<sup>33</sup> señala que a 1988, salvo los Estados Unidos, *todos* los países presidencialistas han sufrido golpes de Estado, mientras que dos terceras partes

<sup>31</sup> STEPAN, A. - SKACH, C., "Presidentialism and Parliamentarism in Comparative Perspective", en LINZ, J. - VALENZUELA, A. (eds.), *The Failure...*, cit.

<sup>32</sup> MAINWARDING, S., "Presidentialism, Multiparty Systems, and Democracy: The Difficult Equation", en SHULART, M. - CAREY, J., *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992 p. 38.

<sup>33</sup> RIGGS, F., "Presidentialism: A Problematic Regime Type", en LUPPIART, A., *Presidential vs. Parliamentary Government*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 219.

de los regimenes parlamentarios del Tercer Mundo han permanecido en democracia. Linz insiste en que los Estados Unidos son la única "democracia presidencial con una larga historia de continuidad constitucional"<sup>34</sup>. Más recientemente, Adam Przeworski y otros<sup>35</sup> han mostrado que, durante los años 1950-1990, el 54% de los regimenes presidencialistas ha sufrido golpes, contra un 28% de los parlamentaristas. La expectativa de vida de un régimen presidencialista es de veintiún años, contra setenta y tres de un sistema parlamentarista. Estos autores, además, desmienten la idea de que la inestabilidad de los presidencialismos se deba a que los análisis suelen centrarse en los casos latinoamericanos, ya que la supervivencia de los sistemas presidencialistas latinoamericanos es bastante mayor a la de los sistemas presidencialistas fuera de América latina (10.6 años contra 6.5 años). Además, refutan la noción de que es el subdesarrollo y no el régimen de gobierno la causa de la inestabilidad política, ya que muestran que "las democracias presidenciales tienden a morir más que las parlamentarias en cualquier nivel de desarrollo"<sup>36</sup>.

Shugart y Carey cuestionan esta vinculación entre presidencialismo e inestabilidad. De manera provocativa, estos autores afirman que "no hallan justificación a la asección de Linz y otros de que el presidencialismo tiende inherentemente a sufrir crisis que lleven a rupturas"<sup>37</sup>. Por un lado, identifican doce regimenes presidenciales y veintiún parlamentaristas que sufrieron rupturas durante el siglo XX. Por otro lado, listan doce sistemas presidencialistas estables contra veintisiete parlamentarismos estables. Pero al enfocarse en el Tercer Mundo observan que el 59.1% de los regimenes parlamentarios sufrió rupturas, contra solamente el 52,2 % de los presidencialistas.

Sin embargo, encuentro algunas deficiencias importantes en este análisis de Shugart y Carey. Primero, cuando enumeran las rupturas en los parlamentarismos, estos autores cuentan cada ruptura independientemente del hecho de que algunas de ellas sucedieron en el mismo país. Por ejemplo, contabilizan separadamente los golpes en Grecia de 1936 y 1967, y los de Pakistán de 1954 y 1977. Pero de modo sorprendente, no aplican ese criterio a las rupturas en los sistemas presidencialistas. Por mencio-

<sup>34</sup> En LIPMART, A., *Presidential vs. Parliamentary Government*, cit., p. 118.

<sup>35</sup> PRZEWSKI, A. - ÁLVAREZ, M. - CHEIBUR, J. - LIMONGI, F., *Democracy and Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

<sup>36</sup> PRZEWSKI, A. - ÁLVAREZ, M. - CHEIBUR, J. - LIMONGI, F., *Democracy...*, cit., ps. 128 a 131.

<sup>37</sup> SHUGART, M. - CAREY, J., *Presidents...*, cit., p. 42.

nar el caso del primer país de su lista (Argentina), la aplicación consistente del criterio hubiera implicado contar seis rupturas: 1930 (la única registrada por los autores), 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976. Todas estas rupturas satisfacen las (peculiares) condiciones postuladas por Shugart y Carey: casos en que las rupturas estuvieran precedidas por dos elecciones generales consecutivas. Segundo, el criterio estipulado para establecer que un régimen democrático es exitoso es aún más sorprendente: haber tenido al menos dos elecciones democráticas sin rupturas. Eso significa, por ejemplo, que las naciones con elecciones bianuales son contabilizadas como democracias consolidadas a los dos años, y que Argentina ha tenido siete periodos de democracia consolidada en el siglo pasado (como el fumador que abandona para siempre el cigarrillo... ¡todos los lunes!). Linz también llama la atención sobre otros errores y omisiones de este trabajo, como, por ejemplo, el hecho de que no se cuente a India entre los regímenes parlamentarios estables<sup>38</sup>.

En un trabajo posterior, Shugart y Scott Mainwaring<sup>39</sup> siguen una línea diferente de análisis. No cuestionan de manera directa la relación entre presidencialismo y rupturas institucionales pero apuntan a otros factores como los verdaderos responsables de la inestabilidad, e inversamente, de la estabilidad de los regímenes parlamentaristas. Estos autores sospechan, por un lado, que existe un sesgo en la literatura sobre el tema, ya que la continuidad democrática podría deberse a "condiciones de trasfondo mejores en términos relativos". Por otra parte, también dudan de que las rupturas latinoamericanas "resulten del presidencialismo antes que de otras condiciones que afectan generalmente a las democracias sudamericanas"<sup>40</sup>.

Resulta importante, antes que nada, aclarar que nadie ha atribuido en forma distintiva al presidencialismo la única responsabilidad en los quiebres institucionales. El argumento, por el contrario, asume una forma diferente: que el presidencialismo es ineficaz para contrarrestar (y a su vez generar algunas) tendencias rupturistas. Pero, aun así, la sugerencia de Shugart y Mainwaring (la de que otros factores son los decisivos para explicar los éxitos del parlamentarismo y los fracasos del presidencialismo)

<sup>38</sup> LINZ, J., "Presidential or Parliamentary Democracy...", cit., p. 73.

<sup>39</sup> SHUGART, M. - MAINWARING, S., "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate", en SHUGART, M. - MAINWARING, S. (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

<sup>40</sup> SHUGART, M. - MAINWARING, S., "Presidentialism...", cit., p. 23.

puede ser cuestionada. Considérese la "correlación ampliamente reconocida entre la herencia colonial británica y la democracia"<sup>41</sup>. El ejemplo de estas ex colonias es particularmente bienvenido por los críticos del presidencialismo, porque lo interpretan como una demostración de que aun en países con bajos niveles de crecimiento económico y enorme pobreza, la democracia puede arraigar de modo perdurable si se elige el sistema de gobierno apropiado. La idea de Shugart y Carey es que la durabilidad de las democracias de esos países podría explicarse por factores ajenos al parlamentarismo. Pero supóngase que, por caso, es la tolerancia la que explica el éxito de la democracia en esos países. El cuento no termina allí, porque bien podría replicarse que el predominio de la tolerancia se debe (al menos parcialmente) a la existencia de instituciones que animan y refuerzan conductas deliberativas y respetuosas. Me apresuro a hacer notar, frente al lector escéptico que podría creer que esto es una mera especulación, que *todas* las colonias británicas que adoptaron un sistema presidencialista sufrieron golpes de Estado.

Shugart y Mainwaring creen que es posible que las rupturas en América latina se hubieran debido a otras razones, más allá del sistema político. De hecho, es bien conocido que muchas explicaciones se han intentado para dar cuenta de los fracasos de las democracias en la región: tal vez las dos principales sean el legado cultural de la colonia (la influencia del autoritarismo español y católico) y la estructura social y económica.

Ahora bien, ¿hasta qué punto podemos aislar estas variables de la estructura político-institucional? En primer lugar, y en relación con la herencia cultural autoritaria, la tendencia a depender de fuertes liderazgos personales puede ser mitigada a través de una estructura de gobierno que tienda a la difusión del poder, o, por el contrario, puede ser agravada a través de un régimen institucional que concentre gran cantidad de poder en una sola persona. Lo mismo ocurre con la intolerancia como rasgo cultural. Ésta puede debilitarse por medio de instituciones que favorezcan la cooperación y el consenso, o puede reforzarse al adoptar sistemas de decisión que incentivan la confrontación permanente. Algo similar puede decirse en relación con las explicaciones de tipo económico. La desigualdad, la pobreza, el subdesarrollo son, plausiblemente, causas de inestabilidad. Pero como lo afirmé en la sección anterior, ellas mismas no son independientes del sistema presidencialista, con sus incentivos para crear

<sup>41</sup> SHUGART, M. - MAINWARING, S., "Presidentialism...", cit., p. 23.

situaciones de bloqueo, su tendencia a generar crisis, su inclinación al corporativismo y su debilidad frente a la corrupción<sup>42</sup>.

Los propios Shugart y Mainwaring asumen la importancia de las instituciones políticas, poniendo en tensión su hipótesis acerca de que son otros los factores determinantes de la (in)estabilidad de las democracias. Al enumerar razones probables para explicar la correlación entre la herencia colonial británica y la democracia, mencionan "la tendencia a entrenar servidores públicos" y "las prácticas e instituciones de gobierno". La primera es aceptada ampliamente como una característica saliente, y una ventaja<sup>43</sup>, de los sistemas parlamentaristas. Y, por supuesto, sería llamativo que se desvincularan "las prácticas e instituciones de gobierno" del mismo sistema parlamentarista. Shugart y Mainwaring afirman que éstas "incluyen pero no se reducen al parlamentarismo"<sup>44</sup>. Pero, en verdad, alcanza con que lo incluyan para que los críticos del presidencialismo estén en lo cierto: el parlamentarismo contribuye a explicar la estabilidad de los regímenes democráticos (nadie ha dicho que sea la única causa, lo que sería absurdo).

Estos autores también afirman que la perdurabilidad democrática de los parlamentarismos se debe a que en su mayoría se trata de países de altos ingresos económicos. Como vimos, Przeworski y otros han refutado esta noción. Pero además, países como Canadá, Israel y Japón (los ejemplos fuera de Europa provistos por Shugart y Mainwaring) son ricos hoy, pero no lo eran hace medio siglo. Estos mismos casos podrían perfectamente ser usados por los defensores del parlamentarismo para mostrar que este sistema favorece el desarrollo.

Podemos concluir que la relación entre presidencialismo e inestabilidad democrática todavía no ha sido desmentida.

## 2. Supuestas ventajas del presidencialismo

Me ocuparé ahora de algunas supuestas ventajas del presidencialismo, expuestas en la última década y media.

<sup>42</sup> WAISMAN, C., *Reversal of Development in Argentina. Postwar counterrevolutionary Policies and their Structural Consequences*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1987. NIHO, C., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, Conn., 1996.

<sup>43</sup> Por ejemplo, LINZ, J., "Presidential or Parliamentary Democracy...", cit., p. 32.

<sup>44</sup> SHUGART, M. - MAINWARING, S., "Presidentialism...", cit., p. 23.

### 2.1. Superioridad electoral prospectiva (identificabilidad)

Shugart y Carey<sup>45</sup> señalan la ventaja del presidencialismo consistente en “el grado en que los votantes pueden identificar antes de la elección los distintos gobiernos alternativos que pueden emerger de la elección”. Reconocen que en los sistemas parlamentaristas con dos partidos también “hay un gran rango de identificabilidad”, pero dicen que en los sistemas multipartidarios, “tiende a ser mucho más pequeño”. Linz cuestiona el argumento, afirmando que “en las elecciones presidenciales el votante puede conocer mucho menos acerca de quién habrá de gobernar que el votante de un partido en la mayoría de los sistemas parlamentaristas”. Esto se debe a que en los parlamentarismos los jefes de gobierno tienen menos margen de maniobra que los presidentes para formar sus gabinetes.

Además, el trabajo de Stokes referido en el apartado anterior muestra la enorme cantidad de giros abruptos en los planes de gobierno que se da en los sistemas presidencialistas latinoamericanos, lo que desmiente la idea de identificabilidad. Por último, la existencia, en muchos casos, de elecciones legislativas intermedias también erosiona la identificabilidad, ya que el presidente resultante de la elección puede no disponer (desde el inicio o posteriormente) de las herramientas legislativas necesarias para gobernar. En estos casos, el electorado no identifica ni siquiera gobiernos alternativos, ya que bien puede resultar, luego de las elecciones, una situación de *desgobierno*<sup>46</sup>.

### 2.2. Superioridad electoral retrospectiva (rendición de cuentas –accountability–)

Persson y Tabellini afirman que “un régimen presidencial-congresional que funciona bien opera mejor en términos de *accountability*, porque lidia mejor con el problema de agencia entre votantes y políticos”<sup>47</sup>. De acuerdo con Shugart y Carey, “bajo el principio de maximizar la rendición de cuentas directa (en el sentido de poder sancionar a los funcionarios electos en funciones por medio del voto) entre votantes y funcionarios elegidos, el presidencialismo es claramente superior al parlamentarismo...”.

<sup>45</sup> SHUGART, M. - CAREY, J., *Presidents...*, cit., p. 45.

<sup>46</sup> Un caso extremo (una vez más) de negación de identificabilidad es el caso de la Argentina en 2001, cuando asumió la presidencia el candidato que había perdido las últimas elecciones presidenciales.

<sup>47</sup> PERSSON, T. - TABELLINI, G., *Political Economics...*, cit., p. 253.

Esto se debería a que "los votantes votan directamente por un Ejecutivo que no puede ser removido por coaliciones cambiantes"<sup>48</sup>.

Por el contrario, Stepan y Skach<sup>49</sup> afirman que "el principio de *accountability* en el presidencialismo es más débil que en el parlamentarismo". Linz<sup>50</sup> niega la existencia de esta ventaja sobre la base de dos argumentos. Primero, que la superioridad no puede alegarse respecto de sistemas que no permitan la reelección presidencial. Esta réplica pierde terreno dada la tendencia a reformar las Constituciones permitiendo la reelección. Claro está que Linz podría insistir en que si la reelección no es *indefinida* siempre habrá un período en el que el presidente sabe que no podrá presentarse a reelección, período en el que no habrá forma de castigarlo mediante el voto. Segundo, Linz objeta el tipo de *accountability* que permite el presidencialismo, en que los votantes deben esperar hasta el fin del gobierno para ejercerla. La observación es correcta, ya que el control electoral sería mayor si hubiera más posibilidades de forzar elecciones generales, como en los sistemas parlamentarios. Pero la observación de Linz no debe hacernos perder de vista que en aquellos casos en que hay elecciones intermedias (la mayoría), los votantes pueden hacer mucho contra un presidente que les disgusta antes de que termine su mandato. El electorado puede votar a la oposición, castigando, y muy duramente, al presidente, ya que hasta podría dejarlo en minoría en el Congreso. El problema en estos casos es que la ira contra el presidente se canaliza ineficientemente ya que no provoca el fin del mandato presidencial sino la parálisis del sistema. No es que el presidente deja de ser *accountable*, sino que el castigo se canaliza al mismo tiempo en su contra y contra el sistema en su conjunto.

Hay otros problemas que hacen que la relación entre presidencialismo y *accountability* no resulte tan clara. Por una parte, muchas veces la posibilidad de ejercer *accountability* nunca llega porque el sistema se derrumba antes. Por otra parte, el hecho de que las elecciones tengan una oportunidad prefijada establece una restricción de calidad a la *accountability*. Podría alegarse que la verdadera *accountability* reside en poder echar al mal mandatario en *cualquier* momento. Las fechas fijas de elecciones favorecen en los presidentes el hábito bien conocido de variar su comportamiento en época de elecciones, explotando la tendencia psicológica a subestimar el peso de los hechos pasados y recordar más vívidamente los más recientes.

<sup>48</sup> SHUGART, M. - CAREY, J., *Presidents...*, cit., ps. 44-5.

<sup>49</sup> STEPAN, A. - SKACH, C., "Presidentialism...", cit., p. 136.

<sup>50</sup> LINZ, J., "Presidential or Parliamentary Democracy...", cit., ps. 10 y 11.

### 2.3. Superioridad en las opciones electorales

Shugart y Mainwaring<sup>31</sup> afirman que el presidencialismo cuenta entre sus ventajas con el hecho de proveer al electorado de dos opciones electorales (una para el Ejecutivo y otra para el Legislativo), y ven esta característica como el otro lado de la moneda de la crítica de Lijphart sobre las legitimidades en competencia.

Pero ¿se trata de una opción doble o de una opción dividida? La legitimidad dual puede llevar al bloqueo entre los poderes y eso implica un freno a la tarea legislativa y a la fluidez en el gobierno. Pero, entonces, esta faceta del presidencialismo, en lugar de permitir mayores opciones electorales reales, parece dividir la opción electoral en dos opciones más débiles. La opción electoral, en efecto, puede verse frustrada si el Congreso no puede legislar contra la voluntad del presidente, y la opción respecto del Poder Ejecutivo puede tornarse ilusoria con un Congreso mayoritariamente opositor: el costo de proveernos con dos votos es el riesgo de debilitar nuestra capacidad total de influencia. La forma de que ambos votos se reflejen en la legislación y en el gobierno es unificarlos, como resulta en los sistemas parlamentarios. En suma, el presidencialismo no multiplica las opciones electorales sino que las divide en dos opciones que podrían ser mutuamente neutralizadoras.

### 2.4. Frenos y contrapesos

Shugart y Carey<sup>32</sup> sugieren que, después de todo, el tipo de separación de poderes del presidencialismo puede ser un positivo elemento consensualista, una vez que lo vemos a la luz de la estrategia madisoniana de "poner a la ambición contra la ambición"<sup>33</sup>.

Hay que distinguir dos posibles situaciones. En el caso en que el presidente no dispone de mayoría en el Congreso el resultado no es el buscado a través de la idea de frenos y contrapesos (un ejercicio balanceado del poder), sino el de bloqueos e inmovilismo. En el segundo caso, en que el presidente dispone de mayoría legislativa, el argumento según el cual el sistema funciona de manera consensualista tendría algún sentido. La idea es que los legisladores, en este escenario, pueden discutir la legislación

<sup>31</sup> SHUGART, M. - MAINWARING, S., "Presidentialism...", cit., p. 33.

<sup>32</sup> SHUGART, M. - CAREY, J., *Presidents...*, cit., p. 46.

<sup>33</sup> "Federalist 51", en MADISON, J. - HAMILTON, A. - JAY, J., *The Federalist Papers* (Clinton Rossiter, ed.), Penguin Books, 1998, p. 322.

con mayor amplitud, "libres de la amenaza de un voto de confianza"<sup>54</sup>. Sin embargo, allí donde impere una alta disciplina partidaria, la amplitud en el margen de maniobra de los legisladores se angosta sensiblemente.

Y de manera más importante, el poder del Congreso de legislar sin el consentimiento del Ejecutivo es muy limitado: cuatro de cada cinco sistemas presidencialistas le otorgan al Ejecutivo poder de veto legislativo y requieren una súper mayoría para dejarlo sin efecto.

### 2.5. *Presidentes-árbitros*

Shugart y Carey<sup>55</sup> se refieren a la posibilidad de que "el presidente pueda, en caso de conflicto político, servir como un árbitro que está por encima de los partidos". Esta posibilidad, como lo entrevén los propios autores, es irrealista, y solamente podría surgir en un sistema semipresidencialista, en el que un presidente en minoría conserva algún poder en la formación de un gabinete compartido con la oposición<sup>56</sup>.

En los sistemas presidencialistas el sistema favorece la polarización y un clima de confrontación entre los partidarios del presidente y la oposición. En este contexto, sencillamente no hay espacio disponible para que el presidente se sitúe en un rol equidistante en la discusión pública, ya que él constituye uno de los polos de la confrontación.

### 2.6. *Transparencia política*

Se ha dicho, en defensa del presidencialismo, que este sistema provee mayor información acerca de las preferencias de los actores políticos relevantes. Éste es, se alega, el efecto "de las idas y venidas entre los poderes de gobierno"<sup>57</sup>. En los regímenes parlamentaristas, en contraste, la información es menos visible, y muchas preferencias del Ejecutivo jamás llegan a conocerse. Esta tendencia, sin embargo, debe ser contrapezada por la probabilidad del abuso presidencial de sus poderes unilaterales, y por el efecto distorsivo que tiene la personalización del poder sobre el debate público. Usualmente los esquemas presidencialistas carecen de

<sup>54</sup> SHUGART, M. - CAREY, J., *Presidents...*, cit., p. 46.

<sup>55</sup> SHUGART, M. - CAREY, J., *Presidents...*, cit.

<sup>56</sup> Este rol de árbitro fue atribuido por Julio Faúndez a los presidentes chilenos antes de 1970 (FAÚNDEZ, J., "In Defense of Presidentialism: The Case of Chile, 1932-1970", en SHUGART, M. - MAINWARING, S. (eds.), *Presidentialism...*, cit., pp. 300 a 320.

<sup>57</sup> SAMUELS, D. - EATON, K., "Presidentialism...", cit., p. 34.

algo parecido a los debates públicos en el Parlamento en los que los primeros ministros defienden sus políticas de gobierno y deben responder en el momento las críticas de la oposición.

Como siempre, es importante entender que los Estados Unidos son un caso extraño, no un caso paradigmático, de presidencialismo. Como observa Eaton, el poder de las comisiones del Congreso norteamericano no está replicado en otros sistemas presidencialistas: "Estos sistemas centralizan la negociación política en la rama ejecutiva más allá de la separación formal de poderes"<sup>58</sup>.

## V. PRESIDENCIALISMO O DEMOCRACIA <sup>59</sup>

Los problemas del presidencialismo no son simplemente *mecánicos* o de eficacia. Muchas de las deficiencias del presidencialismo lo vuelven no sólo un sistema indeseable por sus efectos, sino ofensivo respecto de una noción robusta de la democracia. Ésta es una razón para preocuparnos aún más por la indiferencia que ha vuelto a predominar respecto del presidencialismo. Quiero ocuparme en este apartado de exponer las formas en que el presidencialismo colisiona con la democracia.

Las discusiones que hemos tenido a lo largo de estos años en SELA nos sirven para, a modo de punto de partida, delinear un ideal de democracia alrededor de la idea de igualdad. Mi sugerencia es que partamos de una idea simple de igualdad, que nos permita su uso en diversos contextos. De tal manera, en vez de enzarzarnos en disputas sobre la igualdad política, la igualdad económica o la igualdad social, podríamos converger en los requerimientos de esa idea simple de igualdad en los dominios de la política, la economía, la educación, etc. Espero poder mostrar que el esfuerzo que propongo podría aclarar algunas de nuestras discrepancias.

La idea simple de igualdad es la igualdad moral de las personas, bajo cualquiera de sus formulaciones, sea que todos somos "igualmente humanos"<sup>60</sup>, "igualmente valiosos", "igualmente dignos", "igualmente respec-

<sup>58</sup> Ver EATON, K., "Parliamentarism...", cit., En efecto, ¿qué transparencia existe frente a los cientos de "decretos de necesidad y urgencia" nunca discutidos por el Congreso argentino?

<sup>59</sup> Esta crítica normativa al presidencialismo, aunque más centrada en la noción de igualdad, está muy influida por el tratamiento del tema por parte de Carlos Nino y Bruce Ackerman. Ver, NINO, C., *Fundamentos...*, cit., ps. 569 a 619, y ACKERMAN, B., "The New Separation...", cit.

<sup>60</sup> NINO, C., *The Ethics of Human Rights*, Clarendon, Oxford, 1993.

tables". Las diferentes formulaciones son equivalentes a los fines de nuestras discusiones. Esta idea está arraigada en diversas tradiciones, como la judeo-cristiana y la liberal. El fundamento de la idea suele hacer referencia a nuestra capacidad para dar y recibir justicia<sup>61</sup>, o para evaluar<sup>62</sup>, o para conducir una vida. La implicancia más obvia de la idea es la descalificación de acciones y políticas discriminatorias, racistas, sexistas, o que establezcan o perpetúen sociedades de castas o (al menos fuertemente) jerárquicas.

Para arribar a implicancias *menos* obvias de esta idea (las implicancias que generan mayores discrepancias, por ejemplo en relación con la economía y las prestaciones estatales), puede sernos útil notar que los fundamentos de la idea de igualdad moral, es decir, la capacidad de dar y recibir justicia, evaluar, o conducir una vida, coinciden en el valor de elegir. Si a algunos se les reconociera la posibilidad de elegir y conducir planes de vida o conductas que a otros se les veda, entonces se les estaría negando su carácter de iguales<sup>63</sup>.

¿Qué notas mínimas debe contener un sistema político para respetar la igualdad moral de las personas? En primer lugar la democracia, como

<sup>61</sup> RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, p. 504.

<sup>62</sup> VLASTOS, G., "Justice and Equality", en POMMAN, L. - WESTMORELAND, R. (eds.), *Equality*, Oxford University Press, 1997, ps. 120 a 133.

<sup>63</sup> Como nuestras posibilidades de elegir están ligadas a las de los demás, la igualdad es al mismo tiempo relacional y comparativa. Las desigualdades materiales pueden generar relaciones asimétricas, y ésa es una razón para atenuarlas, a fin de que sea cierto que somos nosotros, y no los demás, quienes estamos al mando de nuestras vidas. Pero las discrepancias materiales, o las desigualdades sociales, pueden no tener esa consecuencia (un sentimiento de fuerte autoestima, o una convicción ascética acendrada pueden evitar que sintamos que nuestra vida está en las manos de los demás). Aun en esos casos, nuestras posibilidades de elegir estarían injustamente limitadas, si es que las desigualdades nos fueron impuestas sin referencia alguna a nuestras decisiones. Ésta es la convicción que anima los resquemores contra las loterías social y natural. Tanto la clase en que nacimos como los genes que traemos al mundo carecen de la fuerza moral suficiente para validar un tipo de vida. Lo único que puede validar el lugar que ocupamos son nuestras decisiones. Ésta es la idea positiva que anima al igualitarismo. Aquello que se quiere neutralizar o igualar, la suerte, está concebido como la negación del aspecto positivo que se quiere honrar, la elección autónoma de proyectos de vida. Por esta razón, deberíamos abandonar el mote de igualitarismo de la suerte (*luck egalitarianism*) por el de igualitarismo de la voluntad, o de las decisiones (*choice egalitarianism*). Las innegables dificultades -filosóficas y prácticas- que rodean a la idea de la neutralización de la suerte no deben alejarnos de lo importante: que son nuestras decisiones las que deben determinar nuestra posición en la comunidad.

forma política de la igualdad, requiere, al menos, ser diseñada de modo de no amplificar ciertas voces en desmedro de otras, o de modo de no privilegiar indebidamente las preferencias de ciertas personas en lugar de las de otras. El propio carácter deliberativo de la democracia, como insistía Carlos Nino, responde a un requerimiento igualitario. La democracia exige un diálogo entre iguales, a través de foros abiertos a todos y de un sistema político que amplifique las diversas perspectivas y garantice la confrontación abierta de ideas y propuestas. La exigencia de una justificación pública y abierta de las preferencias tiende a protegernos contra la desigualdad que implicaría reducir la dinámica política al acomodamiento de intereses, dada la (parcialmente) azarosa asimetría en nuestros poderes de negociación.

En segundo lugar, en el corazón de la democracia está la regla de la mayoría, ya que cualquier otra forma de decisión implicaría darle un peso extra a ciertas personas o grupos. Las mayorías deben influir en el gobierno de manera significativa y sin excesivos obstáculos institucionales.

En tercer lugar, la igualdad se manifiesta a través de los derechos. Por supuesto, de todos los derechos, no solamente los llamados clásicos, sino también de los sociales y económicos. Para que las personas estemos en una relación de iguales la satisfacción de ciertos intereses básicos no puede estar sujeta a los vaivenes de la política, ya que su fundamentación no está vinculada a la cantidad de votos que la respalda. De allí que la promesa liberal igualitaria que la mayoría de nuestras Constituciones formula en sus listados de derechos fundamentales necesita de Estados que promuevan la tolerancia, la libertad de expresión, la mayor amplitud de proyectos de vida disponibles, al tiempo que reformen de manera persistente las desigualdades estructurales que niegan a las grandes mayorías el disfrute de los derechos que otros tienen a su disposición.

Los tres requerimientos de la igualdad son vulnerados por el presidencialismo. Por empezar, el presidencialismo degrada la calidad deliberativa de la democracia. Esto sucede de varias maneras. En primer lugar, porque la personalización del poder genera un diálogo público, cuando lo hay, muy asimétrico, debido a que el presidente rara vez participa en las deliberaciones públicas dando y recibiendo razones. Sus intervenciones tienden a adoptar un tono imperial, por encima del nivel terrenal de la política cotidiana. Cuando la realidad se complica, el presidente echa mano a su rol de jefe de Estado, descalificando a quienes no se alinean con su voluntad, quienes son acusados de conspirar contra los intereses nacionales. La forma en que los presidentes participan en las discusiones públicas es la negación más rotunda de un diálogo racional, igualitario y civil.

lizado. En segundo lugar, la alta polarización que tiende a generar el presidencialismo también deteriora la calidad de la discusión pública, exacerbando las posturas más intransigentes. En tercer lugar, la tendencia a la concentración de funciones en el Ejecutivo contribuye a desplazar el centro de las decisiones de las Legislaturas, oscureciendo las razones detrás de las medidas más trascendentes, que suelen adoptarse en secreto, en los despachos ministeriales.

El presidencialismo también resulta difícilmente compatible con el segundo requisito igualitario, el del autogobierno colectivo. Ackerman hace notar que bajo el presidencialismo un partido precisa ganar elecciones durante una década o más para poder controlar instituciones claves<sup>64</sup>. Esto implica un alejamiento demasiado inaceptable respecto del ideal de autogobierno colectivo. Los problemas que revisamos anteriormente, como por ejemplo la debilidad de las opciones electorales (que lleva a que las opciones en las elecciones legislativas y ejecutivas se anulen mutuamente), evidencian que el presidencialismo empobrece la igualdad política. La alta exposición a las presiones corporativas y a los grupos de interés fortalece esta conclusión, ya que implican legitimar un acceso mucho mayor a las decisiones por parte de quienes disponen de mayor capacidad de presión.

Respecto del tercer requerimiento igualitario (un clima de respeto de los derechos), el presidencialismo tampoco resulta la mejor opción. Los elementos autoritarios del presidencialismo contribuyen a explicar el fenómeno de las "democracias antiliberales"<sup>65</sup>: en América latina se observa una tendencia al deterioro de los derechos individuales, la libertad de expresión, las garantías judiciales y, muy especialmente, de los derechos socio-económicos, amenazados por la mayor desigualdad del planeta. América latina necesita reformas estructurales para corregir enormes desigualdades estructurales de tipo político, social, económico. Desde esta perspectiva el presidencialismo es problemático por al menos dos razones. En primer lugar, porque este sistema hace más difíciles los cambios. En los sistemas presidencialistas existe una probabilidad mucho mayor de un gobierno minoritario que la que existe bajo los sistemas parlamentarios (el doble, más precisamente)<sup>66</sup>. En estas situaciones, en las que el presidente y el legislador pivotal están distanciados políticamente, se pro-

<sup>64</sup> ACKERMAN, B., "The New Separation...", cit., p. 650.

<sup>65</sup> Ver SMITH, P., *Democracy in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

<sup>66</sup> SAMUELS, D. - EATON, K., "Presidentialism...", cit., p. 10.

ducen bloqueos que impiden, dificultan, encarecen o demoran las reformas del *status quo*. En segundo lugar, estos bloqueos generan frecuentemente inestabilidad política, y consiguientemente crisis políticas y sociales. Se encuentra abundantemente demostrado que las crisis golpean más duramente a los sectores más desaventajados. De modo que resulta al menos plausible vincular al presidencialismo con la perpetuación de la desigualdad social y económica.

El presidencialismo es inaceptable desde una concepción democrática del gobierno, porque colisiona con algunos requerimientos de una teoría de la democracia de manera frontal (la personalización del poder, la distorsión de preferencias, la baja calidad deliberativa, la inestabilidad política, el deterioro de los derechos). Pero existen formas más indirectas en que el presidencialismo puede resultar antidemocrático, ya que requiere para funcionar eficazmente (es decir, para evitar parálisis y bloqueos) de factores que son cuestionables desde una perspectiva democrática, como sistemas electorales no proporcionales, y, tal vez, intolerablemente amplias delegaciones de facultades legislativas al Ejecutivo. Es en este punto que la teoría de la democracia nos provee razones adicionales para rechazar el presidencialismo, al marcarnos que ciertos ajustes que harían al sistema más eficaz y fluido lo harían aún más antidemocrático. Por un lado, nos veda una de las recetas para resolver las deficiencias del presidencialismo, la de fortalecer aún más el poder legislativo de los presidentes. Por el otro, nos resalta la importancia de ciertos componentes del sistema político, pero que son difícilmente compatibles con el presidencialismo.

### 1. ¿Más poder a los presidentes?

Una de las tentaciones frente a la tendencia presidencialista a los bloqueos entre los poderes es la de resolver las tensiones entre presidentes y Parlamentos a favor de los Ejecutivos, otorgándoles mayores poderes legislativos (al estilo de la Constitución brasileña reformada), sea a través de facilitar la delegación legislativa al presidente, o fortalecer sus poderes de veto, o reconociéndole la capacidad de dictar decretos con fuerza de ley. Esta salida resulta inaceptable desde una perspectiva democrática, porque implica debilitar aún más el rol de los Parlamentos, y acentuar la concentración de poderes.

## 2. ¿Menos proporcionalidad electoral?

He aquí una muestra de la incompatibilidad indirecta entre presidencialismo y democracia<sup>67</sup>. Para que el sistema presidencialista funcione eficazmente el régimen electoral debería ser del tipo *winner takes all*, ya que el sistema proporcional tiende a crear múltiples partidos (hay algunas excepciones). La idea es que la fragmentación partidaria, fruto de la representación proporcional, hace más difícil que exista un partido que controle el Congreso, agudizando el riesgo de gobiernos de minoría y las crisis políticas. Por el contrario, sistemas electorales como el uninominal favorecen la existencia de dos partidos, con exclusión de otras perspectivas políticas y, por lo tanto, son los únicos compatibles con el presidencialismo. Pero la democracia requiere, como cuestión de principios, un sistema proporcional. Esto se adecua a la exigencia de amplitud en la representación de perspectivas políticas, y disminuye la tendencia a los discursos y plataformas políticos excesivamente ambiguos que apuntan a seducir a todas las opiniones (que luego vuelven casi inevitables los giros abruptos una vez alcanzado el gobierno)<sup>68</sup>.

## VI. ¿SEMPRESIDENCIALISMO?

Dados estos cuestionamientos de tipo instrumental como de principio, es hora de cuestionarse si el semipresidencialismo (por ejemplo, al estilo francés) es una alternativa prometedora al presidencialismo. Existe una vieja sospecha de que este sistema alberga un potencial de conflictos, y que si en el caso de Francia estos riesgos no han derivado en crisis serias de gobernabilidad ha sido gracias a las virtudes de su élite política<sup>69</sup>. Pero no existen muchos fundamentos para confiar en que, en el contexto de la cultura política latinoamericana, los límites borrosos entre los poderes que eventualmente hayan de "cohabitar" vayan a ser consensuados civilizadamente.

<sup>67</sup> Cfr. ACKERMAN, B., "The New Separation...", cit., p. 655.

<sup>68</sup> La dificultad que le plantea el sistema electoral proporcional al presidencialismo no es solamente normativa. Más allá del argumento principista, es un hecho que la abolición del sistema proporcional es extremadamente difícil, porque usualmente exige el consentimiento de los mismos actores que con seguridad habrán de desaparecer del mapa como resultado de la reforma.

<sup>69</sup> Ver, por ejemplo, ACKERMAN, B., "The New Separation...", cit., p. 648.

Tal vez el problema del deslinde de competencias entre un presidente y un primer ministro que "cohabitan" pueda ser sorteado con una buena técnica de redacción constitucional, como lo sugirió el Consejo para la Consolidación de la Democracia en la Argentina<sup>70</sup>. Pero resta otro problema, a mi juicio insalvable. Cuando el sistema mixto funciona con un presidente con mayorías en el Congreso, los riesgos de autoritarismo, caudillismo y hegemonía salen a relucir con la misma fuerza que en los sistemas presidencialistas puros. La democracia requiere modos colectivos de deliberación y decisión que son incompatibles con los presidentes-monarcas. Cuando en los sistemas mixtos el presidente dispone de mayorías parlamentarias, la democracia tiembla.

Si los sistemas mixtos resuelven (argüendo) los problemas de parálisis cuando los presidentes pierden popularidad, ellos dejan intacto el autoritarismo que acompaña a los presidentes con respaldo parlamentario. Mi impresión es que en los momentos en que en el sistema semipresidencialista el presidente dispone de mayoría en el Congreso, quedan en pie los problemas que nos preocupaban antes, en particular el riesgo de excesiva personalización del poder y la baja calidad del diálogo público.

La clave de la reforma de los sistemas de gobierno presidencialistas estriba en correr el centro de poder de los Ejecutivos a los Parlamentos, y hacerlo de manera permanente, no solamente en tiempos de crisis. La parlamentarización no debería ser una terapia desesperada, ni un mal menor frente a los bloqueos interpoderes, sino un cambio duradero y estable de nuestras sociedades políticas.

## VII. LA ACADEMIA Y EL PRESIDENCIALISMO

Si el presidencialismo es indefendible, ¿por qué, entonces, estamos abandonando la idea de reformar los sistemas políticos? Un argumento general sería que la consolidación democrática requiere abandonar la confianza ciega en las reformas constitucionales: los cientos de enmiendas constitucionales y nuevas Constituciones que muestra la historia de América latina<sup>71</sup> son una razón para pensar que dado un mínimo umbral de decencia de las Constituciones vigentes, debemos cumplirlas antes de pen-

<sup>70</sup> *Dictamen sobre la reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1988.

<sup>71</sup> ROSEN, K., "The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: An Explanation", *University of Miami Inter-American Law Review*, 22, no. 1, 1990.

sar en reformarlas. Una segunda razón para abandonar la crítica frontal al presidencialismo es la tal vez nula probabilidad de un cambio radical de sistema. ¿Por qué navegar contra la corriente?

Pero si las críticas principistas contra el presidencialismo son acertadas, la prédica contra el presidencialismo es un requerimiento democrático, no una mera disquisición técnica. Es posible que una reforma constitucional que termine con el presidencialismo sea una quimera. Pero si nos detenemos a pensar por qué es esto, encontraremos que no se trata solamente de que los intereses políticos que se verían afectados por la reforma tienen un poder de veto sobre la misma. Parte de la dificultad estriba en la indiferencia de las sociedades y de las élites políticas y académicas respecto de las deficiencias estructurales del sistema presidencialista.

Las reformas constitucionales no son baratas, en ningún sentido. Y estoy abierto a aceptar la conclusión de que, luego de analizar los pros y los contras, la mejor decisión colectiva sea la de hacer las cosas lo mejor posible con las reglas que tenemos, y poner fin por un buen tiempo a la práctica de refundar nuestras instituciones. Pero, al menos, cuando analicemos los pros y contras, tengamos en cuenta que el presidencialismo degrada a la democracia, que promueve una deliberación pública distorsionada y frecuentemente irracional, genera crisis periódicas que empeoran las condiciones de vida de los sectores postergados, incentiva las traiciones electorales, nos desprotege frente a la corrupción, y amplifica las presiones corporativas.

Por cierto, es posible que estemos llegando al punto en que la estructura institucional ha sido internalizada por todos los actores relevantes, incluyendo a los académicos. Tal vez ya nos resulte imposible pensar fuera de la dinámica y los términos del presidencialismo. Pero si algún valor tiene la actividad académica en la región, parte del mismo reside en resistir ese tipo de endogeneidad. Nuestra visión del derecho y las instituciones debe ser transformativa y crítica. Nuestro rol es incomodar y cuestionar, no racionalizar las prácticas asentadas.

## VIII. ALGUNAS OBJECIONES

### 1. Otra forma de mesianismo

Uno de los problemas del presidencialismo, como vimos, es que tiende a reforzar los rasgos personalistas que caracterizan a nuestras sociedades. El caudillismo es un obstáculo para el progreso, el desarrollo y la

cohesión social. Una de sus notas es la pretensión de la refundación permanente de la historia. El caudillo reclama para sí el poder de ignorar cualquier restricción a su voluntad. Las instituciones, con su historia, su tradición, sus expectativas creadas, deben rendirse a sus designios. Una posible objeción a la tesis de este trabajo partiría de este mismo diagnóstico y plantearía que la propuesta de parlamentarización no es más que una variante del mesianismo latinoamericano. La propuesta, en otras palabras, reflejaría nuestra incapacidad para internalizar instituciones y nuestra tendencia a reinventar la historia de manera recurrente.

La objeción cuenta con la ventaja de que la propuesta parlamentaria transmite cierto aire de paradoja: propone abandonar los riesgos de inestabilidad a través de una reforma constitucional, que de por sí implica tensión y riesgos de saltos al vacío. No veo otra forma de resolver esta probable paradoja que comparando los costos y beneficios del cambio *versus* el *status quo*. Ahora bien, es probable que solamente un tipo de reforma sea compatible con los fines sustantivos perseguidos por la parlamentarización, a saber, una reforma ampliamente consensuada, y ejecutada a través de pasos previamente delimitados y prolongados en el tiempo. Por ejemplo, una comisión mixta del Congreso sería el ámbito de construcción de ese consenso. Esta comisión procedería recopilando información y opiniones acerca de los problemas constitucionales más graves, perfilando las alternativas con mayores respaldos y, finalmente, elaborando un proyecto de reforma.

## 2. Esquematismo

La propuesta de parlamentarización, podría objetarse, cae en el error de considerar los sistemas de gobiernos como paquetes cerrados. De tal manera, de los paquetes cerrados en oferta, se nos fuerza a adoptar uno de ellos, con sus puntos débiles y fuertes. ¿No sería más inteligente desarmar los paquetes, y reconstruir un modelo constitucional propio, de acuerdo con nuestras necesidades y condiciones? El resultado sería naturalmente un híbrido, y categorizarlo como parlamentarismo o semipresidencialismo no tendría mayor importancia<sup>72</sup>.

Estoy de acuerdo en que no deberíamos perder tiempo en discutir etiquetas. En última instancia, mi divergencia parcial con las propuestas

<sup>72</sup> NDHO, C., "Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina", en WAISMAN, C. - LUPHART, A. (eds.), *Institutional Design in New Democracies*, Perseus, Oxford, 1994, ps. 161 a 174

de sistemas mixtos se reduce a que en ellas no resulta claro lo que a mi juicio resulta el objetivo fundamental: que se corra el centro de gravedad político del Ejecutivo al Congreso.

### 3. Bonapartismo

De acuerdo con esta objeción, el problema que enfrentamos es la representación política, no los sistemas políticos. Nuestras democracias ganarían en calidad, de acuerdo con esta crítica, si se redujera la distancia entre el Estado y la ciudadanía, si nos acercásemos al ideal de democracia directa a través de mecanismos como el referéndum, el plebiscito, mandatos imperativos, más cortos y revocables, la institucionalización de asambleas por barrios, etc. En particular, el parlamentarismo no exhibe garantía alguna contra la violación sistemática del ideal del autogobierno colectivo. Después de todo, los Parlamentos son la sede de los acuerdos secretos y del reinado en la oscuridad de las cúpulas partidarias. Darle más poder a cuerpos como éstos, concluiría esta crítica, implicaría arriesgarlos a un sistema de gobierno aún más alejado de la sociedad.

Este trabajo, efectivamente, presupone una visión escéptica de la democracia directa, y no solamente por razones de implementación. En otras palabras, me resisto a considerar a la representación un mal necesario. Bajo ciertas condiciones, la representación política provee imparcialidad e información, y por lo tanto supera en valor a la (imposible) democracia directa. Me temo que desde una perspectiva de la democracia centrada en el ideal de los derechos, la democracia directa no sea un sueño sino una pesadilla.

## IX. CONCLUSIÓN

En este trabajo reivindicué la relevancia actual de la crítica al presidencialismo. Pese al relativo silencio que ha merecido el tema en los últimos años, el presidencialismo sigue siendo un problema clave de muchas de las democracias de América latina. Las pruebas siguen acumulándose: el presidencialismo exacerba la inestabilidad y fomenta situaciones de parálisis, debilita a las democracias para enfrentar la corrupción, incentiva los cambios abruptos de programas de gobierno, favorece las tendencias corporativistas y la desigualdad.

La democracia constitucional promete autogobierno, pero el presidencialismo sólo nos da imposición o parálisis. La democracia ofrece diá-

logo, pero el presidencialismo nos condena a la hipocresía de mandatos vulnerados y al monólogo de presidentes imperiales. La democracia propone igualdad de derechos, pero el presidencialismo fomenta la cultura autoritaria, es ineficaz en la provisión de bienes públicos y transcurre de crisis en crisis, lo que empobrece y debilita aún más a los sectores más desaventajados.

En términos de las discusiones del SELA, hay buenas razones para creer que el presidencialismo, como siempre se sospechó, produce violencia, amenaza el estado de derecho, violenta los derechos fundamentales y genera pobreza y desigualdad.

¿Por qué deberíamos resignarnos a esta forma menor de democracia?



## CAPÍTULO V

### **“PIEDRAS DE PAPEL” Y SILENCIO: LA CRISIS POLÍTICA ARGENTINA LEÍDA DESDE SU SISTEMA INSTITUCIONAL<sup>1</sup>**

Por ROBERTO GARGARELLA

#### I. INTRODUCCIÓN

Si uno presta atención a las graves crisis políticas atravesadas por nuestro país en los últimos años, se encuentra prontamente enfrentado a algunas obvias deficiencias propias de nuestro sistema institucional<sup>2</sup>. Pensemos, por caso, en crisis políticas como la que nos llevara al desgraciado golpe de 1976, la que afectó a Raúl Alfonsín en sus últimos años, o la que condujo a la caída del gobierno de Fernando De la Rúa, en 2001. Resulta notable comprobar, en cualquiera de tales casos, la incapacidad del diseño institucional argentino para anticipar, prevenir, procesar, o resolver conflictos políticos significativos y, asimismo, cómo, luego de doscientos años de vida independiente, la Argentina, como tantos otros países, sigue careciendo de una red de instrumentos que torne posible, para todos sus ciudadanos, expresar sus demandas y pedir cuentas por la insatisfacción de las mismas. A partir de estas premisas, en lo que sigue procuraré aproximarme a los problemas sufridos por la Argentina en el

<sup>1</sup> Una versión anterior de este trabajo fue incluida en el informe anual sobre derechos humanos publicado por el CELS en el año 2002.

<sup>2</sup> Por supuesto, me refiero al estallido de violencia política que culminó con una sucesión de recambios políticos de magnitud. Como resultado de dicho estallido, en primer lugar, el presidente De la Rúa debió abandonar su cargo a poco de inaugurar el mismo. Lo que siguió a dicha renuncia —que arrastró consigo, obviamente, al gobierno de la Alianza— fue una profundización de las crisis política y económica ya reinante en la Argentina.

último tiempo, desde el punto de vista de sus instituciones. Me interesará examinar cuánto ayudaron las mismas a alentar o desincentivar la crisis finalmente desatada. Por supuesto, esta lectura representará, en el mejor de los casos, un acercamiento parcial a los hechos acontecidos. De todos modos, la misma puede ayudarnos a entender mejor una porción del complejo mundo que nuestras graves crisis políticas abren frente a nuestros ojos.

## II. "PIEDRAS DE PAPEL": SOBRE LA INCAPACIDAD DEL SUFRAGIO PARA TRADUCIR LAS PRETENSIONES DE LA CIUDADANÍA

Comencemos por lo más básico, por la herramienta fundamental todavía en manos de la ciudadanía para expresar sus puntos de vista: el sufragio. Cualquiera de los ejemplos mencionados comienza con los argentinos concurriendo a las urnas, para aprobar, en los tres casos, masivamente, la selección de un nuevo elenco de gobierno (el peronismo en 1976, el radicalismo en los casos de 1983 y 1999). Cómo puede ser posible, entonces, que a pesar de ese enorme apoyo inicial, para cualquiera de los tres presidentes mencionados, el sistema se mostrara frágil hasta el extremo, a la hora de confrontar a tales gobiernos con sus primeras crisis políticas —conduciendo al golpe del 76, la renuncia anticipada de Alfonsín, o la caída del gobierno de De la Rúa—.

Lo que ocurre, y esto no puede extrañar a ninguno, es que el sufragio resulta, todavía, una herramienta demasiado "torpe" para contribuir al establecimiento de un diálogo entre los representantes electos y sus electores. La riqueza de las demandas, los reproches y elogios presentes en cualquier acto electoral resulta inmediatamente opacada por la rigidez de los resultados de los comicios.

Como modo de adentrarnos en la cuestión, puede resultar interesante traer a cuento una obra publicada en el año 1986 por el prestigioso politólogo Adam Przeworski. La obra de este autor llevaba por título *Paper Stones* —digamos, "Piedras de papel"— y se refería a la historia electoral del socialismo<sup>3</sup>. La frase que daba por título al trabajo —"piedras de papel"— resultaba por demás apropiada para aludir al acto de la votación. Según comenta el autor, los primeros socialistas, entusiasmados con la posibilidad de vencer a la burguesía a través del recurso de las elecciones,

<sup>3</sup> PRZEWORSKI, A. - SPRAGUE, J., *Paper Stones. A History of Electoral Socialism*, University of Chicago, Chicago, 1986.

hablaban de estas "piedras de papel" que les permitirían dejar atrás una política basada en las barricadas y en las acciones clandestinas: la burguesía, ahora, podría ser derrotada en el juego limpio de unas elecciones abiertas a todos.

Pues bien, la idea de "piedras de papel" resulta interesante, en primer lugar, para aludir a esta posible contundencia del sufragio: la que permite afirmar con autoridad y vehemencia ciertos puntos de vista, luego de un masivo apoyo o rechazo a una determinada fórmula o programa electoral. Sin embargo, la misma idea encierra una ambigüedad que merece ser explotada. Y es que los votos son "piedras de papel", también, al representar una herramienta pesada y oscura, incapaz de dar cuenta de los finos matices que al electorado le interesa manifestar en cada acto electoral.

En efecto, en cada elección, la ciudadanía puede estar interesada en marcar, por ejemplo, que se encuentra hastiada de ciertas prácticas; que no tolera ver ciertas figuras en la Legislatura; que quiere incorporar otras voces; que repudia profundamente ciertas medidas tomadas por el gobierno; que apoya con todo su empeño otras iniciativas; que sigue entusiasmada con ciertas promesas; que ruega por el cumplimiento de otras; que está furiosa por el modo en que no se han cumplido otras más. Pero ¿qué es lo que ocurre cuando termina la elección y se conocen los resultados de los comicios? ¿Qué quieren decir esos brutos porcentajes que allí aparecen? Más aún, ¿cómo se van a interpretar esas cifras? ¿Y quién va a hacerlo? ¿Quién puede ser capaz de descifrar la telaraña de mensajes entrecruzados que se ocultan detrás de un 40% victorioso frente a un 30% de la fórmula derrotada? Los votos aparecen, entonces, como "piedras de papel", porque nos remiten a un período demasiado remoto, en el que la expresión eran las piedras o los golpes de las piedras contra las paredes. La pregunta es cuánto hemos avanzado para mejorar nuestra capacidad de diálogo, para establecer puentes de comunicación entre los representantes y los representados. La pregunta es cuán lejos estamos del momento en que nos expresábamos golpeando las rocas con otras rocas, cuánto hemos desarrollado nuestro lenguaje institucional. Y la respuesta es que tal vez no tan lejos.

Alguien podría decirnos, quizás, que la dificultad reside en que le exigimos a los comicios aquello que ellos no pueden darnos; que el sufragio sólo constituye una parte ínfima de una vida democrática que se desarrolla también en otros foros —los medios de comunicación, por ejemplo— y a través de muchos otros medios —la protesta en la calle, por caso—. Pero esta objeción no resulta demasiado atractiva. Y es que no es cierto que el

sufragio sea sólo una parte pequeña de nuestra vida democrática. Más bien, y por el contrario, el sufragio nació y se quedó entre nosotros bajo la promesa de constituir una herramienta de control excepcional —la gran herramienta— sobre nuestros dirigentes. Dicha promesa es la que ha permitido recortar y no desarrollar muchos de los otros instrumentos de control externo o popular sobre los representantes, que en su momento fueron reclamados por los sectores más radicales de la sociedad. Dicha promesa es la que ha legitimado una operación que dejó encerrados gran parte de los controles institucionales que todavía existen, en mecanismos internos o endógenos, como los que son propios de las estructuras de “frenos y contrapesos”.

La “torpeza” propia del sufragio, como vínculo esencial entre elegidos y electores, sólo resulta agravada cuando se advierte de qué modo carecemos, todavía, de otros puentes o vínculos que permitan canalizar nuestros registros más finos —aquellos que el sufragio opaca—. Cuando —como ocurre en la Argentina y en una mayoría de democracias liberales— los medios de comunicación siguen concentrándose en pocas manos, permaneciendo inaccesibles para una gran mayoría, los déficits propios del sufragio se toman simplemente —trágicamente— más graves. En una sociedad en donde la palabra escrita y oral se encontrara, de algún modo, democratizada, los déficits del sufragio resultarían desplazados al nivel de anécdota —quejas de académicos obsesivos—. En cambio, en una sociedad en donde los foros de expresión son controlados por unos pocos —en donde se cobra entrada para acceder al ágora pública—, los reproches sobre la incapacidad expresiva del sufragio merecen ganar en relevancia.

Las crisis políticas argentinas desnudan las dificultades que aún padecen los demócratas para hacer escuchar sus voces, para discriminar entre justos y pecadores, para aplaudir ciertas particulares políticas mientras se castiga a algunas otras. Las mismas dificultades ya se habían advertido claramente desde hacía algunos meses, cuando cientos de “cortes de ruta” —liderados en una mayoría de casos por trabajadores o desocupados enfrentados a condiciones de vida desesperadas— conmovieron la vida social argentina. Tales crisis revelaron, en su crudeza, lo difícil que era entablar una conversación entre la ciudadanía y sus mandantes, lo difícil que era hacer conocer y respetar ciertas demandas fundamentales. Tales crisis, en definitiva, revelaron que la ciudadanía sólo tenía piedras entre sus manos: las de papel y las otras.

### III. LOS CONTROLES ENDÓGENOS Y LA CORTE

La cara opuesta de lo señalado en la sección anterior —referida, fundamentalmente, al sufragio como principal herramienta de control popular— está dada por los controles endógenos distintivos de nuestro sistema institucional. Estos controles endógenos —el veto presidencial, el sistema bicameral, los tribunales— tienen como punto esencial a la Corte Suprema de Justicia. Explicar esta afirmación no resulta difícil. En principio, cuando los controles populares quedan reducidos al sufragio, los controles endógenos —todos ellos— adquieren mayor relevancia. Dicho esto, uno debe reconocer de inmediato que, entre tales controles endógenos, los hay políticos (los que provienen de organismos cuyos miembros son elegidos popularmente) y no políticos (como los ejercidos por los jueces), y que no todos ellos pueden gozar del mismo peso. En efecto, dado que cada elección puede llevar a que la mayoría de los puestos políticos queden ocupados por miembros de un mismo grupo partidario, la maquinaria de controles —para bien o para mal— pasa a depender de un modo central del poder de los jueces, cuyos miembros se mantienen en el cargo, en principio, con independencia de cualquier vaivén electoral.

La estructura judicial argentina, copiada de la norteamericana, se organiza verticalmente, con jueces de primera instancia en la base, Cámaras de Apelación más arriba, y la Corte Suprema como última instancia de decisión. Lo que diga o deje de decir la Corte, entonces, resulta de un valor extraordinario: por más autonomía que puedan tener las instancias inferiores, siempre será ella la que podrá pronunciar la "última palabra" institucional. Debe notarse que ésta no será, sólo, la "última palabra" judicial sino también política: dentro del país, nadie puede ir más allá de la Corte; que queda entonces situada como motor inmóvil de toda la estructura institucional.

En un país como la Argentina, en donde la autoridad y la palabra del máximo tribunal son tan importantes, resulta una pésima noticia que el mismo sea objeto de cuestionamientos serios en razón de la idoneidad y transparencia de sus miembros. Esa mala noticia, sin embargo, es una realidad en la Argentina. El máximo tribunal es objeto de severas críticas, buena parte de ellas fundadas. La fuente de estas objeciones se encuentra en la misma composición del tribunal —un problema que viene de lejos, pero que encontró su punto culminante cuando el gobierno de Menem, modificó la composición del tribunal, que pasó de contar con cinco miembros a contar con nueve—. El problema, entonces, no residió en las formas de la maniobra —en última instancia, posible desde el punto de vista

de la Constitución— sino, como casi siempre, en la sustancia de la misma. El tribunal quedó compuesto, desde entonces (comienzos del primer gobierno de Menem) por una mayoría de jueces que, como mínimo, no contaban con grandes (o pequeños) antecedentes académicos, y que eran demasiado cercanos al entonces presidente. Desde aquel momento, la ya frágil legitimidad del tribunal comenzó a resquebrajarse. A un problema clásico y básico del derecho constitucional —por qué en una democracia son los jueces, como funcionarios no electos popularmente, los encargados de pronunciar la “última palabra” institucional— se agregaba uno todavía más contundente: ¿y por qué ellos? ¿Y por qué *este* grupo de jueces que, en su mayoría, nadie puede reconocer como especialmente competente?

Haciendo honor a las peores expectativas generadas por aquel rápido aumento en el número de sus miembros, la Corte jugó desde entonces un papel muy cuestionable, que muchos describieron como demasiado diligente hacia el poder político. Recuérdese lo dicho unas líneas más arriba. En democracias como la Argentina, en donde los controles endógenos son tan débiles, los controles endógenos —y, muy especialmente, los ejercidos por la Corte Suprema— resultan fundamentales: si ellos fallan, todo el sistema institucional tiende a fallar —una situación perfectamente reconocible en la Argentina—.

Por lo dicho, una situación de partida difícil se convirtió en otra cada vez más explosiva, a partir del conocimiento público de las sentencias del tribunal superior. Si nos concentramos exclusivamente en el año anterior —un año que no fue el más turbulento en la vida del tribunal— nos encontramos con sentencias de alto contenido político como las siguientes: la sentencia que permitió la liberación del ex presidente Menem (perseguido como cabeza de una banda dedicada, entre otras tareas, al tráfico de armas); la que ratificó la constitucionalidad de los indultos en favor de los represores; la que habilitó sin más al ex gobernador de Corrientes permitiéndole ser candidato en las elecciones de su provincia; la que ratificó la vigencia de los recortes salariales establecidos a partir de la ley de “déficit cero”; o la que condenó a la revista *Noticias* por una presuntamente indebida intromisión en la intimidad —nuevamente— del ex presidente.

Por supuesto, no se trata aquí (simplemente) de que el tribunal tomó decisiones que contradijeron el sentido común, sino de los argumentos que empleó y los medios a los que recurrió para afirmar sus opiniones. Por caso, la Corte Suprema de nuestro país actuó, en ocasiones, con sorprendente celeridad y en otras con irritante lentitud; desandó sin mayores problemas sus propios pasos y contradujo una sólida jurisprudencia local e internacional (caso *Noticias*); respaldó la validez de indultos otorgados a proce-

sados, en contradicción con lo que establecía la letra de la Constitución; tergiversó el sentido de las garantías procesales existentes (al interpretar que la mera interposición de un recurso extraordinario suspende una decisión judicial en favor de la CTA en el caso del "déficit cero"); y amonestó de modo prepotente e injustificado a los jueces y fiscales de instancias inferiores (causa de las armas).

Esta situación derivó, al calor de la crisis de 2001, en una práctica notable, inconcebible en otros contextos más o menos civilizados: una sucesión de movilizaciones populares hacia los tribunales exigiendo la renuncia de los miembros de la Corte. Dichas movilizaciones fueron acompañadas por otra serie de protestas realizadas directamente frente a los domicilios de algunos de los integrantes del tribunal. Los jueces superiores, objeto de la admiración o el simple desconocimiento popular en otras latitudes, pasaron a ser, en la Argentina, objeto central de la atención colectiva.

El corolario de lo dicho no es, por supuesto, que la composición de la Corte debe reflejar de modo directo las preferencias ocasionales de la mayoría. Lo que se afirma, en todo caso, es que en estructuras institucionales como la de la Argentina, o se fortalecen los controles exógenos de modo tal de darle a los ciudadanos herramientas de censura y aprobación de las que todavía carecen, o se ajustan de un modo irreprochable los controles internos (y especialmente los ejercidos por la Corte). Lo ideal sería que existieran ambos tipos de controles y que ellos pudieran ejercerse de un modo decente. Lo que no puede aceptarse es que ambas formas de control fracasen, como ocurre en la Argentina —en un caso, por la inexistencia de instrumentos institucionales que los hagan posibles, y en el otro, por la manipulación a la que se ha sometido a los organismos de control—. Lo expresado no niega el valor de los cambios introducidos por el gobierno de Néstor Kirchner al nivel de la Corte Suprema. Finalmente, uno se compromete con las injusticias si no las repara (como se compromete con las injusticias económicas si no interfiere con ellas porque "ya bastante se ha interferido"). Interesa pensar, sí, en la posibilidad de que en un futuro los argentinos piensen en la débil influencia que ejercen en torno a la elección, reproche y remoción de los principales jueces encargados de interpretar para todos ellos la Constitución. Es necesario pensar, en un futuro esperablemente cercano, acerca del valor de seguir manteniendo un sistema de revisión judicial que permite que funcionarios no electos por la ciudadanía conserven la "última palabra" institucional, con una virtual prescindencia de los intereses y aspiraciones de la ciudadanía.

## IV. LOS CONOCIDOS DEFECTOS DEL HIPERPRESIDENCIALISMO

La Argentina, como los Estados Unidos, ha adoptado como forma de gobierno un sistema presidencialista. Sin embargo, como una mayoría de países latinoamericanos, ha modificado aquel sistema original —ya polémico— para transformarlo en uno parcialmente distinto, que el filósofo Carlos Nino calificara como hiperpresidencialista. A diferencia del modelo original, el adoptado en Latinoamérica introdujo variaciones como las siguientes: se autorizan poderes excepcionales para el presidente para afrontar situaciones de crisis internas y externas (que, en el caso del estado de sitio, pueden implicar la misma suspensión de las garantías individuales de los ciudadanos); se permite la intervención política del poder central sobre las provincias; se deja en manos de la cabeza del Ejecutivo la elección y remoción, a manos libres, de todo su gabinete; se delegan en aquél funciones legislativas adicionales; etcétera.

Una enorme mayoría de politólogos ha coincidido —curiosamente— en la conclusión irremovible según la cual el sistema presidencialista es muy defectuoso, por lo que los sistemas hiperpresidencialistas latinoamericanos son, simplemente, hiperdefectuosos. Los defectos referidos tienen que ver, especialmente, con la capacidad de tales formas de organización para garantizar la estabilidad política —un bien especialmentepreciado por las democracias latinoamericanas—. El hiperpresidencialismo, en tal sentido, agrava las dificultades ya propias del presidencialismo.

Los males de ambos sistemas tienen una raíz común: ambos concentran buena parte de las expectativas políticas del electorado en una sola figura —el presidente— que, para colmo de males, cuenta con un mandato fijo (a diferencia de lo que ocurre en los sistemas parlamentarios). En las buenas coyunturas —las que no han abundado en la región— el presidente sólo gana en prestigio, poder y capacidad de acción. En las malas coyunturas, en cambio, el presidente es fagocitado por la crisis, y su debilitamiento provoca temblores en toda la estructura institucional: dada la inexistencia de "fusibles" que cambiar, el sistema completo amenaza con "incendiarse" junto con el presidente.

Si uno examina la vida política argentina se encuentra fundamentalmente con situaciones de este tipo: la crisis que afectó a H. Yrigoyen en 1930 terminó arrastrando a todo el sistema político; Perón se convirtió, a mediados de 1950, en la única clave del éxito o la desgracia de la democracia argentina; las hostilidades generadas por Arturo Frondizi se trasladaron de inmediato a todo su gobierno; la falta de legitimidad del presidente Illia produjo la deslegitimación de todo el sistema institucional. Esto

es, cuando los argentinos tuvieron que enfrentar problemas políticos serios, el sistema institucional no estuvo allí para ayudarlos.

Más cercanamente, piénsense en la antesala del golpe militar de 1976, que trajo al dictador Videla al poder. En su momento, todos sabían que la presidenta Isabel Perón no contaba con cualidades que la hicieran especialmente apta para el cargo. Sin embargo, el sistema político no ofrecía ninguna salida razonable a la difícil situación entonces reinante. Por supuesto, es claro que ni en este caso ni en los anteriores la "culpa" del quiebre institucional residió de modo exclusivo en el sistema institucional. Como dijera Guillermo O'Donnell, los golpes militares no se frenan con un simple cambio en el articulado de la Constitución. Sin embargo, tan cierto como esto es que determinados sistemas institucionales favorecen la estabilidad y la cooperación, mientras que otros favorecen el conflicto y el enfrentamiento.

Ya consolidada la democracia, ya terminada la dictadura del "Proceso", el presidente Alfonsín volvió a padecer los males del hiperpresidencialismo: atrapado en una crisis económica grave a finales de su mandato (distinguida por la hiperinflación), y deslegitimado luego de unas elecciones legislativas catastróficas en 1987, Alfonsín no contó con medios sensatos para dar un paso al costado —como el que, tal vez, hubiera preferido dar—. Lo que siguió, así, fue el "incendio" del propio sistema institucional: a Alfonsín le quedaban dos años de mandato que *debía* cumplir, mientras la ciudadanía le daba la espalda y la oposición lo repudiaba. Como era previsible, el país entró literalmente en llamas en esos últimos y largos meses de hiperinflación, saqueos y desgobierno. El sistema institucional, mientras tanto, cerraba las puertas que todos rogaban que se abrieran.

Finalmente, la última oleada de la crisis del 2001 —la que arrastró a De la Rúa y al gobierno de la quebrada Alianza— también merece leerse en esta clave. Nuevamente, el sistema institucional argentino dio su espalda cuando más se lo necesitaba. A De la Rúa le quedaban dos difíciles años de mandato, mientras que buena parte de la ciudadanía descreía de él. La oposición, mientras tanto, alternaba gestos de buena voluntad con críticas mordaces que no hacían más que delatar la esencia maldita del hiperpresidencialismo. En un sistema político que ofrece una única y grandiosa joya —la "corona" del presidente—, la oposición no cuenta con ningún incentivo para cooperar con el presidente: cuanto más coopere con él, puede decir con razón, más va a tardar para acceder a la propia "coronación", que tanto ansía. La estrategia "racional", entonces, es destruir a quien está en el poder, o dejarlo que muera. El hiperpre-

sidencialismo, en definitiva, ha estado siempre presente en la generación de las crisis argentinas, como ha dificultado siempre su resolución.

## V. EL SENADO Y DESPUÉS

Llegados a este punto, quisiera dedicar unas líneas a llamar la atención sobre las serias deficiencias que afectan al sistema representativo argentino, en su cuerpo principal —el Parlamento—, y a la Cámara Alta o de Senadores, en particular. Quisiera comenzar este análisis volviendo brevemente sobre las líneas que inauguraron este escrito, referidas a las dificultades de la ciudadanía para comunicar sus opiniones públicamente, y para darles fuerza luego. De haber existido otras herramientas de control —por ejemplo, el derecho de *revocatoria de los mandatos*, un instrumento que era habitual en los primeros tiempos de la revolución norteamericana—, los ciudadanos hubieran desalojado hace tiempo a muchos de los integrantes de nuestro Parlamento. Sin embargo, a pesar de las tremendas críticas que han recibido, muchos de sus miembros han persistido intocados en sus puestos: a veces, casi ocultos; otras veces, luciendo orgullosos la estabilidad propia de sus largos e irrevocables mandatos.

Nuevamente, aquella falta de herramientas de control externo puede —de alguna manera— compensarse con la existencia de fuertes controles internos (los ejercidos por las otras ramas del poder). Sin embargo, en casos como el de la Argentina, nos encontramos no sólo con un Poder Judicial que, según viéramos, es deficitario en su punto más alto, sino con una serie de privilegios judiciales en poder de los funcionarios políticos electos —privilegios que sólo agravan una situación ya preocupante—. Las inmunidades parlamentarias —que de ellas se trata— nacieron con el noble propósito de proteger al débil legislador frente al gobernante tiránico que lo perseguía. Su permanencia resulta hoy cuestionable, sobre todo cuando dicho privilegio (en principio irritante en un régimen de "iguales") es objeto de una interpretación laxa que dificulta el mismo procesamiento de los acusados. Como resultado de estas progresivas distorsiones, la Legislatura argentina pareció convertirse en un refugiopreciado por poderosos delincuentes que advertían que, despojados de sus super-poderes legales, quedaban enfrentados al terrible riesgo de convertirse en simples mortales. En definitiva, uno debiera pensar si los altos índices de corrupción que han afectado históricamente al principal cuerpo representativo argentino no se vinculan con los largos mandatos de que gozan sus miem-

bro; los privilegios con los que cuentan; los débiles controles populares a los que están sometidos; y el poder de influencia del que gozan.

Otro punto de enorme importancia, sobre el que aquí sólo puedo detenerme brevemente, tiene que ver con los modos que hemos diseñado para la creación de nuestras leyes. Tales mecanismos, según entiendo, no sólo no favorecen la deliberación política, sino que la obstaculizan, alentando los meros intercambios de favores entre los representantes de diversas bancadas. La deliberación, por caso, no se favorece con mecanismos que autorizan larguísimo discursos desarrollados, de modo más que habitual, en altas horas de la madrugada —es decir, en definitiva, lejos de un control atento por parte de la ciudadanía—. Tampoco se favorece con una mayoría de asuntos prerresueltos en Comisiones Legislativas que trabajan, cotidianamente, lejos de la luz pública. Del mismo modo, *el hecho de que se asuma, incuestionadamente, que la justicia puede examinar de modo estricto el contenido pero no el procedimiento de la sanción legislativa*, alienta que la legislación se convierta en un mero juego de intercambio de favores. De este modo, se hace que el Poder Judicial asuma exactamente el rol que debe ir dejando de lado, para concentrarse en hacer respetar las reglas del debate democrático. El Poder Judicial, según entiendo, debería ayudarnos a desafiar las normas legislativas que no resulten de una deliberación mínimamente adecuada, o que no se encuentren fundadas en razones públicamente aceptables. En otros términos, el Poder Judicial debería ayudarnos a impugnar aquellas normas que resultan, simplemente, de un intercambio de favores, o del mero *lobby* de los más poderosos. Hoy, en cambio, contemplamos con absoluta naturalidad que se apruebe, digamos, una ley de divorcio a cambio de la construcción de un puente en la provincia tal; o una nueva ley para la explotación de hidrocarburos a cambio de subsidios impositivos para ciertas provincias. Es decir, la legislación, en la actualidad, no tiende a fundarse en convicciones y razones de necesidad colectiva, sino en una ronda de compensaciones mutuas. Claramente, en la actualidad, cuantas más "manos" participen en la construcción legislativa, más se socava —en lugar de expandirse— el peso de las razones públicas. Son más, entonces, los favores que deben "pagarse", y más los riesgos de que la decisión no refleje convicciones compartidas, sino un mero "emparche" formado de retazos y más retazos, que se van agregando conforme a las nuevas demandas de nuevos actores interesados, que entran en el juego. La peor forma de negociación ha desplazado al ideal de la deliberación colectiva.

Dicho lo anterior, quisiera dedicar las próximas líneas —finales de esta sección— al último punto citado: las facultades normativas que están a

cargo del Senado. El tema —alejado de las polémicas políticas más candentes— no debiera verse como una cuestión menor, ya que en definitiva nos habla del modo en que se ha pensado el sistema institucional argentino, y de lo inatractivo de aquella forma de pensar.

A diferencia de otros Senados —el Senado alemán, por ejemplo—, el argentino cuenta con funciones básicamente idénticas a las de sus pares de la Cámara Baja, a las que se suman algunas ventajas muy especiales: los senadores ejercen un papel decisivo en el nombramiento de jueces y embajadores; en el desarrollo (o no) de hipotéticos juicios políticos; o en la celebración de tratados internacionales. La pregunta que uno debe hacerse, en estos casos, es la de siempre: ¿por qué? ¿Por qué es que los miembros de la Cámara Alta, por ejemplo, tienen aquellas facultades adicionales y, muy especialmente, por qué deben intervenir en la sanción de cualquier norma legislativa? ¿Por qué a la hora de decidir qué se hace con el aborto o el divorcio, por tomar sólo dos ejemplos, el Estado "X" debe contar con una voz especial? ¿No basta con que los ciudadanos de dicha provincia, representados en la Cámara Baja, intervengan en tal decisión? ¿Por qué el Estado "Y" —como cualquier otro— merece tener una voz especial, y no las mujeres, o los que están casados, o los que ya han abortado, o los divorciados? Uno puede justificar que las provincias —todas ellas— cuenten con derechos especialísimos a la hora de discutir la coparticipación federal; la regionalización del país; el modo de empleo de los recursos naturales; o cualquier tema de directa incumbencia local. Es mucho más difícil de explicar, en cambio, que el órgano de representación de las provincias interfiera en decisiones que son de directa incumbencia de la ciudadanía sin fronteras.

El argumento anterior no debe entenderse como un argumento en contra de la existencia de organismos especiales para la representación de grupos particulares (*i.e.*, las provincias). Por el contrario, la representación de grupos puede resultar una alternativa interesante en democracias heterogéneas —y con déficits representativos tan fuertes— como la Argentina. Puede haber razones, por caso, para que un organismo especial defienda el punto de vista de los jubilados o los discapacitados; o para que grupos hoy marginados tomen audible una voz que hoy no se escucha. Sin embargo, en todo caso, el principio de la especialización funcional debería mantenerse: tiene tan poco sentido que los senadores participen en la sanción de la ley del aborto como que lo haga un hipotético organismo que agrupe a los jubilados. En cambio, resulta irreprochable, en principio, que las provincias cuenten con una voz especial a la hora de

discutir cuestiones federales, o que la tengan los más ancianos a la hora de discutir los problemas de la tercera edad.

## VI. NUEVAS HERRAMIENTAS

El panorama descrito hasta aquí nos sugiere la presencia de múltiples dificultades de índole institucional que —en algunos casos de forma directa y en otros de forma indirecta— han contribuido a deteriorar la calidad de la vida política argentina. Sin dudas, podría decirse que la crisis institucional que se ha desatado con violencia hacia finales del año 2001 reconoce parte de su origen en problemas propios del diseño institucional escogido por la dirigencia argentina.

Lamentablemente, los argentinos —como una mayoría de naciones latinoamericanas— desperdiciaron una buena oportunidad de refundar sus instituciones luego del renacimiento de sus democracias y, especialmente, durante la reciente oleada de reformas institucionales que —desde los ochenta— se extendió por todo el subcontinente. Tales recientes reformas nacieron, en una mayoría de casos, movidas por ideales valiosos (la reforma radical del sistema político hiperpresidencialista, por ejemplo), y terminaron convirtiéndose, en muchos casos, en meras convenciones reelectorales, destinadas a abrir el camino a reelecciones presidenciales que los viejos textos sabiamente impedían.

Con independencia de lo dicho, uno debiera agregar que reformas constitucionales como la realizada en la Argentina en 1994 han servido, también, para avanzar en direcciones más interesantes. La reforma argentina, por ejemplo, reafirmó la jerarquía constitucional de los tratados internacionales, lo cual privó a muchos jueces remisos de la posibilidad de decir que no tenían normas a su alcance, a la hora de lidiar con cuestiones sensibles en materia de derechos humanos. Del mismo modo, la reciente reforma se pronunció explícitamente en favor de los mecanismos de "cuotas" —destinados a permitir una representación especial en apoyo de sectores tradicionalmente discriminados—; abrió la posibilidad de presentar "amparos" colectivos; e incorporó mecanismos destinados a facilitar la expresión directa de la ciudadanía (referéndums, plebiscitos). Por supuesto, es difícil decir que la Constitución anterior *vedaba* el uso de este tipo de herramientas. Sin embargo, lo cierto es que ello es lo que de hecho se dijo en muchos casos, frente a casos como los mencionados. Por ello, al haber hecho explícitos ciertos compromisos que no eran del todo

evidentes en el texto anterior, la Constitución nueva puede ser –al menos parcialmente– bienvenida.

Llegados aquí, de todos modos, debe decirse lo siguiente: mientras la estructura institucional básica siga permaneciendo intacta –como ha permanecido intacta la estructura institucional argentina– no son muchas las esperanzas que merecen generar las nuevas herramientas que –como estacas en el mar– se inserten sobre ella. Piénsese, si no, en lo ocurrido con los derechos sociales, incorporados en una mayoría de Constituciones latinoamericanas desde principios del siglo anterior. Integrados a un sistema institucional que funcionaba a partir de una lógica opuesta a aquella que los respaldaba, los nuevos derechos sociales tendieron a desfallecer al poco de haber nacido: el sistema institucional existente no los acogía sino que los ahogaba. No extraña que ocurriera lo que ocurrió: los derechos sociales quedaban en manos de jueces que, teóricamente, debían implementarlos pero que, simplemente, declaraban que tales derechos no eran “operativos” mientras los guardaban en el cajón de su escritorio.

Tal vez con los nuevos derechos incorporados en la Constitución de 1994 pase algo similar a lo que ocurriera entonces con los derechos sociales. Cuando, por caso, se incorporan derechos participativos en una estructura que niega o desalienta la participación, uno puede temer que aquellos derechos encuentren problemas serios para desarrollar la potencia que encierran en su interior.

No son todas malas noticias, sin embargo. Lo que ha ocurrido desde finales de 2001, con miles de ciudadanos en la calle dispuestos a protestar, parece decirnos que algo se ha roto, que una mayoría se encuentra efectivamente cansada de no poder hablar, de no contar con medios para hacerlo, de ser burlada luego de haber aceptado ciertas promesas, de ser ignorada luego de expresar su opinión a través del sufragio, de ser malintencionadamente malinterpretada en sus juicios electorales. Lo que ha ocurrido desde entonces parece mostrar los deseos de la gente por acceder a otros medios de expresión, de ir más allá de las “piedras de papel” con las que cuenta. Cabe esperar que el saludable caudal de energía cívica que la ciudadanía argentina sabe, ocasionalmente, expresar, no se diluya por completo en las turbias aguas de la complacencia.

## CAPÍTULO VI

# DERECHO, MORAL Y POLÍTICA. DERECHO CONSTITUCIONAL, MORAL INSTITUCIONAL Y POLÍTICA DEMOCRÁTICA: SOBRE FRENO, PUENTES Y MOTORES EN LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Por LUCAS ARRIMADA<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN: LAS INSTITUCIONES DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN SERIO<sup>2</sup>

¿Cuáles son las instituciones propias de una democracia deliberativa? ¿Resultan la división de poderes o el sistema de frenos y contrapesos mecanismos que fortalecen o empobrecen (el carácter deliberativo de) las decisiones del proceso democrático? ¿Cómo se institucionaliza en las diferentes esferas y niveles de los procesos de decisión política (desde los más macro hasta los más micro) una democracia deliberativa? En última

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA-CONICET).

<sup>2</sup> El presente ensayo tuvo como antecedente a "Sin frenos ni contrapesos" (2003) presentado, bajo el seudónimo de Publius, en el marco del Concurso en Homenaje a Carlos S. Nino organizado por la *Revista Lecciones y Ensayos*, la Universidad de Buenos Aires (UBA), la Universidad de Palermo (UP) y la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF). Aprovecho la oportunidad para incorporar contrapuntos, desarrollar nuevas líneas de trabajo y ampliar mis argumentos. Agradezco los comentarios (y demás desinteresados actos) de Pablo Rossi, Alexis Haeller, Guido Herzovich, Andrés Cantarelli, Gustavo Atta, Mary Piqué, Vicky Ricciardi, Pedro Caminos, Marcelo Alegre, Martín Böhmér, Diana Kapiszewski, Roberto Gargarella, José Iphorski, Manuela Cortelezzi, María Cristina Girotti, Marcela Villarazo, Gustavo Maurino y Mariano Fernández Valle, entre muchas otras personas, que me permitieron repensar, reforzar y/o matizar ciertas observaciones en esta versión final.

instancia: ¿Cuáles pueden ser las implicaciones institucionales de adoptar una concepción deliberativa de la democracia?

Estos interrogantes son los que intentaré explorar<sup>3</sup> en el presente trabajo, en general desde la perspectiva de la teoría constitucional, el diseño institucional y las justificaciones de la democracia y, en especial, desde un modelo de democracia deliberativa en las cercanías al propuesto por Carlos Nino<sup>4</sup>. Las justificaciones epistémicas, como la propuesta por Nino, pueden exigirle al procedimiento democrático y a su diseño institucional cualidades distintivas sustanciales, y al mismo tiempo, estas exigencias tener severas restricciones o resistencias (tanto sustantivas como procedimentales) con las instituciones existentes.

Ahora, podrían plantearnos: ¿Qué puede aportar a la realidad institucional argentina el debate en torno al diseño institucional y a una forma tan "exigente" de democracia como la deliberativa? En efecto, podemos creer que la teoría de la democracia deliberativa nos permite observar límites institucionales y serias deficiencias democráticas en la misma democracia presidencial. En el caso puntual de Argentina, la reforma constitucional de 1994 y sus intentos de "atenuación del presidencialismo" resultaron escasamente efectivos al momento de incrementar la calidad del proceso democrático y de reducir la rigidez del sistema institucional, especialmente en momentos críticos, lo que atentó de diversas formas contra la misma estabilidad, continuidad o calidad del proceso democrático y de las instituciones políticas en nuestra historia política contemporánea. Ello lleva a preguntarse: ¿Qué tipo de democracia permite el diagrama institucional actual de la Constitución Nacional: una democracia delegativa o una democracia deliberativa?

En nuestros días alguien puede señalar que la reforma constitucional consolidó y, mucho más grave todavía, constitucionalizó una pésima práctica histórica de hipertrofia presidencialista, retroalimentando sus ya excesivas facultades. La reforma reforzó la tragedia-constitucional de nuestra Constitución histórica y de las más contra-ejemplares prácticas institucionales, confiriéndole poderes hasta ese momento no explicitados en la Constitución, al mismo tiempo que, bajo un intento de instituir algunas (débiles) barreras y (retóricos) sistemas de control, pudo haber

<sup>3</sup> Lo aquí escrito tendrá como fin especialmente explorar, sugerir o postular más que defender o demostrar tendencias empíricamente relevadas y contrastadas. Estas ideas son exploratorias, contingentes y tentativas en el proceso de una investigación todavía en curso.

<sup>4</sup> Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

provocado un vaciamiento institucional<sup>5</sup>. Instituyéndose así, de varias formas, en el texto fundamental, lo que era una tendencia histórica (a revertir) en la práctica institucional: una democracia delegativa. Esto restringe y condiciona fuertemente la aparición de espacios claves de decisión (no meramente) deliberativos en el marco del sistema político, a la vez que se observa como una preocupante concentración constitucional del poder.

Con todos estos interrogantes por delante comenzaré describiendo someramente la génesis del sistema de frenos y contrapesos y del principio institucional de división de poderes en las etapas fundacionales del constitucionalismo. Seguidamente exploraré las características de la tipología deliberativa de democracia para luego focalizar el análisis en el debate en torno a las alternativas, debilidades y posibilidades institucionales. Finalmente trataré de articular algunas ideas propias del diseño institucional para proyectar los mundos institucionalmente posibles de la democracia deliberativa.

## II. CONSTITUCIONALISMO Y DISEÑO INSTITUCIONAL: LOS FRENOS

Posiblemente el sistema representativo y la idea de división de poderes<sup>6</sup> puedan identificarse como los pilares fundamentales —conjuntamente con la declaración de derechos— del constitucionalismo moderno. En los momentos constitucionales del siglo XVIII fue cuando lógicamente la discusión sobre los contornos del sistema institucional tuvo su apogeo y

<sup>5</sup> GARGARELLA, R. "El 'vaciamiento institucional' y sus consecuencias", *La Ciudad Futura*, no. 45, otoño-invierno de 1996, ps. 14-15.

<sup>6</sup> Propongo que se entienda división de poderes simplemente como un mecanismo de control del poder perteneciente, en la modernidad, al ideario republicano (aristocrático o democrático, podremos decir indeterminado), mecanismo por el cual se intenta dividir al gobierno en tres poderes con funciones más o menos determinadas, y se pretende mantener esa fragmentación de alguna manera bajo cierto equilibrio de fuerzas. Esto "indiferentemente" de la configuración institucional. Esta básica descripción, propia de la educación cívica más elemental, puede identificarse como el núcleo de todo conflicto interpretativo en torno a la temática.

Se asimilará, al solo efecto enunciativo del trabajo, el concepto de división de poderes (que puede ser ubicado en proximidades al sistema de frenos y contrapesos) a separación de poderes (siempre relacionada con la perspectiva funcionalista o de separación funcional). También mencionaré relacionados a conceptos como: gobierno mixto, equilibrio de poderes, gobierno dividido, frenos y contrapesos del poder, etc., pudiendo reconocer los matices que existen entre dichos modelos.

materialización política. Se concretó, en esos tiempos, un diseño institucional contramayoritario. Los debates entre los federalistas y los antifederalistas, en la Convención Constituyente norteamericana y al momento de la ratificación de la Constitución de 1787, brindan un amplio y demostrativo espectro de argumentos y contraargumentos en torno a la configuración de la división de poderes y a los principios sobre los que se establece el sistema representativo. Éstos quedarán como ejemplos históricos de los reparos y temores a la democracia<sup>7</sup>.

Los sistemas institucionales fueron pensados y desarrollados con pobres concepciones democráticas cuando no fueron creados en clara oposición a la concreción institucional del ideal democrático. Consecuentemente, los sistemas, mecanismos y arreglos institucionales no fueron inicialmente ideados para canalizar, aunque sí tal vez para impedir la participación ciudadana y la deliberación colectiva en una inclusiva república democrática<sup>8</sup>. Aun advirtiendo que no nació estrictamente con robusto compromiso, sino con fuertes reparos<sup>9</sup>, podemos entender que (el constitucionalismo) puede ser, con esos límites que capacitan, con esas ataduras que paradójicamente liberan, precondition y base para el desarrollo de una democracia sustantiva<sup>10</sup>.

Por ello se suele hablar de una unión paradójica que produce tensiones en las actuales democracias constitucionales, ignorándose muchas veces sus nexos internos. No se señala frecuentemente que cualquier nexo o interdependencia entre estos principios no impide el nacimiento de contradicciones. Vemos en retrospectiva que el constitucionalismo desequilibró la tensión inicial. Históricamente, el radicalismo igualitarista, que proyectaba un constitucionalismo más democrático, o una democracia menos constitucional, fue excepcional. Lo que hace hiperproductiva la tensión entre ambos ideales es su continuo conflicto, no su resolución. Identificar la tensión no debe dar pie a hacer un intento por equilibrar constitu-

<sup>7</sup> MAMIN, B., "Checks, Balances and Boundaries. The Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787", en FONTANA, B. (ed.), *The Invention of the Modern Republic*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994; MAMIN, B., *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1998, p. 119.

<sup>8</sup> GARGABELLA, R., *The Scepter of Reason*, Kluwer, Dordrecht, 2000.

<sup>9</sup> DAHL, R., *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, p. 24.

<sup>10</sup> HOLMES, S., "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER, J. - SLAGSTAD, R. (comps.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999 p. 260; NINO, C., *La constitución...*, cit., ps. 26 y 27.

cionalismo y democracia. La tensión es constante y su resolución es una aporía. Es el carácter abierto<sup>11</sup> del juego de interacción de dicha tensión en acción lo que la hace tan productiva. No podemos predecir qué desequilibrada ecuación de los elementos constitucionales y democráticos su resolución (siempre contingente) tomará<sup>12</sup>.

Sabemos que el constitucionalismo desarrolló un sistema institucional y una idea de división de poderes claramente elitistas, con gran desconfianza en el debate público, la participación ciudadana y las decisiones mayoritarias, limitando a sus representantes en el Poder Legislativo (dividiendo soberanías) con institutos contramayoritarios (como el veto presidencial) e instituciones contramayoritarias (como el Poder Judicial o un juicio por jurados —escabinado aristocrático—) y, por último (frecuentemente), con un Poder Ejecutivo que (si bien “reducido” en comparación a su antecesor monarca absoluto) cuenta con facultades que lo hacen temible y pasible de ser considerado un seudo monarca constitucional (cuando no un tirano o dictador constitucional<sup>13</sup>).

<sup>11</sup> HABERMAS, J., “El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?”, en HABERMAS, J., *Tiempos de transiciones*, Trotta, Madrid, 2004, p. 153.

<sup>12</sup> Para explorar el argumento de Habermas que resalta el carácter abierto de la tensión entre ambos ideales podemos citarlo: “Lo que yo propongo es entender este regreso mismo como la expresión comprensible del carácter abierto hacia el futuro de la Constitución de un Estado democrático de derecho: una Constitución que es democrática no sólo por su contenido sino también por su fuente de legitimación significa para mí un proyecto creador de tradición y que tiene un comienzo claramente marcado en el tiempo. Todas las generaciones ulteriores tendrán que afrontar la tarea de actualizar una sustancia normativa no agotada, la del sistema de derechos fijado en la Carta Fundacional” (ibídem). Se puede pensar que la tensión aumenta su productividad histórica y cualitativa con proyección cuando menos definida se encuentra. En ese escenario el matrimonio de apuestas que son llamados a convivir en la democracia constitucional y sus constantes conflictos se expanden. Cuando menos agotadas estén las fuerzas de la tensión más abierto está el futuro. La tensión así se reproduce, aumentando su capacidad de incentivar nuevas configuraciones e innovar sus elementos simultáneamente.

<sup>13</sup> Es necesario explorar en la historia cuánto de las amenazas del constitucionalismo (GARGABELLA, R., “Las amenazas del constitucionalismo”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, SELA 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002), principalmente, hacia los derechos humanos y la democracia (o sea, hacia los principios que hacen posible el autogobierno privado y público, individual y colectivo), fueron anomalías y deformaciones de un sistema configurado para protegerlos, para garantizarlos o, por otro lado, cuán compatible (histórica y teóricamente) el constitucionalismo se presenta frente a sistemas dictatoriales (ROSSER, C., *Constitutional Dictatorship*, Princeton University Press, Princeton, 1948).

A lo largo de más de doscientos años de constitucionalismo global, el poder estatal y su separación de poderes debieron aprender a cohabitar en la arena política con nuevos actores del poder, institucionales y extra-institucionales. El constitucionalismo clásico configuró la división de poderes en un marco histórico en el cual el Estado era el actor principal de poder, el Minotauro de quien defenderse (en especial cuando la voluntad del todopoderoso era generada, supuestamente, por los representantes virtuales de las mayorías inestables, autointeresadas y apasionadas). Gradualmente el sistema vio surgir nuevos protagonistas dentro de la división clásica, como satélites de otros poderes o directamente fuera de su estructura.

Se encuentran rastros de sus orígenes, y no tan incipientes esbozos, en el gobierno mixto de Platón, Aristóteles y Cicerón, pasando por los esquemas híbridos de Polibio, los estudios del medioevo de Marsilius, para arribar hacia el contingente de escritos modernos de Hunton, Harrington, Hobbes, Bodin, Locke, Bolingbroke, Montesquieu, Kant, Rousseau, Sieyès, del viejo continente, en sólo un arbitrario repaso. Juntamente con los antes mencionados federalistas y antifederalistas confluyen para formar un complejísimo cuerpo teórico con paradigmáticas e históricas experiencias institucionales de relevancia<sup>14</sup>; desarrollos teóricos que podrían observarse como parte de un relato común que percibimos, aunque tal vez contradictorio, siempre incompleto en términos democráticos.

En el siglo XXI vemos que esas ideas no operaron, con el transcurrir del tiempo, como inicialmente fueron pensadas y adquirieron una dinámica propia<sup>15</sup>. El panorama institucional actual es radicalmente distinto de las condiciones vividas y hasta imaginadas originalmente por las figuras políticas de los principales momentos constitucionales<sup>16</sup>. En efecto, "la separación de poderes ha sido pensada y articulada para una sociedad todavía aristocrática y con un régimen político monárquico". Actualmente, "la dirección política no nace de la articulación de distintos órganos

<sup>14</sup> VILE, M., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1967, ps. 21 a 52.

<sup>15</sup> Esa interacción actual puede distar de ser funcional a los principios democráticos (GOLDWIN, R. - KAUFMAN A., *Separation of Powers - Does it Still Work?*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington DC, 1986); disfuncionalidades que han intentado ser corregidas con meras prácticas constitucionales determinantes, pero también carentes de diseño a la luz del ideal democrático y más distante aún de su versión deliberativa.

<sup>16</sup> Ver también VILE, M., *Constitutionalism...*, cit., p. 89, y DAHL, R., *¿Es democrática...?*, cit., p. 149.

internos institucionales"<sup>17</sup>, sino que, se cree, debe ser canalizada (aunque en la realidad se encuentre con severas "dificultades") también por vías institucionales abiertas, mecanismos de participación, partidos políticos e instituciones intermedias, o sea, en la misma arena democrática.

Parece clave intentar explorar cuáles son las posibilidades de reformular la división de poderes como un ideal, ya no sólo tímidamente republicano y liberal, sino plenamente democrático e igualitario.

### 1. Temor y exclusión: la desconfianza institucionalizada

Sabemos que la democracia en los proyectos constitucionales usualmente nació congénitamente condicionada. Los federalistas señalaban que "La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía"<sup>18</sup>. Lo transcripto puede ser leído como una advertencia destacable para diagramar las bases de toda configuración institucional ideal. A pesar de ello, podemos asegurar que los "padres fundadores" tuvieron particular y principalmente (por no decir únicamente) temor a la tiranía mayoritaria<sup>19</sup>. Por eso mismo, "un amplio número de los *framers* creía que debían levantar barreras constitucionales al poder popular, puesto que el pueblo no sería sino una turba indisciplinada, una continua amenaza a la ley, al gobierno ordenado y a los derechos de propiedad"<sup>20</sup>.

Se enfatiza en *El Federalista*, nro. 63: "La verdadera diferencia entre estos gobiernos [democráticos de la antigua Grecia] y el americano reside en la exclusión total del pueblo en su carácter colectivo de toda participación en éste, no en la exclusión total de los representantes del pueblo de la administración de aquéllos"<sup>21</sup>. A partir de configurarse como representativa, la misma (palabra) democracia fue perdiendo sus fantasmas y la carga emotiva peyorativa que se le atribuía en los debates políti-

<sup>17</sup> BOBBIO, N. - MATEUCCI, N. - PASQUINO, G., *Diccionario de política*, Siglo XXI, México, 1996, p. 342.

<sup>18</sup> EPSTEIN, D., *La teoría política de "El Federalista"*, GEL, Buenos Aires, 1987, p. 179.

<sup>19</sup> GARGARILLA, R., *The Scepter...*, cit., p. 79.

<sup>20</sup> DAHL, R., *¿Es democrática...?*, cit., p. 35.

<sup>21</sup> HAMILTON, A. - MADISON, J. - JAY, J., *Los papeles de El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 270.

cos<sup>22</sup>. Adquiere sentido en ese contexto identificar que obviamente el modelo de deliberación triunfante en los esquemas institucionales no haya sido el democrático radical sino el elitista conservador, usualmente restringido a los (hombres) "ricos y bien nacidos"<sup>23</sup>.

El principio de desconfianza en el debate colectivo y las decisiones mayoritarias fue causa del surgimiento de un sistema institucional con débiles, neutralizados (o neutralizables) y hasta inexistentes controles exógenos. Esto hizo que usualmente, salvo en las experiencias radicales<sup>24</sup> (reales excepciones), se concretasen sistemas de representación donde los controles fuesen nulos y el sistema tienda naturalmente a la autonomización pudiendo establecerse o transformarse, directa o indirectamente, ciertas instituciones en (inofensivos) placebos institucionales<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Wood, G., "Democracy and the American Revolution", en DUSH, J. (ed.), *Democracy: The Unfinished Journey, 508 BC to AD 1993*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 98.

<sup>23</sup> GARGARELLA, R., *The Scepter...*, cit., ps. 98 y 111.

<sup>24</sup> Ver VILE, M., *Constitutionalism...*, cit., ps. 119 y 176, y Wood, G., *The Radicalism of the American Revolution*, Vintage Books, Nueva York, 1992, p. 229.

<sup>25</sup> Podemos postular entender a un placebo institucional como un mecanismo de acción política (individual o colectiva) con objetivos establecidos en un texto regulador en el marco de una estructura institucional y un sistema político. Los objetivos son acompañados con atribuciones, una distribución de competencias determinada. En definitiva, es una institución con facultades establecidas en un texto constituyente (Constitución, ley, resolución, decreto, etc.). Ahora todas ellas pueden ser observadas como meras capacidades retóricas; a lo sumo, capacidades discursivas (del derecho o del poder). Dicha institución en el marco global, en la interacción de poderes y de los actores constitucionales no tiene poder sino por sugestión. Es una ficción, una institución que pertenece al imaginario proto-republicano, pero no a su realidad. Expresa su poder (de diversas maneras) pero, fícticamente e incluso comunicativamente, puede existir un vacío de capacidad institucional en la dinámica sistémica, una incapacidad para imponerse institucionalmente. Su fuerza es falsa dado que el único efecto que puede llegar a obtener es un efecto placebo. Cuando los demás actores institucionales son (de alguna manera) conscientes de la fragilidad, debilidad o ineficacia de la acción (autónoma o asistida) de dicho actor institucional, sus acciones, efectos e incidencias pasan al campo de la retórica carente de capacidad institucional para actuar (contrapesar, controlar, frenar, proteger derechos, etc.).

Un ejemplo tal vez nos aproxime a la idea que intento explorar. El juicio político como institución endógena al sistema político republicano es consonancia con el principio de responsabilidad política es parte del núcleo de cualquier Estado republicano (no sabemos si plenamente democrático) de derecho. A pesar de ello, dicha institución puede haber operado en la historia con un efecto placebo, por sugestión, como una amenaza espectral de sanción política, como un fusible que no se activa, que no se ejecuta (salvo selectivamente y en casos muy excepcionales) a los miembros del (mismo) sistema poli-



### III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y DISEÑO INSTITUCIONAL

Actualmente, muchos de los estudios más interesantes de filosofía política<sup>26</sup> hacen referencia al ideal de la democracia deliberativa pero, a pesar de ello, aún se están realizando esfuerzos iniciales para desarrollar un corpus sólido que se aproxime a explicarnos profundamente en qué consiste. Ella es una concepción relativamente novedosa, aunque podamos encontrar rasgos comunes con tipologías clásicas de democracia.

La concepción de la democracia pensada por Carlos Nino<sup>27</sup> difiere sustantivamente de la mayoría de las posibles alternativas observables en el catálogo de teorías de la democracia<sup>28</sup>. Su original justificación epistémica de la democracia se conecta con su elemento deliberativo, potenciándose considerablemente, lo que es reconocido por David

<sup>26</sup> Estas impresiones en GARGARILLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>27</sup> Muchos trabajos intentan introducirse en la teoría del derecho de Carlos Nino, pero pocos lo hacen en su teoría política, en su teoría democrática o en su teoría constitucional. Los dos libros que se enfocan en el pensamiento de Nino orientaron la investigación a su filosofía del derecho. Éstos son ROCA PÉREZ, V., *Derecho y razón práctica en Carlos Nino*, Biblioteca Virtual, Alicante, 2003, y BLANCO MIGUEL, S., *Positivismo metodológico y racionalidad política*, Comares, Granada, 2002.

En el acotado universo de trabajos enfocados en su filosofía política y constitucional resalta el trabajo de Robert Alexy (ALEXY, R., "La fundamentación de los derechos humanos en Carlos Nino", en *Doxa*, 26, Alicante, 2003), en el que explora la justificación de los derechos humanos en Nino. Algunos ensayos, como el de Menéndez (MENÉNDEZ, A., "El legado de uno de los precursores de la democracia deliberativa", en *Res Pública*, nro. 3, 1999) sobre la precursora labor de Nino con la concepción deliberativa y los de Stolarz (STOLARZ, A., *Algunas consideraciones acerca de la representación en Carlos S. Nino*, Mimeo, Buenos Aires, 2000, y STOLARZ, A., *Representación, democracia directa y valor epistémico: cuestiones acerca de la teoría epistémica de Carlos Nino*, Mimeo, Buenos Aires, 2001) sobre la representación en Nino, van hacia esa zona poco explorada. En Koh y Slye (KOH, H. - SLYE, R. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.) se encuentran artículos en tributo a Nino, donde sobresalen los de Gutmann, Williams, Holmes, Waldron, Stotsky y Rosenkrantz, que junto a Oquendo (OQUENDO, Á., "Reflexiones sobre las premisas, el contenido y la variabilidad del concepto de la democracia", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 5, nro. 1, 2000), en dos destacables ensayos, se debaten en torno a diversas aristas de su filosofía política.

<sup>28</sup> Enfrentada habitualmente con los modelos elitistas y pluralistas representadas por autores como J. Schumpeter y R. Dahl respectivamente, entre otros modelos. Una renovada confrontación crítica y directa del modelo deliberativo desde una perspectiva abiertamente elitista en POSNER, R., *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2003.

Estlund<sup>29</sup>. Cabe mencionar, en este punto, que aparentemente Nino estuvo a la vanguardia de sus contemporáneos en la formulación de una justificación epistémica. En los años ochenta, casi simultáneamente con los desarrollos del profesor Nino<sup>30</sup>, Joshua Cohen<sup>31</sup> sondeará en la misma dirección una justificación radical epistémica de la democracia<sup>32</sup>.

Centrándonos en la teoría de la democracia podemos separar el concepto de democracia deliberativa, al efecto de realizar una definición conciliatoria, destacando que el modelo "incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes: ésta es la parte democrática". Asimismo, se describe "la toma de decisiones por medio de argumentos *por* y *para* los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad e imparcialidad: ésta es la parte deliberativa"<sup>33</sup>. Agregaremos que puede ser reconocida por no tomar las preferencias de los ciudadanos como dadas, reforzar la autonomía individual y tener una impronta marcadamente antielitista.

El modelo deliberativo, especialmente el propuesto por Nino, tiene virtudes inherentes que permitirían relativizar ciertas paradojas y tensiones del constitucionalismo (y de las actuales Constituciones complejas) que el mismo Nino ayudó a identificar<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> ESTLUND, D., "Beyond Fairness and Deliberation: the Epistemic Dimension of Democratic Authority", en BOHMAN, J. - REIKO, W., *Deliberative Democracy*, The MIT Press, Massachusetts, 1995, p. 203.

<sup>30</sup> NINO, C., *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984; NINO, C., *Constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

<sup>31</sup> COHEN, J., "An Epistemic Conception of Democracy", *Ethics* 97 (1986), ps. 26 a 38.

<sup>32</sup> En otras áreas, aunque relacionadas con su teoría de la democracia, los esfuerzos de Nino serán equiparados por Pablo De Greiff a los transitados por Philip Pettit. Desde la perspectiva de De Greiff en ambos existe una fuerte relación entre una teoría de la democracia (deliberativa o republicana) y una teoría de la pena, cuando usualmente vemos una notable desconexión (De GREIFF, P., "Procedural Justice, Punishment and Truth-Telling", en *Deliberating about the Deliberative Democracy*, Workshop, University of Texas, Austin, 2000).

<sup>33</sup> ELSTER, J., *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 25.

<sup>34</sup> Advertimos, bajo la perspectiva de Nino, que "la Constitución histórica sufre, a pesar de los indicios que parecen señalar lo contrario, de una indeterminación radical para su interpretación" y que "la dimensión histórica es aparentemente superflua para la justificación de acciones o decisiones respecto de temas supuestamente regulados por ella" (NINO, C., *La constitución...*, cit., p. 30). Las virtudes y los defectos de la deliberación colectiva y de la discusión pública pueden verse analizados extensamente en ELSTER, J., *La democracia...*, cit.

¿Qué diferencia a la democracia deliberativa? Para Nino “la concepción deliberativa de la democracia ve” a la teoría consensual “como profundamente interrelacionada con la moral y se apoya sobre su poder para transformar preferencias moralmente aceptables. A diferencia de la doctrina de la soberanía popular, del perfeccionismo o de las concepciones dialógicas que no se apoyan en el valor epistémico del proceso democrático, la concepción de la democracia defendida [...] trata de respetar un conjunto de presupuestos liberales” –e igualitarios– “fuertes”<sup>35</sup>. “La concepción deliberativa de la democracia apoyada sobre su valor epistémico emerge a partir de confrontarla con el problema del conocimiento moral y de tratar de evitar los extremos de la reflexión individual de Rawls y el populismo de Habermas”. Esta posición, continúa Nino, “implica que el consenso alcanzado después de un ejercicio de discusión colectiva debe ser de algún modo confiable en el proceso de conocimiento de asuntos morales. Pero esta confiabilidad no puede excluir completamente la confianza en nuestra propia reflexión individual para expresar argumentos en la discusión”<sup>36</sup>. Asimismo tomaba, como muchos, la representación política como un “mal necesario”. A pesar de ello parecía ser muy exigente con el sistema representativo que proyectaba para la democracia deliberativa.

Por otro lado, su constructivismo epistemológico se vincula con el racionalismo crítico. El mismo Nino sostiene que a partir del racionalismo crítico de Karl Popper, y conectándolo con una disputa entre los autores Hans Albert y Karl Otto Apel (que versaba sobre la fundamentación de la razón y su elección como decisión moral –tal vez irracional–), podemos adoptar a la razón como herramienta para tomar una “actitud práctica que puede caracterizarse a partir de la disposición a tomar en cuenta argumentos críticos y a aprender de la experiencia: él presupone una búsqueda cooperativa de la verdad<sup>37</sup> y la idea de que todo aquel con quien nos comunicamos es una fuente potencial de argumentación”<sup>38</sup>. De hecho, a pesar esto, el debate deberá incluir a aquellos<sup>39</sup> que apuntan que la concepción

<sup>35</sup> Nino, C., *La constitución...*, cit., ps. 197 y 198.

<sup>36</sup> Nino, C., *La constitución...*, cit., p. 199.

<sup>37</sup> Martín Farrell y Juan Rodríguez Larreta enfrentaron los planteos de la justificación epistémica de Carlos Nino en un número histórico de *Análisis Filosófico* VI (1986) que fue reformulado y traducido al italiano editado por Antonio Martino (MARTINO, A., *La giustificazione morale della democrazia*, ECIG, Génova, 1990).

<sup>38</sup> Nino, C., “El racionalismo crítico y la fundamentación de la ética”, en SCHUSTER, F., *Popper y las ciencias sociales*, Editores de América Latina, Buenos Aires, 2004, p. 335.

<sup>39</sup> Chantal Mouffe itaca diciendo: “Pensar la política en términos de lenguaje moral, como hace Rawls, lleva necesariamente a descuidar el papel que desempeñan el conflic-

deliberativa resulta muy estrecha, dado que se concentra en un tipo de interacción, la deliberación, mientras en la democracia se observan muchos más.

La empresa de Nino continúa (y toma curso propio tras) los pasos de Rawls, Apel o Habermas<sup>40</sup>. Específicamente, en este último caso, cuando "se esfuerzan por reconstruir, a través de la acción comunicativa o de la pragmática trascendental, ese tejido artificial de universalidad y de comunicación no violenta, que se ha vuelto tanto más necesario cuanto más fragmentado y lábil se ha vuelto el mundo de la vida. El diálogo aparece, entonces, indirectamente, con un remiendo de los desgarros, de la *Entzweiungen* de un mundo dividido, por intereses y conflictos, que sin embargo son separados de la zona franca de la comunicación, una especie de *talking cure* como en el caso de Ana O. de Freud y Breuer. Se trata, por cierto, de reencontrar una razón común, una comunidad de verdad, un pluralismo que no deje de estar referido a una búsqueda percibida como valor intrínseco de crecimiento, para todos y cada uno, un acuerdo sustitutivo y transmisor de la 'voluntad general' rousseauiana (no exenta de implicancias inquietantes), o del pacto hobbesiano, que tiende a evitar la muerte violenta de los hombres o la vida miserable del estado de naturaleza". "De todos modos, para Habermas ésta no sólo no constituye un equivalente de la *ratio*, del cálculo, sino que tampoco se basa en el temor al poder, a una soberanía por principio indiscutible y terrible. Se trata más bien de una razón antiabsolutista, que debería contribuir al desarrollo del

---

to, el poder y el interés" (MOURVI, C., *El retorno de lo político*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 76). Iris Marion Young apunta que "al restringir su concepto de discusión democrática y limitarlo al de argumento crítico, la gran mayoría de quienes la sustentan académicamente promueven un nivel de discusión sesgado de prejuicios culturales. Éstos, a su vez, producen un efecto silenciador o desvalorizador de ciertas personas o grupos específicos" (YOUNG, I. M., "La democracia y 'el otro': más allá de la democracia deliberativa", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 5, nro. 1, 2000, p. 41). De igual manera, Oquendo trata de identificar puntos y contrapuntos posibles sobre el tema en las concepciones deliberativas de Nino y Habermas (OQUENDO, Á., "Reflexiones...", cit., p. 100).

<sup>40</sup> Un interesantísimo trabajo se concentra en encontrar puntos divergentes y convergentes entre los mundos conceptuales de Carlos Nino y Jürgen Habermas. Ángel Oquendo (OQUENDO, Á., "Reflexiones...", cit.; OQUENDO, Á., "Deliberative Democracy in Habermas and Nino", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, nro. 2, Oxford University Press, 2002) explora la justificación de los derechos humanos en democracia, el tipo de constructivismo que los autores desarrollan, la relevancia de las emociones en la deliberación y la variabilidad del concepto de democracia para concluir con algunos contrapuntos al modelo regular de democracia deliberativa.

'iluminismo incumplido' de la modernidad"<sup>41</sup>. Todo ello aparentemente contrasta con lo trazado por pensamientos como los de "Rorty y los neoaristotélicos que de todos modos se podrían incluir bajo el nombre de *comunitarios*"<sup>42</sup>.

Lúcidamente, Nino reconoce que aceptando la testada viabilidad<sup>43</sup> de la justificación epistémica de la democracia "el paso más difícil de llevar a cabo sería el de transferir el valor epistémico del proceso informal de discusión moral al procedimiento institucionalizado"<sup>44</sup>. En esa línea todavía parecen aislados los esfuerzos por acercarse a concebir procedimientos autoritativos en el cual medien estructuras institucionales de carácter epistémico desde la perspectiva de las justificaciones morales de la democracia. En especial, debemos destacar a Estlund, quien específicamente presenta sus objeciones a la versión de democracia epistémica de Nino al indagar en torno a la legitimidad y el valor epistémico de los procesos democráticos<sup>45</sup>.

La dificultad de mediatizar institucionalmente el proceso emerge cuando pensamos el constructivismo epistémico en serio. Lo que se produce con el constructivismo de Nino puede suceder, conforme nos explica Clauss Offe<sup>46</sup>, con el enfoque habermasiano; por eso, a pesar de que "posiblemente la legitimidad de la modernidad sea algo presente en las sociedades modernas tan sólo desde la perspectiva del pájaro de la observación sociológica, pero no en sus realizaciones vitales. De ahí yo extraería la consecuencia –y creo que en coincidencia con Habermas– de que las reglas institucionales de juego de nuestra vida política, económica, cultural y familiar deben reconfigurarse y completarse de manera que dichos principios se muestren y hagan realidad también en la praxis cotidiana y no gocen de la misma tan sólo como señales de teorías macro-sociológicas construidas histórico/filosóficamente. Veo en ello la exigencia de plena

<sup>41</sup> BODRI, R., "Comunicación y liberación", *Revista La Ciudad Futura*, 20, 1989, p. 30.

<sup>42</sup> BODRI, R., "Comunicación...", cit.

<sup>43</sup> La que es puesta a prueba por Rosenkrantz (ROSENKRANTZ, C., "La teoría de la democracia epistémica revisitada", en HONORU KOH, H. - SEYI, R. (comps.), *Democracia...*, cit., ps. 279 a 291) y testada críticamente por Roderas (ver RODERAS, A., "La justificación de la democracia en Carlos Nino", *Doxa*, 10, Alicante, 1991, ps. 279 y ss.).

<sup>44</sup> NINO, C., *La constitución...*, cit., p. 198.

<sup>45</sup> ESTLUND, D., "Democratic Authority, Deliberating about Deliberative Democracy", Workshop, University of Texas, Austin, 2000, p. 14.

<sup>46</sup> OFFE, C., "Razón y política: el poder de las instituciones", *Revista La Ciudad Futura*, 10, 1988 p. 18.

coincidencia con la obra de Habermas, y con toda su actividad político-publicística, de reclamar y hacer válidos esos principios en la praxis social en lugar de evocar meramente su facticidad contrafáctica. Ahí hay, desde luego, una gran cantidad de trabajo institucional, político/constitucional y jurídico por hacer".

Quizá en el siglo XXI esa brecha institucional desafíe nuestra imaginación con nuevas dudas y muchos interrogantes, más si indagamos en las alternativas institucionales clásicas en la ingeniería constitucional comparada. En definitiva, la pregunta que nos podemos hacer es: democracia presidencial o parlamentaria, ¿hay alguna diferencia para la democracia deliberativa?

#### IV. LOS REYES ELECTOS: SIN FRENOS NI CONTRAPESOS

En un superficial repaso de la historia de los sistemas comparados, en más de doscientos años, encontramos un variado espectro de experiencias y proyectos institucionales. Pocas veces, en este período, los sistemas institucionales favorecieron que la participación ciudadana, la interacción del diálogo, la deliberación, la discusión y la producción de consensos (nunca absolutos) de los actores institucionales (y los extrainstitucionales) resulten incentivadas, facilitadas y/o promovidas. Por el contrario, muchas veces fueron proclives a permitir (o, en algunos casos, a reforzar) la concentración de poder y producir bloqueos, parálisis e inestabilidad institucional, desembocando cíclicamente en dinámicas autofrustrantes, de precariedad democrática o directamente autoritarias.

Históricamente, la desconfianza fue precondition para morigerar los tiempos en la toma de decisiones, y establecer fuertes controles endógenos contramayoritarios (hacia las Legislaturas y dentro de las mismas, por ejemplo en el instituto del veto y la división de la soberanía en el bicameralismo, institucionalizando un Senado conservador), pero todo ello, aun así, no aseguraba la mismísima división de poderes sino que (como podemos pensar) concentró y concentra en el Poder Ejecutivo, fácilmente, un asimétrico poder. Por ello puede verse al Ejecutivo como un órgano más contramayoritario que el mismísimo Poder Judicial. En ciertos casos, podríamos llegar a experimentar el hiperpresidencialismo como un sistema institucional hipercontramayoritario, haciéndolo usualmente un actor necesario y suficiente para la vida institucional, relativizando el peso y la capacidad de acción de los otros poderes.

Los presidencialismos (o los Ejecutivos en general) tuvieron centrales protagonismos a la hora de definir los sucesos históricos de las democracias modernas. No sólo las etapas fundacionales evidenciaron una muy tímida y relativizada (o relativizable) división formal de poderes, sino que las situaciones de crisis y los estados de excepción justificaron la concentración del poder (siendo en algunos casos repúblicas tradicionales). Por mencionar un clásico ejemplo, en la República de Weimar los sucesos, señala Pinto<sup>47</sup>, le demostraron a Max Weber "que la parlamentarización exigía un tiempo histórico, [tiempo con el que ya no se podía contar ante las dimensiones de la crisis]!". "¿Cuál sería entonces la salida institucional que él discernía para superar la crisis? Un presidente plebiscitario electo por el pueblo y no por los parlamentarios, que pudiera transmutar los valores que hasta entonces habían dado legitimidad al *Reich*". Por eso, "haciendo suyas las tesis de Nietzsche, Weber sostuvo que sólo un superhombre podría llegar a imponer los nuevos valores que requería el cambio histórico que se estaba dando".

Un siglo corto con experiencias totalitarias, abusos dictatoriales, violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, que el mismo Nino representara con el mal absoluto<sup>48</sup>, en las democracias emergentes y en las tradicionales, ha servido para que, desde diferentes círculos, se preocupen por los "reyes electos" de la modernidad.

La hegemonía presidencialista en América latina ha dado abundante material de estudio de calidad diversa tanto local como internacionalmente<sup>49</sup>. Pieza clásica resulta la investigación comparativa en torno a la es-

<sup>47</sup> PINTO, J., "La evolución del concepto del presidente plebiscitario del *Reich* de Weber y Schmitt", en DOTTI, J. - PINTO, J. (comps.), *Carl Schmitt, su época y su pensamiento*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, p. 109. De igual modo Giorgio Agamben encuentra similitudes de la dictadura comisarial de Carl Schmitt en las presidencias de guerra de Lincoln, Wilson y Roosevelt (AGAMBEN, G., *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editores, Buenos Aires, 2004, ps. 53 a 60).

<sup>48</sup> NINO, C., *La constitución...*, cit.

<sup>49</sup> LINZ, J., "Democracy: Presidential or Parliamentary. Does it Make a Difference?", ponencia presentada en el Workshop on Political Parties in the Southern Cone, Wilson Center, Washington. Versión castellana: "Democracia presidencial o parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?", en AA.VV., *Presidencialismo versus parlamentarismo, materiales para el estudio de la reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1984; LINZ, J., *Presidentialism and Democracy: a Critical Appraisal*, Kellogg Institute - WP200. Versión castellana: LINZ, J., "Presidencialismo y democracia: una revisión crítica", en *Desarrollo económico*, IDES, vol. 34:135 (1994); AA.VV., *Presidencialismo versus parlamentarismo, materiales para el estudio de la reforma constitucional, Consejo para la Consolidación de la Democra-*

tabilidad de las democracias en regímenes presidenciales de Linz<sup>50</sup>, un ayezado análisis crítico de algunos patrones cíclicos de las crisis del régimen presidencial y de las rupturas institucionales. Los datos a los que arriba Linz hacen pensar en una fuerte tendencia hacia la inestabilidad endémica (por sus "incentivos" para la confrontación por sobre la cooperación política, entre otras múltiples variables) de los sistemas presidenciales. Su trabajo concluye que el sistema parlamentario ofrece (¿ofrecía?) claras ventajas (o menos desventajas) para evitar, o encarar mejor, esas coyunturas críticas. Este documento de trabajo fue el punto de partida de un rico debate político y académico caracterizado por el par "dicotómico": presidencialismo *versus* parlamentarismo.

Profundizando esa línea de pensamiento, reconocido tanto en nuestro ámbito como en el internacional, fue el mismo Nino quien, desde su experiencia como docente-investigador-intelectual público, realizó y coordinó un análisis realmente acabado, renovador y una propuesta de posible superación del hiperpresidencialismo<sup>51</sup> que marcó a fuego durante el siglo XX (y lo que va del siglo XXI) a la Argentina. Nino describía<sup>52</sup> la absoluta ausencia de válvulas de escape y la suma cero como lógica de bloqueo entre los actores institucionales del poder. Se refuerzan las magnitudes de los conflictos interpoderes por la legitimación dual en el sistema institucional presidencial, entre el Legislativo y el Ejecutivo, con mandatos rígidos y entrecruzados. Debemos sumar las particulares consecuencias (anomia, corrupción, abusos de poder, etc.) de la personalización del poder que hacen que el sistema institucional sea dependiente del presidente. Si existe fragilidad presidencial, el mismo sistema institucional es

---

cía, Eudeba, Buenos Aires, 1988; NINO, C., *El presidencialismo puesto a prueba*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; SHUGART, M. - CAREY, J., *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, y LANZANO, J. (comp.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2003. También ha generado recomendables obras literarias como *El señor presidente* de Miguel Ángel Asturias.

<sup>50</sup> LINZ, J., "Democracy...", cit.

<sup>51</sup> "Consejo para la Consolidación de la Democracia. Dictamen preliminar", en *Reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, y *Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

<sup>52</sup> NINO, C., "Presidencialismo *versus* parlamentarismo", en AA.VV., *Presidencialismo *versus* parlamentarismo*, Eudeba, Buenos Aires, 1988, p. 117; NINO, C., *El presidencialismo...*, cit., p. 17; NINO, C., *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, p. 73; NINO, C., *La constitución...*, cit., p. 241; NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 504.

frágil. Cuando cae el presidente todo vuelve a cero. Por eso la lucha del presidencialismo es muchas veces a "todo o nada".

Contemporáneamente, el reconocimiento de muchos representantes de la comunidad académica internacional<sup>53</sup> de las inconveniencias de exportar el sistema presidencialista, principalmente copiando el modelo norteamericano, resulta realmente paradójico. Muchos autores terminarán realizando este reconocimiento recomendando adoptar un modelo cercano al *Constrained Parliamentarism*<sup>54</sup> (adoptado clásicamente en la Europa occidental, Japón y actualmente en Europa oriental), siguiendo con la línea abierta por Linz, Lijphart y Valenzuela, entre otros. Lo paradójico es observar que la opción institucional clásica al presidencialismo parece sufrir una mutación importante, reproduciendo viejos vicios hasta ahora propios de un sistema presidencial<sup>55</sup>. Transformación que posiblemente se perciba en, por lo menos, dos puntuales tendencias: la crisis de los Parlamentos y la traslación de procesos de decisión a una esfera institucional internacional.

La abdicación es producida tanto por el debilitamiento de los Parlamentos<sup>56</sup> como por la mutación "presidencialista" de la figura del primer ministro, afirmándose que el fenómeno se da en toda Europa. En Blair, Schroeder o Berlusconi la concentración de poder pudo ser observada claramente<sup>57</sup>. Dicha debilidad sobreviniente se da por la presencia misma de un órgano ejecutivo con poder asimétrico<sup>58</sup>, dando paso a la declinación del debate y del escrutinio democrático. De esta manera se transforman los parlamentos en "sirvientes del Ejecutivo" a través de los procesos de delegación legislativa, relativizándose su función considerablemente

<sup>53</sup> ACKERMAN, B., "The New Separation of Powers", *113 Harvard Law Review*, 3 (2000), p. 633; DAHL, R., *¿Es democrática...?*, cit., p. 106.

<sup>54</sup> ACKERMAN, B., "The New Separation...", cit., p. 727.

<sup>55</sup> JONES, G., "Presidentialization in a Parliamentary System?", en CAMPBELL, C. - WYKONARSKI, M. (eds.), *Executive Leadership in Anglo-American Systems*, University of Pittsburg Press, Pittsburg, 1991; DAHRENDORF, R., "Can European Democracy Survive Globalization?", *The National Interest*, Fall, 2001.

<sup>56</sup> BONHO, N., et al., *Diccionario...*, cit., p. 1132.

<sup>57</sup> DAHRENDORF, R., "Can European Democracy...?", cit., p. 4.

<sup>58</sup> Se analizó en Keeler y Schain (1997:84) el caso de las primeras presidencias de Charles de Gaulle, en el marco de un perspectiva más amplia, como un caso de posible hiperpresidencialismo. Brevemente podemos acotar que la evolución descrita por los autores sugiere contrastes muy interesantes sobre flujos y reflujos de concentración de poderes (en el presidente) en una estructura aparentemente con fuertes frenos constitucionales hacia el poder presidencial.

en un proceso de integración regional-continental<sup>59</sup> (a nivel global) donde el Ejecutivo, por sus facultades diplomáticas y semilegislativas (a través del derecho derivado de los tratados que ratifica y firma), deviene en actor, en sí mismo, cuasi-suficiente para el ejercicio del poder. Todo se potencia observando que en los procesos de integración los Parlamentos son institucionalmente débiles o directamente pasivos<sup>60</sup>.

Histórica y actualmente muchas decisiones vinculadas a la política exterior y a las relaciones internacionales estuvieron, podríamos decir, monopolizadas por los Poderes Ejecutivos con controles muchas veces inexistentes tanto de los Poderes Legislativos como Judiciales. Las negociaciones, y las deliberaciones en caso de existir, son llevadas a cabo por tecno-burócratas pertenecientes a la (supuestamente) meritocrática élite cuyas decisiones son casi en su totalidad ajenas al conocimiento, legitimidad y control republicano<sup>61</sup>. No sólo la complejidad de las diversas temáticas hace que la participación ciudadana esté ausente; la inexistencia de mecanismos y arreglos institucionales en este plano torna absolutamente imposible la deseable participación y discusión democrática<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> ACKERMAN, B. - GOLOVE, D., "Is NAFTA Constitutional?", *Harvard Law Review*, vol. 108:4 (1995), p. 916. En internet, ACKERMAN, BRUCE, "Treaties don't Belong to Presidents", [http://www.law.yale.edu/outside/html/Public\\_Affairs/97/yls\\_article.htm](http://www.law.yale.edu/outside/html/Public_Affairs/97/yls_article.htm); "On the Home Front, a Winnable War", en [http://www.law.yale.edu/outside/html/Public\\_Affairs/129/yls\\_article.htm](http://www.law.yale.edu/outside/html/Public_Affairs/129/yls_article.htm), y "Bush can't Operate as a One-Man Band", en [http://www.law.yale.edu/outside/html/Public\\_Affairs/158/yls\\_article.htm](http://www.law.yale.edu/outside/html/Public_Affairs/158/yls_article.htm).

<sup>60</sup> Bibliografía especializada sobre este punto que excede la oportunidad en GLENNON, M., *Diplomacia constitucional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996; KRINSON, L., *Acuerdos Internacionales*, GEL, Buenos Aires, 1986.

<sup>61</sup> DAHL, R., *El control de las armas nucleares*, GEL, Buenos Aires, 1987, ps. 32 y 37.

<sup>62</sup> Dahl explora una institución democrática para tratar de morigerar la ausencia de controles democráticos. Nos explica: "Este tipo de cuerpo representativo podría denominarse *minipopulus*. En cuanto a sus dimensiones, podríamos decir un millar de personas, término medio entre el límite inferior determinado por el riesgo de errores excesivos en el muestreo y el límite superior determinado por la oportunidad de participar en discusiones. Según mi experiencia, mil es demasiado para un mitin de pueblo, pero es una cifra viable. Un *minipopulus* podría determinar la agenda de temas mientras otros se ocupan de cada una de las principales cuestiones. Podría existir un *minipopulus* en todos los niveles del gobierno: nacional, provincial o local. Los ciudadanos seleccionados para pertenecer al *minipopulus* recibirían una retribución económica. Se desempeñarían un año y una sola vez en la vida" (DAHL, R., *El control...*, cit., p. 148). Nino identificó el aporte de Dahl al mismo tiempo que reconoció el potencial deliberativo de la propuesta de Fishkin cuando estaba en un estado menos desarrollado (NINO, C., *La constitución...*, cit., p. 211). Esta propuesta con la que Dahl en la actualidad (DAHL, R., *Entre-*

En esa línea cabe señalar el crecimiento exponencial de la estructura administrativa del Poder Ejecutivo, en los sistemas institucionales en general, que atenta contra un sistema ideal de frenos y contrapesos del poder, poder burocrático que usualmente tiene incidencia directa en ciertos derechos fundamentales y carece de un *accountability* (horizontal y vertical).

La sobredimensión administrativa, los excesos de personalismo, las facultades (directas e indirectas) legislativas, sus poderes materiales (ficticios y metaconstitucionales) y facultades diplomáticas en la actualidad, permiten ver una clara tendencia centripeta de la configuración del poder institucional en los Ejecutivos (indiferentemente del rol institucional), lo que puede generar (o degeneró históricamente en) una acumulación peligrosa de poder político y capacidad institucional, retroalimentándose con su par, el también concentrado poder económico-financiero y social<sup>63</sup>.

#### V. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y DEBILIDAD JUDICIAL

Fue Nino quien nos introdujo localmente a la dificultad contramayoritaria a pesar de que *a posteriori* hubo desarrollos más acabados<sup>64</sup>. Por eso mismo, observando la tensión de la Constitución compleja e identificando el elitismo epistémico insito en la aceptación del control judicial de constitucionalidad, es que se encontró atraído, como contemporáneamente Habermas<sup>65</sup>, por el innovador aporte de Ely con sus bemoles. Así, el Poder Judicial puede contribuir excepcionalmente (pero paradójicamente en rol activo) como "triple custodio de las reglas del proceso democrático (entendidas no en sentido meramente formal sino sustantivo), de la autonomía personal, que implica rechazar normas con fundamentos perfeccionistas, y de la continuidad de la propia práctica constitucional"<sup>66</sup>.

---

vista sobre el pluralismo, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, p. 140) está muy entusiasmado, simultáneamente ha tenido una implementación experimental y un reconocimiento a nivel internacional.

<sup>63</sup> Con tintes corporativistas en nuestro país, NINO, C., *Un país...*, cit.; NINO, C., "Contexto social y régimen de gobierno", *Doxa*, 14, Alicante, 1993; NINO, C., "Transition to Democracy, Corporatism and Presidentialism with Special Reference to Latin America", en JACKSON, V. C. - TUSHNET, M., *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, Nueva York, 1999.

<sup>64</sup> GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>65</sup> HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

<sup>66</sup> NINO, C., *Fundamentos...*, cit., p. 712.

A pesar de configurar el sistema institucional ideal y estipular a la democracia deliberativa como su epicentro, Nino encuentra satisfactoria la idea de "matizar" el control de constitucionalidad, también como un *contingente "second best"*<sup>67</sup>.

A continuación intentaré ensayar argumentos contrarios específicamente a la concepción de Ely, criticando no ya sus ambigüedades y vaguedades en torno al formalismo simplista y su carencia de una concepción de democracia sustantiva, sino tratando de observar debilidades institucionales que impiden al Poder Judicial ser árbitro en el juego democrático.

### 1. Debilidad judicial. La justicia sin fuerza: impotencia<sup>68</sup>

A Pascal se le atribuye<sup>69</sup> haber dicho: "La justicia sin fuerza es impotencia. [...] La fuerza sin justicia: tiranía". Clásicamente se recuerda a Alexander Hamilton cuando en *El Federalista* nro. 78 sentenciaba: "El Poder Judicial es el menos peligroso. El Poder Judicial [...] no tiene control sobre la espada ni sobre el dinero, no dirige la fuerza ni la riqueza de la sociedad, y no puede tomar medidas activas bajo ninguna circunstancia. En verdad se puede decir que no tiene fuerza ni voluntad, sino sólo juicio; y debe depender en última instancia de la ayuda del Poder Ejecutivo para la eficacia de sus sentencias". "Es el más débil de los poderes; nunca podrá atentar con éxito contra ninguno de los otros dos". Concluyendo con Montesquieu, lo citan al decir: "de los tres poderes [...] la judicatura es casi nada"<sup>70</sup>. Al menos en los discursos de Hamilton, sabemos que los comentarios transcritos con antelación eran parte de su estrategia al efecto de tranquilizar a aquellos antifederalistas<sup>71</sup> que estaban preocupados por el protagonismo excepcional del Poder Judicial, que tiempo después se concretó con la supremacía judicial.

En sintonía, y con el sistema institucional norteamericano ya consolidado, Alexis de Tocqueville<sup>72</sup> describió "al Poder Judicial en los Esta-

<sup>67</sup> Nino, C., *La constitución...*, cit., p. 269.

<sup>68</sup> Por cuestiones formales se resumieron los argumentos sobre la debilidad judicial.

<sup>69</sup> DERRIDA, J., "Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad", en *Dorra*, 11, 1992, p. 137.

<sup>70</sup> BURT, R., *Constitución y conflicto*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 87.

<sup>71</sup> Nos referimos a Brutus y otros en los momentos fundacionales de la República norteamericana; BURT, R., *Constitución...*, cit., p. 86.

<sup>72</sup> TOCQUEVILLE, A. de, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 106.

dos Unidos y su acción sobre la sociedad civil" diciendo que al mismo "lo encerraron, exactamente, en el círculo que le es privativo". Solamente se pronuncia "sobre casos particulares y no sobre principios generales". "Por naturaleza, el Poder Judicial carece de acción; es necesario ponerlo en movimiento para que actúe". "El Poder Judicial quebrantaría su naturaleza pasiva, si tomara la iniciativa y se estableciera como censor de leyes". Su gobierno, "dominando a la sociedad", será "tanto al menos como la debilidad inherente al Poder Judicial le permitiese hacerlo". El Poder Judicial tendría solamente un cierto poder moral. Concluye el francés: "los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político; pero, al obligarlos a no atacar las leyes sino por medios judiciales, han disminuido mucho los peligros de ese poder".

Es Robert Burt<sup>73</sup> quien aporta algunas renovadas impresiones en torno a la debilidad judicial, más aún cuando estamos en situaciones de crisis institucionales. Burt analiza el control del Poder Judicial ante el Poder Ejecutivo en ciertos casos históricos y lo sentencia describiendo a su respecto "incapacidades institucionales" y reconociendo que "la voluntad de proteger el *rule of law*" a través del control judicial "es imposible de cumplirse". Seguidamente habla de los "límites de la capacidad judicial de asumir el mando absoluto en tiempo de crisis". Puntualizando su análisis en el caso "Korematsu"<sup>74</sup>, dice: "Puede que la condenatoria retención de aplicación judicial propuesta por Jackson no hubiese disuadido a las autoridades militares y que éstas hubiesen usado las fuerzas armadas, sin legitimación judicial, para insistir con la política de detención de japoneses americanos". Finalmente, concluye diciendo: "la supremacía judicial no tiene fuerza confiable en el resguardo del ideal del Estado de derecho en casos" donde el Ejecutivo expande sus poderes.

Explorando, podemos reforzar dichos argumentos con los ejemplos históricos que dan directamente autores como Tushnet<sup>75</sup> (con los incidentes de "Marshall v. Jackson" o "Taney v. Lincoln") y Ely<sup>76</sup> al mencionar casos en los cuales existió reticencia (o firme rebeldía) al cumplimiento de las decisiones judiciales. Podemos reconocerle cierta incidencia institu-

<sup>73</sup> BURT, R., *Constitución...*, cit.; BURT, R., "Supremacía judicial, impotencia judicial y el *rule of law* en tiempos de crisis", en *Estado de derecho y democracia*, SELA 2000, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

<sup>74</sup> "Korematsu v. US", 323 US 214, 223 (1944).

<sup>75</sup> TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, ps. 13 y 23.

<sup>76</sup> ELY, J., *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1981 p. 67.

cional, pero siempre puede ser relativizada (por los otros poderes). Ely<sup>77</sup> dice: "Es posible que la Corte no tenga ni la espada ni la bolsa..."; "puede ser cierto que la Corte no sea capaz de desviar permanentemente la voluntad de una sólida mayoría", pero le reconoce capacidad para retrasarla.

Puede parecer paradójico que el depositario de la última palabra no tenga en definitiva sino sólo eso: un juicio (con los mismos límites cognitivos, del lenguaje, de la racionalidad, etc.). No puede nunca actuar, contrapesar o frenar sino a través de su "razón", dado que carece de fuerza y capacidad institucional (cuando es, en algún punto, "independiente"<sup>78</sup> de los otros poderes). Es un Hércules muy débil. Su debilidad no resulta, en muchos casos, una virtud. Por supuesto, siempre que actúe positivamente y no se mantenga, en temas centrales de las democracias contemporáneas, sin expedirse (consciente o inconscientemente). En ocasiones, sus "virtudes pasivas" pueden resultar omisiones lesivas. Su pasividad, selectivi-

<sup>77</sup> Ely, J., *Democracia...*, cit., p. 66.

<sup>78</sup> Puede resultar un misterio saber qué estamos haciendo cuando sostenemos y promovemos el principio de la independencia judicial de forma miope, obtusa y dogmática. En apariencia, dicho principio elemental para cualquier sistema político muchas veces se encuentra implícito en los documentos fundamentales del constitucionalismo. Pero resulta impensable para comprender más que vagamente su fin, su justificación operativa, su fundamento institucional y mucho menos su alcance. En cuestión: ¿Qué es la independencia judicial? ¿De quién o qué se es independiente? ¿Del pueblo? ¿Del Poder Ejecutivo? ¿Del Poder Legislativo? ¿De los medios de comunicación? ¿De la burocracia judicial? ¿De la administración pública? ¿Es independiente de la misma Constitución? ¿De todos al mismo tiempo? ¿De las mayorías apasionadas, ignorantes y autointeresadas? ¿De los intereses sectoriales? ¿La independencia es moral? ¿Es una obligación de la actividad judicial? Es más, podemos señalar: ¿no deberíamos preguntarnos sobre qué arreglos institucionales (su proceso de designación, los incentivos endógenos a la función judicial, etc.) crean, instituyen, permiten esa independencia?

Siendo el proceso de designación y las garantías institucionales como son: ¿Podemos creer y sostener que la designación de los jueces realizada a través del proceso constitucional regularmente previsto, esto es, la propuesta del presidente con acuerdo del Senado, mecanismo clásico instituido en Constituciones como la estadounidense o la argentina, promueve o establece la independencia judicial? Las dudas subsisten, persisten y se multiplican severamente en los casos en los que se abren ciertos canales de participación o interacción con la ciudadanía en los procesos de designación que aun en la precaria legitimidad que confieren al proceso no transforman significativamente el tradicional.

¿Podremos pensar en otros mecanismos que permitan una mejor, mayor "independencia" de los jueces y del Poder Judicial? ¿Es valiosa la independencia judicial junto con el control de constitucionalidad, esto es, con la (supuesta) capacidad de dar la última palabra institucional sobre lo constitucional en un contexto de democracia (deliberativa) que persigue el autogobierno individual y colectivo a través de un inclusivo diálogo?

dad o, a lo sumo, inercia institucional puede ser vista como complicidad. Esto puede impedir que sea guardián frente a los embates provenientes tanto de Ejecutivos fuertes como de instituciones mayoritarias, y también imposibilitar que sea guardián de los procedimientos democráticos cuando la fuerza prepondera. Por lo que "la rama menos peligrosa" puede resultar una mera molestia, más que un verdadero contrapeso, para "la rama más peligrosa"<sup>79</sup>, y (no tan) paradójicamente, resultarle expropiada la capacidad de ser la "última voz" institucional. A pesar de todo esto, puede terminar mortalmente herido en el ejercicio de los riesgos y límites de una revisión retórica (no material) garante de la democracia constitucional.

Más allá del debate en torno al Poder Judicial y su control de constitucionalidad, el activismo judicial, su rol de árbitro, su elitismo epistémico y su carácter contramayoritario, puede ser que ni fáctica ni idealmente se encuentre bien dotado institucionalmente para contrarrestar el autoritarismo (de otros poderes) frente a regímenes de fuerza<sup>80</sup> o, aún más, en un contexto democrático (por ejemplo, frente al avasallamiento por parte de los Poderes Ejecutivos de las facultades legislativas o en las situaciones de emergencia, cuando más se lo requiere para contrapesar). Dicha situación descrita por Hamilton, fue observada por Tocqueville en el siglo XIX, también mencionada por Ely, pero aún percibida por Baum<sup>81</sup>, Riggs<sup>82</sup> o Burt, e indirectamente en los albores del siglo XXI por Tushnet, en el Poder Judicial más importante del mundo: el de Estados Unidos<sup>83</sup>.

Por todo lo expuesto permanezco dubitativo respecto de la capacidad de control (teórico, retórico o material) del Poder Judicial, lo que desnaturaliza al modelo de "frenos y contrapesos" y la misma pretendida división de poderes.

## 2. Desacuerdo y deliberación

Sabemos que Nino concebía la democracia deliberativa como un sucedáneo imperfecto del diálogo moral que consolidaba su constructi-

<sup>79</sup> FLAHERTY, M., "The Most Dangerous Branch", *Yale Law Journal*, vol. 105:3, 1996.

<sup>80</sup> Estas impresiones en Nino, C., *Un país...*, cit., p. 68.

<sup>81</sup> BAUM, L., *La Suprema Corte*, GEL, Buenos Aires, 1994, p. 302.

<sup>82</sup> RIGGS, F. W., "La supervivencia del presidencialismo en Estados Unidos: prácticas para-constitucionales", en A.A.VV., *Presidencialismo versus parlamentarismo*, Eudeba, Buenos Aires, 1988, p. 58.

<sup>83</sup> Percibo la misma debilidad institucional en nuestro Poder Judicial con características autóctonas.

vismo ético. En la actualidad, un plexo de defectos congénitos nos deben hacer replantear no ya sólo los alcances de la revisión judicial sino su continuidad. Tragedias y estupideces constitucionales<sup>84</sup> representables por ejemplo en "Dred Scott", "Korematsu", "Bush v. Gore" demuestran sus límites institucionales<sup>85</sup>, la negación de la democracia misma y de los derechos, justificando críticas. El capítulo histórico de la supremacía judicial parece aproximarse a su conclusión dos siglos después.

En esa dirección piensa Waldron<sup>86</sup> cuando sostiene que, dado que el desacuerdo es una realidad innegable, la deliberación y la participación, como derecho de derechos, son los mejores procesos para acercarnos a decisiones imparciales (coincidiendo con Nino) que nos permiten encarar dicho dato irrefutable de "las circunstancias de la política". Esto nos impide reconciliar al Poder Judicial (tal cual lo conocemos) con el "hecho del pluralismo", su capacidad de ser "última voz" en una democracia con disensos razonables e irremediables. Tushnet (1999) entiende que ya es tiempo de quitarles el monopolio de la interpretación de la Constitución a los jueces, señalando que mediante la participación ciudadana el pueblo puede autoconfigurarse como tribunal supremo de la Carta Magna, a pesar de aceptar la inevitable posibilidad de error (mayoritario o elitista).

## VI. MUNDOS INSTITUCIONALES POSIBLES

"El salto entre el mundo del *ser* y del *deber ser* no se puede hacer por cualquier punto del abismo que hay entre ellos sino a través del puente apropiado".

Carlos NINO<sup>87</sup>, 1984.

Lo hasta aquí comentado sólo permite explorar algunas claras tendencias y otras difusas intuiciones sobre una posible configuración institucional. Los sistemas presidencialistas, en general, se encuentran sin frenos ni contrapesos. Paradójicamente, si concebimos como epicentro la democracia deliberativa será contraintuitivo pensar en exactamente los

<sup>84</sup> ESKRIDGE, W. - LEVINSON, S., *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press, Nueva York, 1998.

<sup>85</sup> No un exceso irresponsable con dimensiones nunca vistas: TRIBE, L., "Bush versus Gore and its Disguise", *Harvard Law Review*, vol. 115:1 (2001), p. 292.

<sup>86</sup> WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

<sup>87</sup> NINO, C., *Ética...*, cit., p. 96.

mismos términos (de frenos y contrapesos) al momento de innovar institucionalmente. El desafío puede estar en descubrir o construir motores, frenos y puentes de deliberación para una dinámica deliberativa en los sistemas institucionales.

Seguramente coincidamos con Nino en que los sistemas mixtos presentan atractivos notables, pero como expuse, la actual coyuntura nos ha mostrado una mutación que debe dar pie a una fuerte subordinación y reformulación (o paulatina reducción) de los Ejecutivos (sean cuales fueren sus características).

Elitismo epistémico, dificultad contramayoritaria y debilidad institucional son algunas razones para que dicho poder sea reformulado. Otras deficiencias, menos señaladas y mucho menos estudiadas, que podemos identificar son su circular dependencia política, su corporativismo judicial, el autoritarismo jerárquico (en su estructura administrativa) y su reproducción endogámica (en la selección de sus miembros). En la actualidad, tal vez no se deba reclamar, como los momentos fundacionales lo sugieren con el radicalismo histórico, que el Poder Judicial, sobre todo debido a su facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes, sea suprimido, sino perfeccionado y reformado. Puede reconfigurarse institucionalmente, mediante técnicas perfectibles de veto suspensivo o reenvío, su participación dentro del diálogo institucional y permitir que la toma de decisiones se perfeccione con su intervención no definitiva<sup>88</sup>. También el establecimiento de un juicio por jurado –anglosajón igualitario–<sup>89</sup> puede tender a una tímida democratización judicial (tal vez imposible).

El núcleo de la democracia deliberativa es la misma democracia representada en el Parlamento. Podremos aceptar parcialmente que existen serias dificultades (no sólo) materiales para la concreción de la democracia directa. A pesar de ello, la aceptación del sistema representativo no puede ser sólo realizada como un segundo mejor inalterable, estableciéndose un sistema rígido de representación, que obstaculice que dicha institución pueda tender, aunque sea idealmente, al principio de Condorcet<sup>90</sup>, impidiendo con dicho principio la distorsión desnaturalizante de la re-

<sup>88</sup> Nino, C., *La constitución...*, cit., p. 293; Tussnet, M., *Taking the Constitution...*, cit., p. 175.

<sup>89</sup> Nino, C., *Fundamentos...*, cit., p. 451.

<sup>90</sup> "El teorema de Condorcet sostiene que si presumimos que cada miembro de un panel decisor tiene la tendencia de adoptar la decisión correcta, la probabilidad de que la decisión sea correcta aumenta cuando aumenta el número de miembros del panel", Nino, C., *La constitución...*, cit., p. 178.

presentación. La participación como el derecho a (re)crear derechos, que permite dar contorno a los demás, en la práctica legislativa puede evitar la alineación político-legal, fuente de anomia, apatía política y la falta de compromiso en la acción colectiva de autogobierno<sup>91</sup>. Podemos observar que "hoy las materias necesitadas de regulación son a menudo tales que no pueden ser reguladas *ex ante* con suficiente precisión por el legislador político. En estos casos a la administración y a la justicia competen tareas de concretización y de desarrollo del derecho que exigen más bien deliberaciones y debates concernientes a la fundamentación de normas que a la aplicación de ellas. Pero esta colegislación implícita, para ser legítima, hace entonces necesarias otras formas de participación, pues no cabe duda de que, si ello es así, al interior de la administración ha de emigrar también un fragmento de formación democrática de la voluntad, y el Poder Judicial, al hacerse también cargo de la tarea de desarrollar y concretar el derecho, también ha de poder justificarse ante foros ampliados de crítica jurídica"<sup>92</sup>. La autonomía (como prerrequisito de la participación) podrá ser reforzada, especialmente siguiendo las inquietudes de Nino, por propuestas de ingresos ciudadanos o rentas básicas que aseguren las condiciones para la participación.

Indiferentemente, aun ampliando los controles exógenos y postulando la apertura de canales de acción directa, lo que puede resultar preocupante es observar reforzada la tendencia comparada de debilidad en los Parlamentos. La pasividad parlamentaria y, particularmente, la debilidad de las oposiciones partidarias en una volátil coyuntura permiten fácilmente una democracia delegativa<sup>93</sup> a nivel institucional que reproduce precarias prácticas democráticas y carencias deliberativas en la cultura política de cualquier sistema.

En las sociedades multiculturales el diseño del constitucionalismo decimonónico del Congreso se encuentra estructuralmente incapacitado para darle cabida a cada uno de los diversos sectores, más allá de las buenas intenciones y la empatía político/social que tengan sus electos representantes<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> NINO, C., *Un país...*, cit.

<sup>92</sup> HABERMAS, J., "Facticidad y validez: una conversación sobre cuestiones de teoría política", en HABERMAS, J., *Más allá del Estado nacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999 p. 153.

<sup>93</sup> O'DONNELL, G., "Delegative Democracy?", en *Journal of Democracy*, vol. 5, no. 1, 1994.

<sup>94</sup> GARGARELLA, R. "Piedras...", cit.

En la situación de parálisis o incapacidad sugerida es donde los motores de deliberación tal vez sean vitales. Diagramarlos e incorporarlos, siempre progresivamente, en una estructura institucional puede sacar de la inercia institucional al sistema. Jeffrey Tulis<sup>95</sup>, por ejemplo, identifica numerosos mecanismos de deliberación (lo que no asegura calidad en la deliberación) en diferentes esferas del poder. Desde ya debemos comenzar, siguiendo a Tulis, a enumerar los mecanismos por el Congreso (Muir y Bessette), en convenciones constituyentes (Elster), en grupos de deliberación (Fishkin), jurados de ciudadano, grupos intermedios, organizaciones y la sociedad civil (refiriéndose a la obra de Gutmann y Thompson). También en plebiscitos nacionales (Ackerman y Fishkin), los medios masivos de comunicación (Page) y las discusiones diarias en la agenda política (Mansbridge). Algunos motores de deliberación pueden operar en el sistema frenándose mutuamente pero la agregación junto con la transformación de preferencias en los mecanismos de toma de decisiones deberían permitir procesar información y perfeccionar los argumentos en el circuito institucional<sup>96</sup>.

Complementariamente, deberemos adecuar la infraestructura institucional del sistema de partidos políticos, el sistema electoral, el voto y su deliberación previa, el federalismo y hasta cuestiones centrales de una democracia limitada como los derechos *a priori* y la libertad de expresión (en un listado quizás interminable) al ideal institucionalizado de la democracia deliberativa. Tomamos conciencia con Habermas<sup>97</sup> de que

<sup>95</sup> Tulis, a pesar de reconocer esos desarrollos académicos, rechaza la opinión que señala que esos diferentes ámbitos de deliberación sean proplamente institucionales. Extrañamente Tulis asevera que la separación de poderes (de la Constitución norteamericana), tal cual está "configurada" permite una (suerte de) deliberación interpoderes (TULIS, J., "Deliberation Between Institutions", *Deliberating about Deliberative Democracy*, Workshop, University of Texas, Austin, 2000, p. 17.

<sup>96</sup> Podrán existir contrapuntos sobre la implementación de dicho mecanismo. Hasta podríamos creer que pueden operar como un placebo institucional, según la idea por la que intentamos sondear y conceptualizar dicho mecanismo. Walzer, por otro lado, podrá decir que ciertas *polys* de deliberación (individuales o colectivas, a la Fishkin) pueden ser "otro ejemplo de la erosión del valor, una modalidad falsa y en última instancia degradante para compartir la toma de decisiones" (WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa de la justicia y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 316).

<sup>97</sup> Aparentemente, en contraste con Cohen o Nino, Habermas no cree que el ideal deliberativo procedimental deba aplicarse a toda la sociedad o a toda la estructura de instituciones sociales. Éstas ya están inmersas en un tipo de deliberación social, de práctica deliberativa cotidiana. Habermas concibe el proceso propio de la deliberación institucionalizada en un separado y constitucionalmente organizado sistema de partidos con

estas reformas "exigen fantasía institucional". Por ejemplo: necesitamos "mecanismos institucionales que obligasen a los partidos políticos a 'cooperar' con más fuerzas en la formación de la voluntad política y a impedirles actuar como órganos del Estado, deberían funcionar a todos los niveles desde la parte organizativa de la Constitución hasta los estatutos de los partidos, pasando por elementos plebiscitarios"<sup>98</sup>. Remarcaremos la importancia de factores extra-institucionales<sup>99</sup> (y muy ajenos, usualmente, a los mundos que proyecta la bibliografía sobre la democracia deliberativa) con los que cualquier proyecto político-constitucional debe cohabitar, como, por ejemplo: la fuerza y violencia, el poder del dinero, las desigualdades estructurales, los patrones de discriminación y exclusión política, las negociaciones y transacciones, las emociones, las razones y sinrazones de las pasiones, el corporativismo o el irracionalismo, en un amplio etcétera.

Reforzándose, la participación y la deliberación (ambos como derecho de derechos<sup>100</sup>) pueden, para realmente extender las virtudes de la democracia en la transformación y agregación de preferencias, ser configuradas en instituciones sociales, como la empresa o los servicios públicos<sup>101</sup>, permitiendo que ellas no sean sólo una práctica social reducida al ámbito acotado de lo institucional, sino que generen una arraigada cultura política democrática deliberativa. Creemos que "la expresión de las capacidades de autogobierno debe operar tanto dentro de las instituciones formales de la política como en las cuestiones de la vida cotidiana.

---

comunicación con el muy habermasiano "mundo de la vida"; PASSERIN D'ENTRÉVIES, M., *Multiculturalism and Deliberative Democracy*, Working Paper 136, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1998, p. 12.

<sup>98</sup> HABERMAS, J., "Facticidad...", cit., p. 155.

<sup>99</sup> Se puede recordar la durísima (pero en algunos puntos muy acertada) crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo de la democracia liberal de la primera mitad de siglo para refrescarnos la importancia de evitar ser ciegos con los grandes problemas de las democracias parlamentarias: "La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía. Algunas normas de derecho parlamentario actual, especialmente las relativas a la independencia de los diputados y de los debates, dan, a consecuencia de ello, la impresión de ser un decorado superfluo, inútil e, incluso, vergonzoso, como si alguien hubiera pintado con llamas rojas los radiadores de una moderna calefacción central para evocar la ilusión de un vivo fuego" (SCHMITT, C., *Sobre el Parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 7).

<sup>100</sup> WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 232 y 249.

<sup>101</sup> "Consejo...", cit., p. 277.

El orden democrático debe satisfacer las condiciones de igual libertad y autonomía que lo definen. Sin un sistema de ese tipo, y por lo tanto, sin el desarrollo de lo que Carlos Nino denominó una 'conciencia moral' en los ciudadanos" y, por consiguiente —parcialmente reformularemos agregando—, sin un sistema institucional que procese (institucionalmente) lo que él también llamó el "discurso moral" de la democracia, "las naciones que luchan por convertirse en democracias constitucionales se hundirán inevitablemente en el abismo del autoritarismo"<sup>102</sup>.

Muchas de las reformas institucionales pueden realizarse en un espacio de micropolítica, no necesariamente en las grandes estructuras de poder. Esto permitirá estudios acotados con un universo delimitado que arroje datos a relevar sobre innovaciones y escenarios institucionales. Principalmente, resulta de superlativo interés observar lo determinante de los incentivos en las instituciones. Por eso se suele decir que los malos incentivos generan malas instituciones. Clásicamente, como describimos en la sección histórica, bajo la impresión de que los actores del poder no eran ángeles se diagramó un esquema institucional para demonios, lo que facilitó la aparición y generación de los potenciales demonios que querían controlarse.

El diseño institucional podrá aceptar ciertos principios propios de la disciplina<sup>103</sup>. Flexibilidad, viabilidad y estabilidad serán imprescindibles en un plexo de complejos principios interrelacionados. Cautela e innovación deberán articularse de forma equilibrada y reflexiva. Las instituciones sucesoras de un proceso de cambio o reforma institucional se ven afectadas por las prácticas y la tradición constitucional de sus predecesoras<sup>104</sup>. La reforma y el diseño son oportunidades políticas poco comunes. Por ello es que el tiempo y los cambios infraestructurales pueden aparecer en escena como vías alternativas. El estudio, análisis, diseño y, sobre todo, las reformas de las Constituciones deben percatarse del factor fundamental en la mutación institucional: el tiempo. Eso no impide que, conscientes de que vivimos en un mundo de restricciones en torno a las reformas constitucionales y de escasez en los modelos institucionales, sigamos explorando e investigando opciones a la luz del ideal deliberativo.

<sup>102</sup> STOTZKY, I., "Crear las condiciones para la democracia", en HOSGRI KOB, H. + SLYE, R. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 217.

<sup>103</sup> GOODIN, R., *Teoría del diseño institucional*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 61.

<sup>104</sup> OFFE, C., "El diseño institucional en los procesos de transición de Europa del Este", en GOODIN, R., *Teoría...*, cit., p. 272.

En perspectiva, se podrá pensar que los desafíos de aquellas y aquellos que se tomen la tarea de proyectar las instituciones de la democracia deliberativa son inmensos, a la vez que están todavía indeterminados (como todo lo que se proyecta al futuro). Es central, para ello, que se intente superar un proceso histórico en el que el constitucionalismo primó (teórica y fácticamente) sobre los ideales democráticos, presentándose como precondition para la democracia, más que como co-originario a ésta<sup>105</sup>. El constitucionalismo se presentó como un límite externo a la democracia más que como un freno interno a sus debilidades y, al mismo tiempo, nunca fue configurado como un motor de sus fortalezas. Los teóricos que se comprometían a desarrollar<sup>106</sup> en serio sus implicaciones podrán postular a *la democracia deliberativa como precondition para el constitucionalismo y para el diseño institucional*. Muchas veces la justificación del constitucionalismo es la aceptación de sus temores, de sus límites (en su mayoría incapacitadores) a una democracia discursiva y la concreción de su desconfianza hacia la deliberación colectiva. Justamente, otra desconfianza (no la desconfianza a las mayorías) es la que debe institucionalizarse: la desconfianza democrática<sup>107</sup> a los sistemas institucionales creados por el constitucionalismo clásico, hoy residuales, que

<sup>105</sup> HABERMAS, J., "El Estado...", cit.

<sup>106</sup> Un desarrollo interesante de una lectura mayoritarista del *rule of law* se puede encontrar en GARGARELLA, R., "The Majoritarian Reading of the Rule of Law", en MARAVALL, J. M. - PRZEWORSKI, A., *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003. A partir del análisis de ciertas experiencias históricas (como las latinoamericanas y norteamericanas), el trabajo explora una visión del *rule of law* que nos resulta innovadora e interesante, al mismo tiempo que observamos que debe ser complementada con experimentalismos institucionales que nos propongan una lectura democrático-deliberativa del *rule of law*.

<sup>107</sup> En retrospectiva pudimos observar que, en los orígenes del constitucionalismo, la desconfianza a la democracia (sobre todo a sus principios igualitarios y a sus instituciones más inclusivas, menos elitistas, por ejemplo) se institucionalizó, se transformó en instituciones con escasos espacios de poder y de difícil acceso. Contemporáneamente puede ser necesario otro tipo de desconfianza, no la que tiene una expresión vertical (de los poderes constituidos a la ciudadanía), sino una desconfianza institucionalizada sobre la base de un control horizontal, una *accountability* horizontal (O'DONNELL, G., *Dilemas, críticas democráticas a la democracia*, Prometeo, Buenos Aires, 2007). En el presente el desafío está latente: institucionalizar la desconfianza democrática y el control institucional exógeno a los sistemas políticos que se presentan autónomos respecto de sociedades alienadas. Esto se reforzará con la desconfianza o disenso que generará el diálogo institucionalizado, expresión (superestructural) del *ethos* existente en la reproducción de las prácticas sociales cotidianas (del mundo de la vida, en la visión de HABERMAS, J., *Facticidad...*, cit.).

resultan estructuralmente incapaces para canalizar la complejidad de los sistemas de la sociedad.

Los posibles sistemas e infraestructuras institucionales deberán ser coherentes con el núcleo ideal de la concepción epistémica deliberativa de la democracia. Sin embargo, finalmente deberemos aceptar con seguridad que toda idea "al llegar a su realidad entra también en la existencia exterior, se despliega en un reino infinito de formas, fenómenos y configuraciones, y recubre su núcleo con una corteza multicolor en la que habita inmediatamente la conciencia, pero que el concepto atraviesa para encontrar el pulso interior y sentirlo también palpar en las configuraciones exteriores"<sup>108</sup>.

## VII. EXPANSIÓN DEMOCRÁTICA, CONFLICTO Y FRONTERAS

"Es necesaria una ciencia política nueva para un mundo enteramente nuevo".

Alexis de TOCQUEVILLE<sup>109</sup>, 1835.

Desde Marx a Schmitt coincidieron<sup>110</sup> "en su interpretación de lo político como una relación hostil. Para uno y otro, el fenómeno social predominante es el conflicto que, lejos de resultar una anomalía o una perversión, es intrínseco a lo político". El ideal deliberativo y su influencia no pueden negar dicha aparente condición de la arena política, cuestión clásicamente observada por Kant<sup>111</sup>, al decir: "El medio del que se sirve la naturaleza para llevar a cabo el desarrollo de todas sus disposiciones es el antagonismo de las mismas dentro de la sociedad, en la medida en que ese antagonismo acaba por convertirse en la causa de un orden legal de aquellas disposiciones. Entendido aquí por antagonismo la insociable sociabilidad de los hombres, esto es, el que su inclinación a vivir en sociedad sea inseparable de una hostilidad que amenaza constantemente con disolver esa sociedad"<sup>112</sup>. Contemporáneamente es retomada

<sup>108</sup> HEGEL, G., *Principios de la filosofía del derecho*, Sudamericana, Buenos Aires, 2003, p. 18.

<sup>109</sup> TOCQUEVILLE, A. de, *La democracia...*, cit., p. 34.

<sup>110</sup> PINTO, J., "La evolución...", cit., p. 83.

<sup>111</sup> A pesar de no ser contrastado reflejado en la recepción actual (aparentemente muy parcial) del filósofo de Königsberg, lo transcripto es uno de los principios de su filosofía de la historia.

<sup>112</sup> KANT, I., *Lecciones para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 8.

por Rawls, cuando nos habla de las "circunstancias de la política", reconociendo que debemos partir del desacuerdo y disenso razonable; no ya de la posibilidad de un acuerdo en condiciones contrafácticas de ignorancia sobre nuestra situación; tal vez a través de reglas de diálogo básicas para que dicho "hecho del pluralismo" no nos termine impidiendo cohabitar en la complejidad y conflictividad moderna<sup>113</sup>. Todo ello deberá ser tenido en cuenta, dada la debilidad inherente de las democracias y la fragilidad de los derechos (frente a sus enemigos), en la creación de un concepto de autoridad consensuado (posiblemente superpuesto) en el marco de las discusiones y deliberaciones en los espacios institucionales que puedan generar un cultura deliberativa en la sociedades (autoproclamadas) democráticas.

Puntualmente en el ámbito nacional como en el internacional, en las esferas del poder político y económico, donde la concentración de poder resulta evidente es donde el ideal de división de poderes cobra relevancia y es necesaria su reformulación en clave democrático-deliberativa. De lo contrario dicha configuración fáctica e institucional puede permitir el resurgimiento de hegemonías autoritarias encubiertas bajo una legitimación democrática débil.

En esa línea, desde diversos ámbitos podrán argumentar que el esfuerzo de articular la división de poderes con la expansión democrática y la deliberación en todos los niveles institucionales deviene o devendrá infructuoso por las características mismas del fenómeno político y su constitutivo: el poder. Podrán repetir a Ismena cuando le advierte a Antígona, en la clásica pieza de Sófocles<sup>114</sup>: "Estás corriendo detrás de lo imposible". Y tomando como propia la respuesta de Antígona, con el legado intelectual e ideales de Nino, convencidos responderemos: "pues entonces, en la última frontera de lo posible<sup>115</sup>, desistiré".

<sup>113</sup> RAWLS, J., *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 57.

<sup>114</sup> Sabemos que muchos traductores transforman sustancialmente las versiones originales. Ninguna traducción puede ser idéntica a su original. Por eso mismo no es difícil sustentar un juicio que prefiera esta traducción puntual a sus alternativas. La frase transcrita es del artículo de Kender (KOSKOR, L., "Marxismo y melancolía", *Revista La Ciudad Nueva*, nos. 25/26, 1991, p. 22) y la traducción del portugués fue realizada por Marcelo Leiras.

<sup>115</sup> Sólo tal vez cuando no podamos extenderla.

and the author's own research. The book is a valuable contribution to the study of the history of the book and the history of the book trade. It is a well-written and informative work that is accessible to a wide range of readers. The author's research is thorough and the book is well-organized. It is a must-read for anyone interested in the history of the book and the history of the book trade.

The book is a well-written and informative work that is accessible to a wide range of readers. The author's research is thorough and the book is well-organized. It is a must-read for anyone interested in the history of the book and the history of the book trade.

The book is a well-written and informative work that is accessible to a wide range of readers. The author's research is thorough and the book is well-organized. It is a must-read for anyone interested in the history of the book and the history of the book trade.

The book is a well-written and informative work that is accessible to a wide range of readers. The author's research is thorough and the book is well-organized. It is a must-read for anyone interested in the history of the book and the history of the book trade.

The book is a well-written and informative work that is accessible to a wide range of readers. The author's research is thorough and the book is well-organized. It is a must-read for anyone interested in the history of the book and the history of the book trade.

The book is a well-written and informative work that is accessible to a wide range of readers. The author's research is thorough and the book is well-organized. It is a must-read for anyone interested in the history of the book and the history of the book trade.

The book is a well-written and informative work that is accessible to a wide range of readers. The author's research is thorough and the book is well-organized. It is a must-read for anyone interested in the history of the book and the history of the book trade.

The book is a well-written and informative work that is accessible to a wide range of readers. The author's research is thorough and the book is well-organized. It is a must-read for anyone interested in the history of the book and the history of the book trade.

**DIFICULTAD  
CONTRAMAYORITARIA  
E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**



## CAPÍTULO VII

### LA DIFÍCIL TAREA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Por ROBERTO GARGARELLA

#### I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, quisiera explorar uno de los temas más decisivos y más difíciles dentro de la teoría constitucional —un tema que es, a la vez, uno de los menos estudiados en nuestro país—. Me refiero a la cuestión de la interpretación constitucional. Anticipándome al final de este texto, diría que luego de más de doscientos años de discusión al respecto, todavía estamos lejos de contar con algún tipo de acuerdo en la materia. En el mejor de los casos —y tal vez ello no sea poco— hoy tenemos a nuestro alcance mejores criterios para distinguir entre buenas y malas, bien y poco fundadas concepciones interpretativas. Lo que voy a hacer a continuación es dar cuenta de algunas posiciones singularmente influyentes sobre la cuestión, tratando de cubrir un espectro amplio de posturas y autores. Me ocuparé en primer lugar de dos de las visiones que —sin proclamarlo— nuestros jueces parecen sostener de modo más habitual (y muy a menudo, lo que resulta todavía más preocupante, de modo indistinto): visiones orientadas a “actualizar” el significado de la Constitución, y visiones “originalistas”, destinadas a fijar el significado de dicho texto en el tiempo (pasado). Luego, exploraré algunas posturas más complejas, que razonablemente se reclaman superadoras de las anteriores, como la que ha venido desarrollando Ronald Dworkin. Finalmente, me ocuparé de algunas posturas críticas o escépticas en la materia, como las presentadas más recientemente por autores como Jeremy Waldron.

## II. LA CONSTITUCIÓN COMO "TEXTO VIVO": LA INTERPRETACIÓN "DINÁMICA" DE LA CONSTITUCIÓN

En primer lugar, un individuo interesado en la interpretación constitucional podría sostener que, en el caso de dudas acerca del significado específico de alguna cláusula constitucional, nos corresponde a nosotros mismos, como "comunidad" (y no, por ejemplo, a la "voz de la historia" o a la de nuestros antepasados), resolver ese tipo de dificultades. La decisión de ponernos a pensar "aquí y ahora" sobre qué es lo que significa la Constitución podría sostenerse al menos a partir de dos argumentos. Por un lado, ella se basaría en el reconocimiento de que vivimos en una sociedad democrática, y en la convicción de que en una sociedad de ese tipo no puede haber otra fuente de autoridad más alta que la de la propia comunidad. ¿Quién, si no la propia comunidad, puede darle sentido al compromiso colectivo con ciertos ideales de justicia o igualdad? ¿Un filósofo? ¿Algún sacerdote? ¿Algún iluminado? Por otro lado, dicha alternativa promete convertir a la Constitución en un texto más cercano a nosotros y a nuestras necesidades y problemas de todos los días. A esto, según entiendo, es a lo que se alude cuando se habla de las ventajas de tomar a la Constitución como un "texto vivo".

La idea de tener una Constitución "viva" resulta, a primera vista al menos, muy atractiva, porque ella viene a descalificar una alternativa que parece claramente desagradable, cual es la de estar "sujetos por la mano muerta del pasado". Quienes postulan la "actualización" permanente de la Constitución nos prometen, entonces, una vida jurídica "moderna", acorde a los tiempos. Ellos no quieren que la sociedad se vea impedida de "avanzar" de acuerdo con las ideas más evolucionadas de nuestros tiempos, ni veneran como "intocable" la obra realizada por sus antecesores<sup>1</sup>. Quieren que la Constitución sea un instrumento para la libertad y no un freno a ella<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> En tal sentido, Jefferson señalaba: "Algunos hombres miran a las Constituciones con máxima reverencia... Adscriben a los hombres de la era anterior una sabiduría más que humana... Yo conocí aquella era; pertencí a ella, trabajé con ella [pero era] en buena medida como ahora, y sin la experiencia del presente, y cuarenta años de experiencia en el gobierno valen tanto como cien años de lecturas de libros; y esto es lo que ellos mismos dirían, si se levantaran de sus tumbas". Citado en TUSHNET, M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, p. 40.

<sup>2</sup> Algunos de quienes defienden esta postura, como William Eskridge, argumentaron en pos de la misma utilizando, entre otras, herramientas provenientes de la teoría de la elección pública. La idea sería, en este caso, que los jueces —paradójicamente, por el

A quienes se inscriben en esta postura alguien podría replicarles, de todos modos, que lo que deben hacer es bregar políticamente por la adopción de tales cambios. Estos mismos críticos podrían agregar que la Constitución no impide en absoluto dicha evolución política de la sociedad: la Constitución, nos dirán, admite la posibilidad de su reforma. En definitiva, podrán concluir, si lo que se quiere es actualizar la Constitución —mantenerla viva—, lo que se debe hacer es cambiarla abiertamente, y no de modo subrepticio, a través de más o menos incontrolados vaivenes interpretativos. Ahora bien, contra este tipo de críticos, quienes defienden la idea de la Constitución como “texto vivo” podrán sostener, con cierta razón, que aquellos argumentos son algo tramposos dado que, lo sabemos, los procedimientos de reforma son por lo general muy costosos (en todo sentido). Y además, lo que es muy importante, tampoco parece sensato hacer una reforma de la Constitución cada vez que tengamos algún pensamiento nuevo acerca de lo que significan valores constitucionales como el de “justicia” o “igualdad”.

Aceptemos entonces, provisionalmente, la importancia de mantener a la Constitución como un “texto vivo”. La cuestión que se nos aparece de inmediato es *quién* es el sujeto o el órgano encargado de esta tarea. La respuesta “la comunidad” es generosa pero obviamente problemática. ¿Querría ello decir que tendríamos que hacer algo así como un llamado a un plebiscito cada vez que quedemos en duda acerca del significado de algún término constitucional? ¿No era que queríamos contar con un procedimiento dinámico, no demasiado costoso, capaz de mantener actualizado nuestro texto básico? De modo muy rápido, y posiblemente asustados frente a este tipo de alternativas plebiscitarias, muchos han pensado que la tarea de “actualización” constitucional debe delegarse exclusivamente en los jueces.

La alternativa judicial no parece, en principio, inaceptable. En definitiva, los jueces están en contacto diario con las normas jurídicas —están versados en ellas, las conocen como pocos otros miembros de la comunidad—, a la vez que están en contacto permanente con la sociedad, y más aún, con los afectados por el derecho. Ellos saben, entonces, de los alcances y problemas de los textos constitucionales. Están situados como

---

mismo hecho de no ser electos— pueden llegar a ser mejores representantes que los propios políticos, dado que los últimos se encuentran sujetos a la presión de grupos de intereses que, por ejemplo, pueden bregar para que algunas normas no sean actualizadas cuando es necesario. ESKRIDGE, W., “Dynamic Statutory Interpretation”, *135 University of Pennsylvania Law Review*, 1479 (1987).

nadie para saber qué es lo que se demanda del derecho y qué es lo el derecho da y no es capaz de dar.

En apoyo de algunas de las observaciones hasta aquí avanzadas, el famoso juez norteamericano Félix Frankfruter señalaba: "Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional [...] la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito acerca de ellas"<sup>3</sup>. Ya antes que él, el juez Holmes había afirmado, en el caso "Missouri v. Holland", que los creadores de la Constitución habían dado vida a un documento "cuyo desarrollo no pudieron prever por completo [...], de ahí que el caso [en cuestión] debe ser considerado a la luz de nuestras experiencias más acabadas, y no meramente a partir de lo que fue dicho cien años atrás"<sup>4</sup>. Lo que debe tomarse en cuenta —sostenía— "son tanto las palabras [de la Constitución] como su línea de crecimiento"<sup>5</sup>.

La propuesta de mantener la Constitución como un "texto vivo", y en particular a través de la intervención de los órganos judiciales, resulta de todos modos muy problemática<sup>6</sup>. Primero, porque ella contradice uno de los objetivos centrales del constitucionalismo, como lo es el de aislar ciertas decisiones de la puja política diaria, esto es, afirmar ciertos valores "permanentes" contra los impulsos a los que podemos estar sujetos circunstancialmente. Por otro lado (y dejando por ahora entre paréntesis la objeción anterior), dicha postura resulta curiosa en tanto apela a la voluntad mayoritaria (que, supuestamente, debe ser la que controla el sentido de la Constitución) a la vez que deja el reconocimiento de la misma en el órgano institucional menos preparado para reconocerla. Es decir, si lo que nos interesara realmente fuera mantener "viva" la Constitución conforme a los "avances" que vamos afirmando como sociedad, luego, no se ve por qué es que debemos dejar que los jueces sean los que determinen cuáles son estos "avances", y cuál es su alcance. Ello, en particular, cuando hemos creado una estructura judicial con miembros abiertamente "alejados" de las peticiones y conflictos cotidianos que afectan a una mayoría dentro de la sociedad. Por ello, podríamos afirmar junto a John Ely que "la noción de que los valores genuinos de la ciudadanía pueden ser discernidos de modo más confiable a través de una élite no

<sup>3</sup> Así, en "Youngstown Sheer Tube Co. v. Sawyer", 343 US 579 (1952).

<sup>4</sup> 252 US 416 (1920).

<sup>5</sup> "Gompers v. United States", 233 US 604 (1914).

<sup>6</sup> Más adelante vamos a ocuparnos de la situación en donde la "última palabra" constitucional no queda en manos de órganos de tipo judicial.

democrática" resulta chocante. Si lo que queremos es proteger las "nuevas" convicciones de la ciudadanía, entonces "la Legislatura aparece mucho mejor situada que la justicia", a dichos efectos<sup>7</sup>. Finalmente, para muchos, lo que resulta más grave de toda esta estrategia "actualizadora" es el grado de discrecionalidad que deja en manos del intérprete –cualquiera que sea éste– encargado de revelar el pensamiento comunitario. En la sección que sigue, vamos a tratar acerca de este tipo de preocupaciones.

### III. EL ORIGINALISMO Y SUS PROBLEMAS

La enorme dificultad que existe para interpretar el derecho en general, y la Constitución en particular, torna especialmente importante cualquier iniciativa destinada a poner límites sobre dicha tarea. De lo contrario, podría decirse, el intérprete del derecho se convierte en el verdadero "legislador oculto" del sistema jurídico de que se trate. Él pasa a ser quien, desde detrás de la escena, y alegando que sólo realiza una tarea técnica ("yo sólo procuro que se haga efectivo lo que dice el texto de la Constitución" –podría decirnos el intérprete–), maneja los hilos de nuestra vida jurídica, quien nos dice qué es lo que realmente estamos autorizados a hacer o no. Los ciudadanos se convierten, de este modo, en súbditos de los intérpretes de la Constitución –en nuestro derecho, en súbditos de los jueces (no es extraño, entonces, que pensando en este tipo de riesgos autores como Thomas Jefferson hayan dicho que los jueces eran "los topos del derecho", sujetos capaces de "torcer y deformar a la Constitución" como si fuera "un mero objeto de cera"<sup>8</sup>)–.

Una forma de "anclar" la interpretación constitucional, impidiendo al intérprete que ponga, en lugar del texto de la Constitución, sus propias opiniones, parece ser la de "fijar" el contenido de la misma al *sentido original* que le dieron sus creadores. En su presentación más habitual, esta postura "originalista" se muestra como opuesta a la de interpretar la Constitución como un "texto vivo". Los "originalistas" objetan esta visión, en particular, y proponen dejar al texto constitucional "anclado" en su senti-

<sup>7</sup> ELY, J., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, ps. 68 a 69.

<sup>8</sup> "The Constitution... is a mere thing of wax in the hands of the judiciary, which they may twist and shape into any form they please". Thomas Jefferson en carta al juez Spence Roane, 6/9/1819. JEFFERSON, T., *Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 379.

do primero. En su favor, por supuesto, tienen algunas buenas razones a las que conviene prestar atención.

Comencemos, por ejemplo, prestando atención a lo señalado por dos jueces originalistas (y conservadores) de renombre, como Robert Bork —quien expuso su postura en *The Tempting of America*— o el juez de la Corte Suprema norteamericana, Antonin Scalia —que explicitó la suya en *A Matter of Interpretation*<sup>9</sup>—. Los jueces, según Bork, “se encuentran limitados por la única cosa que puede ser llamada derecho, los principios del texto, ya sea la Constitución o la ley, tal como se lo entendía generalmente, al momento de ser aprobados”<sup>10</sup>. Los jueces, agrega, no tienen que “salir allí afuera” (del texto) para encontrar qué es lo que el texto dice. No deben ponerse a buscar principios morales valiosos o filosóficamente defendibles, sino que deben, únicamente, conformarse al texto de la Constitución.

Una primera razón en favor de esta postura (una razón que, sin dudas, no es la más fuerte de todas las que pueden utilizarse) es que en los propios orígenes de la democracia constitucional, los fundadores del constitucionalismo pensaban que, en el futuro, la Constitución debía interpretarse conforme a las directivas que le hubieran impuesto sus creadores. James Madison o Alexander Hamilton pensaban que si no se tomaba seriamente en cuenta lo establecido por la Constitución y las Convenciones que la habían ratificado, los gobiernos no llegarían a ser estables y consistentes. James Wilson sostenía, explícitamente, que “la primera y más importante máxima en la interpretación de un texto legal consiste en descubrir el significado que le dieron aquellos que la redactaron”<sup>11</sup>.

Por otra parte, alguien podría decir que un método como el originalismo nos brinda seguridad, garantizándole a cada ciudadano certeza en relación con el derecho al que está sometido. De acuerdo con esta postura, cualquier concepción que quiera entender al texto constitucional como un “texto vivo” deja a los ciudadanos en el más completo desamparo: ¿cómo saber a qué atenerse si cada intérprete puede arrogarse la autoridad de decirnos qué es lo que en verdad dice la Constitución, en este particular momento histórico? ¿Qué es lo que uno debe hacer, entonces, si quiere ser un ciudadano respetuoso de la ley? El originalismo viene a “bloquear”

<sup>9</sup> BORK, R., *The Tempting of America*, Simon & Schuster, Nueva York, 1990; SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

<sup>10</sup> BORK, R., *The Tempting...*, cit., p. 9.

<sup>11</sup> Ver BERGER, R., *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, cap. 20.

aquellos intentos aventureros de los intérpretes constitucionales. El sentido de la Constitución, nos dicen, no se renueva a cada momento, sino que ya está históricamente fijado. Para interpretar la Constitución no debe mirarse hacia adelante, hacia el futuro, sino hacia el pasado, hacia lo que ya se ha escrito. Un mal argumento, contra esta postura, diría que el originalismo provoca el "estancamiento" de la sociedad, o que no la deja avanzar. Sin embargo, los originalistas tienen una respuesta fácil frente a esta crítica, y es que ellos no se oponen en absoluto a la "evolución jurídica". La comunidad puede hacer todas las innovaciones legales o constitucionales que quiera. Lo que ocurre es que tales innovaciones no deben ser agregadas, subrepticamente, por los jueces. Es el pueblo el que, a través de una reforma legal, debe decidir cuándo es que quiere cambiar el derecho. Y el pueblo está autorizado a tomar esta iniciativa tantas veces como quiera.

Conviene detenerse un poco más en la sustancia del argumento anterior, referido a la seguridad jurídica que garantiza el originalismo. Lo que en él se implica, en definitiva, es que el originalismo es un método interpretativo necesario si lo que se quiere es evitar la "tiranía del intérprete" (de modo habitual, la "tiranía de los jueces"). Cualquier método alternativo de interpretación —se sostiene aquí pensando, fundamentalmente, en la opción que ve a la Constitución como un "texto vivo"— deja al conjunto de la ciudadanía a la merced de la voluntad discrecional de algunos. Una forma más interesante y todavía más promisoria de plantear este argumento consiste en decir que el originalismo es la única alternativa interpretativa respetuosa de la voluntad democrática de la ciudadanía. El argumento es sencillo y poderoso a la vez. La idea es que la ciudadanía ha dado forma y firma a una Constitución, y que se ha comprometido entonces a respetar dicho texto mientras esté vigente. La propia ciudadanía, como dijéramos, conserva en sus manos las llaves del cambio: ella puede modificar la Constitución cuantas veces quiera. Mientras no lo hagan, los intérpretes de la misma —digamos, los jueces— tienen que someterse a dicho texto, y atarse al significado que le atribuyeron sus creadores. Y cuando estos últimos se decidan a modificar la Constitución, sus intérpretes —digamos, los jueces— deberán, obedientemente, tomar nota de estas nuevas pautas y asegurar el respeto de las mismas. Como subordinados de la voluntad pública que son, no tienen otra opción más que ésa. Como diría el famoso juez Robert Bork, "¿por qué es que la Corte, un [mero] comité de nueve abogados, debería convertirse en el único agente capaz de anular las decisiones democráticas?"<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Bork, R., *The Tempting...*, cit., p. 291.

La apelación al "argumento democrático" es capaz de darle fuerza real al originalismo. Es importante enfatizar esto porque el primer argumento citado (el basado en los testimonios de los fundadores del constitucionalismo) no resulta demasiado feliz, en su circularidad (el mismo nos diría: "el método que debe aplicarse a la hora de interpretar la Constitución es el originalista, porque eso es lo que dicen los fundadores del originalismo"). El "argumento democrático", en cambio, parece más atractivo. Resulta curioso, de todos modos, que este argumento aparezca habitualmente invocado por las voces más conservadoras del arco jurídico. Y es que, en efecto, dentro del campo del originalismo —sin que esto represente ningún mérito o demérito particular para la doctrina en cuestión— resulta muy habitual encontrarse con jueces y juristas de orientación conservadora. El hecho es que el reclamo de muchos juristas en favor de posiciones originalistas suele venir acompañado de una manifiesta inconformidad con las interpretaciones "progresistas" que algunos jueces, coyunturalmente, han realizado de la Constitución. Es importante tomar nota de estas coincidencias, e indagar en los porqués de las mismas, no obstante que los argumentos en favor del originalismo puedan evaluarse con independencia de este trasfondo político.

Ahora bien, llegados a este punto, estamos en mejores condiciones para hacer una evaluación de esta postura interpretativa. Una primera reflexión crítica frente a las posturas originalistas vendría a decirnos que resulta simplemente imposible quedarnos exclusivamente con el texto de la Constitución, sin apelar a ningún tipo de consideraciones morales "ajenas" al mismo. En este sentido, y criticando la postura de Robert Bork, Cass Sunstein sostiene que "no existe forma en que quienes interpretan la Constitución eviten la toma de decisiones morales... La visión que sostiene que el entendimiento originalista debe ser el dominante necesita de una teoría política o moral —en términos, digamos, de una teoría de la democracia—. La aceptación de una postura como aquella reside en un fundamento moral controvertido. El propio enfoque de Bork se basa en decisiones políticas y morales. Y estas decisiones resultan necesariamente externas a la Constitución. Necesitan ser defendidas. [El argumento en favor del originalismo, entonces], necesita basarse en algo que vaya más allá de la historia"<sup>12</sup>.

Como diría Sunstein, no basta con "tomar lecciones de lenguaje o consultar un diccionario" para tomar las decisiones más importantes en

<sup>12</sup> SUNSTEIN, C., *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 101.

materia de interpretación constitucional. Para ello (y aun para tomar decisiones tales como si debe o no apelarse al originalismo) se requiere el uso de criterios morales sustantivos. Adviértase que, simplemente para tomarnos en serio el originalismo, estamos obligados a adoptar cruciales y muy difíciles decisiones, optando entre múltiples alternativas posibles. Esto es, la decisión originalista de "quedarnos con el texto" y "no salir a buscar principios allí afuera" no nos basta en absoluto para encontrar las respuestas interpretativas que buscamos. Necesitamos decidir, por ejemplo, qué opiniones vamos a tomar en cuenta para entender cuál es el "sentido normal o habitual" del texto. Piénsese lo que implican este tipo de dificultades, en un caso concreto. Por ejemplo, nadie duda de que James Madison o Alexander Hamilton resultaron personajes decisivos, a la hora de redactar la Constitución Federal. Sin embargo, ellos diferían radicalmente en muchas cuestiones, tales como la relativa a los poderes del presidente. ¿Qué deberíamos hacer, entonces, si nos encontramos con dificultades para reconocer cuál es el significado de lo establecido en la Constitución, en materias como la citada (si el texto no nos deja claro, por ejemplo, cuál es el alcance de los "poderes de guerra" del presidente)? ¿Qué implica la decisión de tomarnos en serio el significado original de la Constitución? ¿Quiere ello decir que, en caso de dudas generadas por el texto, o silencios del mismo, debemos atarnos a la "voluntad" de Madison, que tenía una mirada restrictiva respecto de los poderes del presidente? ¿Debemos inclinarnos, en cambio, por los criterios defendidos por Hamilton, que eran opuestos a los del anterior? ¿Debemos "promediar" ambas voluntades? ¿Debemos pensar en el contrafáctico de qué hubiera dicho la Convención de entonces, interrogada sobre el problema que hoy nos agobia? ¿Debemos abrirnos, más bien, a considerar las voluntades de todos los presentes en la Convención Federal? ¿Debemos prestar atención a los criterios prevaletentes en la comunidad, a la hora en que se aprobaba el texto en cuestión? ¿O debemos excluir la consideración de toda voz que no estuviera presente en la Convención Constituyente, como muchos podrían razonablemente alegar?<sup>14</sup>

Lo que vemos, en definitiva, es que el originalismo no nos asegura una de las promesas más importantes que orgullosamente nos ofrecía, y que era la de la "certeza interpretativa". Como dijera Mark Tushnet, el originalismo recurre, por un lado, al método hermenéutico para examinar la historia evitando arbitrariedades pero, por otro lado, deja de lado tal

<sup>14</sup> Una discusión sobre este tipo de interrogantes en DWOREK, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

método a fin de seleccionar las opiniones constitucionales que va a tomar en cuenta. En dicha tarea, no sólo se ve obligado a reconstruir el pasado, sino a hacerlo creativamente. En última instancia, el originalismo exige a los jueces la permanente elección entre múltiples posibilidades (¿qué opiniones tomar en cuenta?, ¿qué materiales considerar relevantes?), subvirtiendo la pretensión de indiscutible certeza con la que se enfrentaba a las doctrinas a las que se opondría. Finalmente, entonces, la discrecionalidad del intérprete, que a toda costa quería evitarse, termina infiltrándose por la puerta trasera<sup>15</sup>.

#### IV. DWORKIN, UNA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

Autores como Ronald Dworkin, que durante años han estado trabajando en temas de interpretación constitucional, han mostrado un particular interés por confrontar con el originalismo, al que consideran una concepción autocontradictoria, difícil de sostener (seguramente, no resulta un dato menor para entender este embate, el conservadurismo de aquéllos, y el tipo de igualitarismo que defiende Dworkin). Los originalistas, según vimos, prometen certezas interpretativas —el fin de la discrecionalidad del intérprete— que no son capaces de asegurar en la práctica, por vicios propios de la solución que aconsejan. El error principal de estos originalistas, según Dworkin, es el de proponer una interpretación con "fecha fija" (la del momento en que se escribieron los textos en cuestión). Contra dicha postura, Dworkin propone una interpretación del texto constitucional *basada en principios*. Conforme con esta visión, lo que hicieron los creadores de la Constitución fue incorporar en dicho texto principios abstractos, más que reglas concretas (a leer conforme al entendimiento existente sobre las mismas al momento de establecerlas). Estos principios, sostiene Dworkin, deben ser objeto de una revisión continuada, "no con el objeto de encontrar sustitutos para determinar qué es lo que dice la Constitución, sino con el objeto de respetar lo que ella dice"<sup>16</sup>. ¿Significa esto aceptar que la Constitución cambia de significado permanentemente? No, dice Dworkin. Lo que se trata es de determinar qué es lo que ella

<sup>15</sup> TUSHNET, M., *Red, White, and Blue*, Cambridge University Press, Harvard, 1988, pp. 36 y 88.

<sup>16</sup> DWORKIN, R., "Comment", en SCALIA, A., *A Matter...*, cit., p. 122, y DWORKIN, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

ordena, lo cual no requiere ni especular sobre las intenciones o expectativas de sus autores, ni sobre lo que se pensaba al momento en que se dictó la Constitución.

¿Quiere Dworkin, entonces, comprometer nuevamente a los jueces con una tarea que, de hecho, los convierte en legisladores (ello, al dejar en exclusivas manos de los jueces la tarea de definir el significado "real" de la Constitución)? Tampoco, agrega Dworkin. Si los jueces se toman en serio su tarea, ellos tienen que reconocer que no tienen muchas opciones frente a sí (de hecho, llegaría a decir Dworkin, hablando de un hipotético juez ideal —"Hércules"—, tienen una sola elección). Ellos no son "libres" de interpretar la Constitución como quieren. Su tarea es, en verdad, muy limitada, si es que se la toman en serio.

La labor del intérprete, según Dworkin, consiste en encontrar respuestas para las preguntas que formula la Constitución, determinar cuál es la mejor *concepción* de los distintos *conceptos* fundamentales que la Constitución fija en su texto (libertad de expresión, justicia, igualdad). Para ello, los jueces no tienen las manos libres. La concepción que elaboren debe, por un lado, ser fiel al texto escrito de la Constitución, tanto como a las tradiciones y a la práctica constitucional de la comunidad. En este sentido —y éste sería el primer paso de la tarea del intérprete—, deben mostrar de qué modo la concepción que proponen *encaja* con la experiencia constitucional de la comunidad. De todos modos, aquí no terminaría la labor del intérprete. Si así ocurriera, la postura de Dworkin no parecería demasiado diferente de alguna de las versiones examinadas de originalismo. Contra dicho criterio, Dworkin cree además que es necesario que dicha concepción se encuentre justificada, lo que implica leer aquellos materiales constitucionales *a su mejor luz*<sup>17</sup>. Adviértase que esta segunda tarea, sin la primera, aparentemente dejaría al juez libre de "actualizar" la Constitución conforme a lo que él o ella considerara más adecuado. Por lo tanto, y en este sentido, la propuesta que hace Dworkin implica un doble rechazo que incluye tanto un rechazo al originalismo como otro a la posición contraria, orientada a mantener "viva" a la Constitución. Contra ambas posturas, sostiene el profesor norteamericano, lo que el juez debe hacer es construir la mejor concepción moral que encaje con la historia constitucional de la comunidad.

La empresa que propone Dworkin parece más bien extraña. A la vez, y a pesar de lo que él pretende, y de las limitaciones que reclama para su

<sup>17</sup> Estos dos pasos en DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit.

propuesta, la misma parece dejar en los jueces márgenes de acción demasiado amplios. Dworkin, sin embargo, desprecia de estas críticas. Para él, la visión interpretativa sugerida no hace más que recoger y darle forma a nuestro sentido común: es lo que cualquiera de nosotros propondría, puestos a pensar al respecto. Un ejemplo, sugerido por el propio autor, para mostrar la razonabilidad de su teoría, sería el siguiente.

Imaginense, nos diría Dworkin, que somos invitados a participar en la escritura de una novela en cadena. Esto es, escribiremos una novela junto con un grupo de otros autores. Uno se encargará de las primeras páginas, irá fijando el tono, otro continuará cuando aquél haya terminado su parte, y así sucesivamente. Según Dworkin, la tarea del juez a la hora de decidir un caso es muy similar a la tarea a la que se enfrenta el escritor cuando le toca continuar con la redacción de la novela en cadena. ¿Qué es lo que el escritor de turno, cualquiera de nosotros, haría, una vez que le pasan un texto que ya ha circulado antes por las manos de varios otros autores? La respuesta que demos a esta pregunta, según Dworkin, será la misma que tendremos que darle al juez comprometido con su comunidad y angustiado por saber de qué modo cumplimentar su función responsablemente. Veamos.

En primer lugar, el escritor —o el juez— reconoce algo muy importante, y es que no está solo en su tarea, sino que forma parte de una empresa colectiva. Hay gente que ya ha estado tomando decisiones cruciales antes que él o ella; hay muchos que continuarán con esta obra parcial, una vez que nosotros hayamos terminado con nuestra parte. Si el autor en cuestión no advirtiera esta primera limitación, simplemente no estaría reconociendo cuál es el sentido de su tarea. Creería que con él o ella “nace” y “muere” el derecho o la obra de que se trate. Pero ésta sería una actitud por completo irresponsable, además de irrespetuosa frente a todos los demás comprometidos con el mismo emprendimiento colectivo.

¿Qué es lo que un sujeto responsable y respetuoso de su comunidad haría, enfrentado a una tarea semejante? En primer lugar, y antes de ver de qué modo va a continuar con la obra ya hecha, uno debería esforzarse por “mirar atrás” y reconocer qué es lo que la comunidad en cuestión ha venido diciendo hasta el momento. Por ejemplo, uno se preguntaría, naturalmente, ¿de qué obra se trata? ¿Qué es lo que este grupo ha venido diciendo hasta ahora? En el caso de una obra literaria, es obvio que nos interesaría saber a qué género pertenece la obra en cuestión, que nosotros vamos a continuar. ¿Se trata de una novela policial? ¿Es ésta en cambio una narración histórica? ¿Se trata de una obra dramática? Si no nos hiciéramos este tipo de preguntas, o no supiéramos cómo contestarlas, de-

beríamos optar por abandonar la empresa. La continuidad que vayamos a darle a esta obra colectiva requiere que veamos de qué modo la continuidad en la que estamos pensando se vincula e integra con lo que ha sido hecho hasta el momento. Esto, y no otra cosa, es lo que dice Dworkin cuando habla del *encaje*.

Ahora bien, una vez que reconocemos el sentido de la obra colectiva, y vemos de qué se trata, no ha terminado nuestra tarea. Por un lado, existen múltiples continuaciones posibles, frente a este tronco común que ahora hemos identificado. Y no todas estas continuaciones son igualmente valiosas. Preocupados por nuestras decisiones, y por el modo en que ellas van a impactar sobre nuestros contemporáneos y sucesores (los que sigan escribiendo esta obra luego de que nosotros hayamos hecho lo nuestro), debemos esforzarnos por determinar cuál es la mejor continuación posible de esta historia. Esto, y no otra cosa, es aquello de lo que Dworkin habla cuando se refiere a la lectura de la obra anterior *en su mejor luz*. Reconocer la importancia de esta segunda dimensión es central, ya que ella puede requerir, aún, que dejemos de lado o reconduzcamos parte de la obra anterior. Esto es, participar de una obra colectiva no quiere decir que estemos sometidos a aceptar a ojos cerrados todo lo dispuesto por los escritores o jueces que nos precedieron. Para continuar con el ejemplo de la novela en cadena, puede ocurrir que alguno de los autores que nos precedieron no haya escogido la mejor continuación posible de la obra que el grupo desarrolló a lo largo del tiempo. Puede ocurrir que de los distintos caminos a su alcance esta persona haya tomado el peor de todos ellos. Estar comprometidos con esta obra colectiva, entonces, no requiere que aceptemos irresponsablemente cualquiera de las páginas ya escritas, o todas ellas. Por el contrario, un compromiso responsable con aquel emprendimiento puede perfectamente requerir que dejemos de lado ciertas páginas, que simplemente se desviaron de la mejor reconstrucción posible de la obra en cuestión. Para seguir con el ejemplo literario, si el autor que nos precedió caracterizó a un determinado personaje de nuestra obra de modo contradictorio con los rasgos que, durante años, distintos autores estuvieron dándole, entonces respetar la obra colectiva nos pide que honremos aquel trabajo de años. Adviértase que lo dicho, entonces, ni permite que nos sintamos "libres" a la hora de decidir (bajo el riesgo de ser irrespetuosos con lo actuado por nuestra comunidad), ni nos pide que nos sometamos a cualquier decisión anterior o que bloqueemos la "evolución" de la obra en común (descuidando la dimensión de "principios" de nuestra decisión).

Como pocos otros autores, Dworkin muestra los déficits de los acercamientos habituales al tema de la interpretación constitucional. Su pro-

pia posición, sin embargo, ha estado sujeta a numerosas críticas basadas, fundamentalmente, en el extraordinario rol que su teoría reserva para los principales intérpretes del derecho —los jueces, en una mayoría de democracias constitucionales— y en la confianza que muestra la misma en la reflexión monológica de tales intérpretes, esto es, en el modo en que desmerece la importancia del diálogo público, a la hora de tratar básicas cuestiones constitucionales. Y es que, por más que el buen juez —como el buen autor, en el caso de la novela en cadena— haga un esfuerzo por entender lo que su comunidad y quienes lo precedieron valoran, lo cierto es que quien escribe la continuación de la historia es una sola persona, en la soledad de su despacho. El problema que aparece entonces no se resuelve, obviamente, con la existencia de cuerpos colegiados de jueces (como en la Corte Suprema) o con jueces “dialogantes”, bien dispuestos a entender los problemas de su comunidad (volveremos sobre este punto más adelante). Lo que aquí está en juego es el hecho de que la última interpretación constitucional esté en manos de individuos que tienen (en todo caso) una obligación moral pero no institucional de discutir democráticamente sus sentencias. El problema, en última instancia, se refiere a la tensión existente entre el contar con un órgano interpretativo institucionalmente aislado del debate democrático, y la pretensión de generar decisiones democráticamente creadas y públicamente respaldadas.

Recogiendo el peso de dificultades como las señaladas, Frank Michelman, por ejemplo, sostuvo que “Hércules, el mítico juez de Dworkin, es un solitario. Es demasiado heroico. Sus narraciones constructivas son monólogos. Él no conversa con nadie, salvo con sus libros. No tiene ningún enfrentamiento. No se encuentra con nadie. Nada lo conmueve. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y su visión. Hércules es un hombre, después de todo. No es la totalidad de la comunidad. Ningún hombre o mujer puede serlo”. Hércules no parece tomar en cuenta ideas tales como la del pluralismo social o la importancia del diálogo público<sup>18</sup>. Carlos Nino defiende un punto similar al de Michelman, al objetar los presupuestos monológicos de la postura de Dworkin. En tal sentido, Nino critica la idea de que los jueces “por más ilustrados que sean, [puedan] llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra

<sup>18</sup> MICHELMAN, F., “The Supreme Court. Foreword: Traces of Self-Government”, *Harvard Law Review*, vol. 100, nro. 4 (1986), p. 76.

decisión, y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública”<sup>19</sup>.

En más de una oportunidad, Dworkin ha tratado de eludir este tipo de críticas, distinguiendo correctamente entre la teoría interpretativa y la reflexión acerca de cuál es el órgano más preparado para llevar a cabo dicha tarea interpretativa. Después de mucha reflexión al respecto, Dworkin parece sostener, actualmente, que su postura no exige que la interpretación constitucional esté a cargo de los jueces, sino más bien que el control judicial de constitucionalidad no es incompatible con la misma, ni contraria a una teoría de la democracia sensata (luego volveremos sobre este punto). Muestra entonces la aceptabilidad del control judicial, y —como cuestión separada— el valor de una teoría interpretativa como la arriba descrita. “La pregunta que me interesa —sostiene Dworkin— es previa a otras referidas al diseño institucional: ¿Cuál es la respuesta correcta a la pregunta acerca de qué es lo que significa la Constitución, más allá de a qué órgano o a qué sujeto se le otorga la responsabilidad interpretativa final?”<sup>20</sup>.

Ahora bien, es cierto que en lo que Dworkin trata hay dos cuestiones centrales y distinguibles entre sí (una vinculada con la teoría de la interpretación, y otra vinculada con la teoría del control judicial). Sin embargo, la vinculación entre ambos temas es tan obvia como la posibilidad de separarlas analíticamente. Claramente, algunas respuestas posibles sobre la primera pregunta (por ejemplo, que la interpretación adecuada es la que surge de un proceso dialógico entre todos los afectados) demandan cierto tipo de respuestas sobre la segunda cuestión, a la vez que descartan de plano otro tipo de respuestas (por ejemplo, una que diga que el control final de constitucionalidad debe estar en manos de los jueces). En este sentido, podríamos concluir que es esperable que nuestras preocupaciones en materia de interpretación constitucional nos exijan prestar atención inmediata a cuestiones vinculadas al control judicial.

<sup>19</sup> NISO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 685. En sentido similar, Walzer (1981), refiriéndose a la dificultad de que pueda arribarse a conclusiones valorativas correctas a través de la mera reflexión individual y sin la ayuda del debate democrático. La principal aspiración de muchos filósofos y teóricos legales, afirma Walzer, parece ser la de elucidar principios morales que luego son ofrecidos a los jueces como guías para sus sentencias.

<sup>20</sup> DWORKIN, R., “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, *Fordham Law Review*, vol. 65 (1997), p. 1251.

#### V. JOHN ELY, EL CONTROL JUDICIAL Y LOS PROCEDIMIENTOS DEMOCRÁTICOS

A continuación, vamos a examinar una postura muy diferente de la defendida por Dworkin, como lo es la presentada por John Ely en su famoso libro *Democracy and Distrust*, de 1980. En parte, podría decirse que lo que se defiende en este libro es directamente opuesto a lo que sostiene Dworkin. Si Dworkin sugiere un papel robusto y activo para los jueces, quienes quedan encargados de llevar a cabo una lectura "sustantiva" de la Constitución, Ely defiende lo contrario, es decir, una tarea judicial fuertemente restringida—restringida, aquí, a una custodia de los "procedimientos" constitucionales—. Para él, en efecto, la misión de los jueces se reduce a la custodia de la Constitución entendida ésta como un documento "vaciado de contenido", un documento fundamentalmente encargado de fijar los procedimientos de la discusión democrática.

La visión de Ely nació a partir de la que es, probablemente, la nota al pie de página más famosa dentro de la jurisprudencia moderna. Se trata de la nota que apareciera en 1938 en el fallo "United States v. Carolene Products"<sup>21</sup>, redactado por quien era el presidente de la Corte estadounidense en ese momento, Earl Warren. La nota se hizo famosa porque allí la Corte, como pocas veces, definió el alcance y los límites de su propia función. Sintéticamente, Warren sostuvo entonces que la Corte debía guardar una fuerte presunción en favor de las decisiones adoptadas por los legisladores democráticos. Dicha presunción, sin embargo, debía invertirse cuando fuera necesario resguardar el propio procedimiento democrático, o para proteger a minorías incapaces de protegerse a sí mismas a través del proceso político.

Contemporáneamente, el jurista John Ely encontró en aquella nota al pie la inspiración para elaborar directamente una teoría sobre cómo debía ejercerse el control judicial de constitucionalidad. Como muchos de sus antecesores, Ely también se mostraba preocupado por preservar un amplio espacio para las decisiones legislativas, libre de indebidas interferencias judiciales. Ely advertía que con el correr del tiempo el Poder Judicial había ido adentrándose, poco a poco, en terrenos que debían estarle vedados. Con el alegado objeto de resguardar debidamente la Constitución, la justicia había pasado a constituirse en el último árbitro en todo tipo de cuestiones socialmente relevantes. Definía si las regulaciones pú-

<sup>21</sup> 304 US 144, 152, no. 4 (1938).

blicas en materia de salarios eran válidas o no; decidía el sostenimiento o la anulación de las regulaciones estatales sobre extensión de la jornada laboral; y así sucesivamente. Y todo ello, aduciendo que sólo interpretaba el verdadero sentido de la Constitución.

No resulta extraño que entonces, y ante todo, Ely se dedicara a atacar las concepciones interpretativas predominantes en el ámbito jurídico. Ellas proponían a los jueces ya sea "rastrear" el significado real de la Constitución en las raíces históricas de la misma (así, en las distintas versiones del originalismo) o "salir" del texto para encontrar fuera del mismo el contenido de los "valores" constitucionalmente suscriptos (así, en las corrientes que Ely engloba bajo el nombre de "no-originalistas"). Ely confronta ambas alternativas<sup>22</sup>, y propone en su lugar una suerte de "retirada" de la justicia constitucional, a la que concentra —como se sugería en "Carolene Products"— en cuestiones de tipo procedimental. En su opinión, custodiar la Constitución es custodiar las reglas de juego que la misma fija. En definitiva, sostiene Ely, la Constitución no establece valores que toque a los jueces desentrañar, sino que fija procedimientos a partir de los cuales las nuevas generaciones van a ocuparse de esos valores. A los representantes del pueblo les corresponde lidiar con las cuestiones sustantivas (o valorativas), mientras que los jueces deben ocuparse sólo de las procedimentales. Resguardando, judicialmente, estos procedimientos, se hace posible que, políticamente, se resuelvan aquellos temas valorativos. Se da aquí, entonces, una clara división de tareas entre el poder político y el Poder Judicial.

Debe advertirse que esta división de tareas propuesta por Ely no implica que él suscriba una postura "pasivista" por parte del Poder Judicial. Más bien, Ely deja bien en claro que su propuesta no es "pasivista" ni "activista". Él considera que, efectivamente, los jueces deben dejar de intervenir en cantidad de cuestiones en las que hoy se encuentran involucrados (y en este sentido, deben ser "pasivistas"). Pero al mismo tiempo, y esto es tan importante como lo anterior, sostiene que los jueces deben participar de modo muy intenso en otro tipo de cuestiones, vinculadas con el sostenimiento de las bases del procedimiento democrático (y en este sentido, deben ser "activistas")<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> ELY, J., *Democracy...*, cit., cap. 3.

<sup>23</sup> Notablemente, Ely considera que los jueces deben ser más activos en cuestiones de las que, al menos durante mucho tiempo, se los tendió a excluir, y vinculadas con lo que se ha dado en llamar la doctrina de las "cuestiones políticas no judiciales".

Cabe señalar también que Ely, como antes Warren, avanza una propuesta por entender que la misma representa la mejor lectura posible de la Constitución. Ellos ven a la Constitución como un "manual de procedimientos" más que como un compendio de valores. Lo que hay en ella son las "tuercas y tornillos" del procedimiento democrático. En ella se dice cómo se deben elegir las autoridades públicas, cómo removerlas, cómo organizar el proceso de toma de decisiones, etc. Por ello, hacer respetar la Constitución es, para ellos, hacer respetar las reglas del juego de la democracia. Al actuar de ese modo, sostiene Ely, los jueces cumplen una función similar a la de los árbitros en un partido de fútbol. Su misión es la de permitir que los jugadores (en este caso, los jugadores del juego democrático) hagan su juego, y no la de participar en el mismo, tomando partido en favor de un sector o el sector rival. El buen árbitro, como el buen juez, es el que deja que los partidos sean resueltos a partir de una disputa a la que ellos sólo siguen desde fuera.

Finalmente, corresponde señalar que una teoría como la propuesta por Ely se comprende mejor cuando se advierte el contexto en el que ella apareció. Con *Democracy and Distrust* Ely vino a defender decisiones judiciales como las generadas por la (así llamada) "Corte Warren", que se distinguía por sus fallos "progresistas" (o *liberals*), y que se encontraba, tal vez por esa razón, bajo un severo ataque por parte de juristas conservadores y originalistas. Según viéramos, los originalistas tendían a resistir este tipo de decisiones alegando que ellas implicaban distorsionar el sentido que históricamente había tenido la Constitución. Los jueces "progresistas", al decir del originalismo, eran jueces "activistas" que, en última instancia, reemplazaban el significado real de la Constitución por los valores que ellos preferían que la Constitución tuviese. Lo que vino a hacer Ely fue, en los hechos, una salida en defensa de tribunales como la "Corte Warren". En su opinión, una Corte como la citada no podía ser descripta como (y acusada por ser) una Corte "activista". Por el contrario, lo que ella hacía era cumplir con su tarea adecuadamente, lo que implicaba que fuera, en efecto, muy activa, pero sólo en determinadas áreas. Cuando la Corte impulsaba un trato igualitario para los grupos más desaventajados de la sociedad; cuando intervenía en temas de libertad de expresión, libertad de asociación, o derechos procedimentales; cuando se comprometía con temas como los referidos a la cualificación de los electores y la formación de distritos electorales, la Corte estaba simplemente cumpliendo con su tarea específica. Ella no era otra que la definida en aquella famosa nota al pie de "Carolene Products": mantener abiertos los

canales del cambio político y dar protección especial a minorías poco poderosas y sobre las cuales existían extendidos prejuicios.

## VI. JEREMY WALDRON: EL DERECHO COMO DESACUERDO

Finalmente, voy a revisar algunas de las ideas expuestas por Jeremy Waldron sobre el tema. Nos encontraremos, ahora, con una postura que confronta en buena medida con todas las anteriores, y considera que la pretensión judicial de definir finalmente el significado de términos constitucionales controvertidos resulta "insultante", en el marco de una sociedad democrática. Pero vayamos por partes.

En su influyente libro *Derecho y desacuerdo*, Waldron parte de una perplejidad, descrita por Roberto Unger en un trabajo reciente: la existencia de una "hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios; ...el obstinado foco sobre los jueces superiores y su selección como la parte más importante de la política democrática"<sup>24</sup>. Frente a esta mirada aparentemente arraigada en los estudios legales contemporáneos, propone tomarse en serio el ideal del *autogobierno*, y poner su estudio al servicio del mismo<sup>25</sup>. Dicho compromiso va a llevarlo a defender una concepción *mayoritarista* de la política, y a calificar como *insultantes* e irrespetuosos hacia la igual dignidad de las personas los intentos de "anclarla" en la esfera judicial<sup>26</sup>.

Hay una intuición que recorre todo su texto, según la cual la política se desarrolla en condiciones muy particulares, que son las que nos permiten entender el imperio del derecho, o explicar el sentido de virtudes tales como las de la tolerancia o la civilidad. Dichas condiciones son las que denomina (adaptando la idea rawlsiana de las "circunstancias de la justicia") las *circunstancias de la política* y, como aquéllas ("escasez moderada de recursos" y "altruismo limitado"), vienen en par, siendo en este caso el *desacuerdo* y la *necesidad de actuar de modo concertado*<sup>27</sup>. En

<sup>24</sup> WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 8 (citando a UNGER, R., *What Should Legal Analysis Become?*).

<sup>25</sup> WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 9.

<sup>26</sup> WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., pp. 15 o 239.

<sup>27</sup> Por ejemplo, WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 102. En apoyo de su idea, Waldron cita también la idea rawlsiana de los "límites de la razón". Como aquél, Waldron considera que "[muchos] de nuestros juicios más importantes... se vinculan con cuestiones y condiciones respecto de las cuales 'no puede esperarse que personas conscientes y en ejercicio de los poderes plenos de la razón, lleguen a la misma conclusión, aun luego

dichas circunstancias, asume Waldron, "resulta importante que las comunidades tomen sus decisiones en foros y a través de procedimientos que sean respetuosos del desacuerdo y permitan que las distintas voces sean escuchadas en un debate acerca de cuál debería ser la solución del problema"<sup>28</sup>.

A la luz de aquellos antecedentes, Waldron identifica a la Legislatura como un órgano especialmente bien situado para lidiar con las circunstancias de la política. Siguiendo un argumento dado por Aristóteles, Waldron defiende el valor de la Legislatura como un órgano capaz de "reunir una diversidad de experiencias y perspectivas". "Una asamblea legislativa —afirma— es capaz de alcanzar mejores respuestas que [uno] porque su composición permite que accedamos a un abanico más amplio de experiencias e ideas de las que cada uno puede acumular por sí mismo"<sup>29</sup>. La Legislatura —y, con ella, los procedimientos de decisión mayoritaria— se muestra como un instrumento razonable, antes que arbitrario, teniendo en cuenta las circunstancias que son propias de la vida política<sup>30</sup>.

Su punto de vista descriptivo lo coloca en oposición a buena parte de la literatura politológica contemporánea, que ve a la Legislatura como un órgano poco "digno", sobre todo cuando se lo compara con otros como el judicial<sup>31</sup>. Su punto de vista normativo, mientras tanto, lo enfrenta a una mayoría de teóricos legales y filósofos políticos que, preocupados por las "malas decisiones" de la política, concentran sus estudios en la idea de los *derechos individuales*, y fundamentan la adopción de estrictas *declaraciones (constitucionales) de derechos*, protegidas a través del *control judicial*<sup>32</sup>. Para Waldron, esta última postura —que lo llevó a sostener una interesante polémica con Ronald Dworkin, acerca del valor de que Inglaterra adoptara un sistema de protección de derechos similar al vigente en los Estados Unidos<sup>33</sup>— resulta una afrenta a la idea

---

de una discusión libre". WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 112. De aquí también sus desacuerdos con ciertas versiones de la democracia deliberativa (aquellas que asumen que la deliberación se dirige a obtener, idealmente, un consenso unánime), WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., ps. 91 a 93.

<sup>28</sup> WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 86.

<sup>29</sup> WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 85. Este supuesto le permite afirmar que las Legislaturas modernas satisfacen los famosos requisitos a los que se refiere Raz para hablar de una "autoridad legal".

<sup>30</sup> WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., ps. 116 a 118.

<sup>31</sup> Ver, en particular, WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., cap. 2.

<sup>32</sup> WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., cap. 10.

<sup>33</sup> Ver WALDRON, J., "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, nro. 1 (1993), ps. 18 a 51; DWORIN, R., *A Bill of Rights*

de *igual respeto* que nos merecen las personas<sup>34</sup>. Esto no implica decir que Waldron abdica, directa o indirectamente, del valor de la idea de derechos. Waldron acepta, con Dworkin y buena parte de la academia jurídica contemporánea, que existe una importante conexión entre la idea de derechos y la de democracia, o la de que ciertos derechos individuales deben ser considerados como condiciones de una decisión mayoritaria legítima<sup>35</sup>. Ocurre, sin embargo, que ello no lo lleva a pensar que la custodia de los derechos requiera de Constituciones e instituciones contra-mayoritarias.

El razonamiento que lleva a Waldron a esta conclusión se encuentra, en buena parte, expresado ya en los párrafos anteriores. Y es que si partimos del hecho inevitable del desacuerdo, tenemos que admitir que también vamos a encontrar desacuerdos dramáticos acerca del número, contenido, o alcance de los derechos. Nos enfrentamos, entonces, a un problema de *autoridad*<sup>36</sup>: tenemos urgencia por encontrar una vía a través de la cual resolver aquellas disputas acerca de nuestros derechos. En tal sentido, el derecho a la participación aparece como especialmente adecuado, y no porque el mismo "tenga alguna prioridad moral sobre los otros derechos". Sucede, más bien, que la participación es un derecho "cuyo ejercicio resulta particularmente apropiado para situaciones en donde personas razonables, y portadoras de derechos, se encuentran en desacuerdo acerca de los derechos que tienen"<sup>37</sup>. El derecho de participación, en tal sentido, es

---

*for Britain*, Chatto and Windus, Londres, 1990. En WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 2001, sus críticas contra Dworkin aparecen concentradas, particularmente, en el cap. 13, y resumidas en p. 303.

<sup>34</sup> WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 116.

<sup>35</sup> WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 303.

<sup>36</sup> Al respecto, retoma el pensamiento de Hobbes según el cual el desacuerdo radical entre las personas es el que torna necesario establecer y reconocer una autoridad. WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 245.

<sup>37</sup> WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 232. Contra una postura como la sostenida por Waldron, quienes defienden los mecanismos de control judicial no pueden alegar que la misma es teóricamente problemática, al reclamar que se recurra a procedimientos democráticos mayoritarios para resolver cuestiones que tienen que ver con las condiciones de la democracia. Cualquier procedimiento alternativo, en definitiva, incurriría en problemas similares (en el caso del control judicial, los jueces también estarían siendo jueces en cuestiones que los involucran directamente). WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 302. Waldron niega, además, que procedimientos como el del control judicial resulten (tal como piensa Dworkin) mejores que los mayoritarios en cuanto a su concreta eficiencia práctica, o en su capacidad para mejorar la discusión democrática (piénsese, dice Waldron, en lo "liberador" que es discutir sobre el aborto sin tener que girar, como lo

el derecho de los derechos. Ello así, en definitiva, porque la participación y decisión mayoritarias se muestran como las únicas herramientas procedimentales que, en las circunstancias de la política, resultan consistentes con la idea de que todas las personas son fundamentalmente *iguales*<sup>38</sup>. Ellas son las únicas herramientas que se hacen cargo del "respeto que debemos [a cada individuo] como sujeto activo y pensante"<sup>39</sup>. Ellas son las únicas que no se basan en una radical actitud de "desconfianza" hacia los individuos, ni en una "visión predatoria de la naturaleza humana"<sup>40</sup>.

¿Qué es lo que significa, entonces, esta robusta defensa de la democracia mayoritaria (una que niega la justificación de órganos contramayoritarios como los que hoy existen en cualquier democracia moderna; que rechaza la existencia de límites *a priori* frente a los resultados políticos)? ¿Quiere decir esto –se pregunta Waldron– que todo se encuentra abierto al "arrebato" de una circunstancial mayoría?<sup>41</sup>. La respuesta de Waldron es, simplemente, que sí, que todo lo que pueda ser sujeto de un desacuerdo de buena fe resulta susceptible de quedar sujeto a la regla democrática<sup>42</sup>. El "pánico" frente a esta posibilidad, agrega, es el pánico

---

hacen los norteamericanos, en torno a gravosos debates sobre la "cláusula del debido proceso", o sobre la pena de muerte sin tener que lidiar con la idea de "castigos crueles e inusuales", también propia de la discusión judicial norteamericana). WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 290.

<sup>38</sup> WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., ps. 116 y 249. "Lo que toca a todos debe ser decidido por todos" –dice Waldron–. WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 116. Waldron sostiene esta postura reconociendo, junto con Charles Beitz, las tensiones que se suscitan entre el compromiso mayoritario y la idea de igual respeto a todos (idea que puede terminar siendo afectada por el procedimiento mayoritario, en su impacto negativo sobre algún individuo). Sin embargo, Waldron concluye diciendo que, al menos en un sentido restringido del término "igual respeto", el procedimiento mayoritario es el único capaz de mostrarse consistentemente respetuoso con el mismo.

<sup>39</sup> WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 251. Piénsense, en cambio, en el efecto de adoptar soluciones alternativas a la sugerida por Waldron, como la de consagrar una lista de derechos en la Constitución (¿por qué grabar nuestras conclusiones en piedra, diría Waldron, en cuestiones sobre las cuales tenemos tantas dudas? WALDRON, J., *Law...* [2001], cit., p. 224), articulando formas de control judicial. Siguiendo a Hohfeld, Waldron recuerda cuál es la contracara de las inmunidades constitucionales que consagramos: lo que Hohfeld denomina una incapacitación, en este caso la de la Legislatura, que queda incapacitada para realizar sus tareas habituales de revisión, reforma e innovación legales. WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 221.

<sup>40</sup> WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., ps. 221 y 222.

<sup>41</sup> WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 302.

<sup>42</sup> Ello no implica ver como una "afrenta a la democracia" la posibilidad de instituir mecanismos de moderación (*slowing-down mechanisms*) capaces de tornar al procedi-

ante la idea del autogobierno político<sup>43</sup>. Pero ocurre que “si estamos decididos a tratar con respeto a los puntos de vista de los demás, si no tratamos de ocultar el hecho de que tenemos diferencias ni intentamos suprimir el disenso, entonces no tenemos otra opción que la de adoptar procedimientos capaces de resolver nuestros desacuerdos políticos que no especifiquen, por sí mismos, cuáles deben ser los resultados a obtenerse”<sup>44</sup>.

## VII. REPENSANDO LA FUNCIÓN JUDICIAL

Llegados a este punto, quisiera recuperar algunas de las consideraciones realizadas hasta aquí —las que, en mi opinión, mejor se sostienen frente a críticas posibles— para resumirlas en parte y extenderlas por otra parte.

Ante todo, y según entiendo, sobrevuela a toda la discusión anterior una reflexión en torno a la llamada “objección contramayoritaria” sobre el papel de los jueces en la revisión de la constitucionalidad de las normas. Según entiendo, el caso en favor de un Poder Judicial como el que existe actualmente en una mayoría de países —un Poder Judicial con el poder final de revisar la validez constitucional de cualquier norma— está, en mi opinión, perdido. Sólo tiene sentido, creo, pensar de qué modo debe reorganizarse la función judicial. Junto con Waldron, no veo una buena forma para justificar que la magistratura guarde la “última palabra” en materia constitucional. Vivimos en democracia, entre otras razones, porque asumimos que todos, aun los jueces, pueden equivocarse. Y, asumiendo este dato, no hay buenos argumentos para privar a la ciudadanía de su

---

so legislativo más “complejo y laborioso” o de “tomar más difícil la revisión de cuestiones de principio por un tiempo, luego de que ellas se han sustanciado”. Así, al menos, si es que los mismos no resultan de asumir que existe algo “patológico” en alguno de los lados del debate acerca de alguna controvertida cuestión de principios; WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., ps. 305 y 306.

<sup>43</sup> WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 303.

<sup>44</sup> WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 304. Junto con John Stuart Mill, Waldron afirma que, si estamos preocupados por la libertad individual, entonces la primera cosa que debemos hacer no es crear una Declaración de Derechos a ser protegida por la justicia, sino desarrollar entre nosotros “una cultura de la libertad en la cual la idea sea apreciada y tomada en serio por parte de aquellos que participan de las principales decisiones sociales y políticas”. Como Mill, él prefiere no insistir sobre la necesidad de leyes y Constituciones sino, más bien, sobre la necesidad de crear “una fuerte barrera de convicción moral” contra “la creciente inclinación a utilizar indebidamente los poderes de la sociedad sobre los individuos”. WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 310.

derecho final a decidir: sus errores, como los de cualquier otro individuo, grupo u órgano, pueden ser muy graves, pero nada nos dice que haya razones para pensar que corremos mayores riesgos dejando la "última palabra" legal en manos de la ciudadanía. Ella, tanto como los miembros de la judicatura, pueden actuar irrazonable, apasionada, o autointeresadamente. Decir esto no niega la posibilidad de que, por razones de celeridad o "división del trabajo", se opte por delegar dicha función en algún cuerpo institucional particular. Pero, debe advertirse, esta opción poco tendría que ver con los modelos de organización actualmente existentes, que privan a la ciudadanía de esta posibilidad, apelando a argumentos supuestamente lógicos, o alegando que aquella no tiene capacidad o derecho para actuar como último árbitro en sus propios asuntos. Como dice Waldron, las mismas razones que nos llevan a reconocernos unos a otros como sujetos de derecho sustentan nuestro derecho a hacernos cargo de nuestra vida en común.

Ahora bien, el hecho de que no existan buenas razones para que los jueces guarden la última llave del control constitucional no significa que ellos no puedan participar en el proceso colectivo de mejora y refinamiento de las decisiones colectivas, o que no haya razones para obligar a los cuerpos representativos a pensar sus decisiones dos veces, o a decidir con más calma. Más bien, por el contrario: como sujetos falibles, como tendemos a apasionarnos y a actuar irreflexivamente, movidos por nuestros primeros impulsos, es que tiene sentido diseñar herramientas para pensar mejor. En tal sentido, la institución judicial puede llegar a jugar un papel especialmente atractivo, obligándonos a pensar mejor, trayéndonos a cuenta argumentos que en primera instancia no hablamos considerado, u obligándonos a utilizar razones públicas para justificar nuestras decisiones, frente a quienes no hemos tomado debidamente en cuenta.

Los jueces pueden jugar un papel especialmente importante en este sentido, gracias a su peculiar posición institucional: ellos se encuentran situados fuera del escenario principal de las disputas políticas, y obligados a escuchar a aquellos que han sido afectados a resultas de aquéllas. Es a la justicia adonde se dirigen, en efecto, todos aquellos que han sido desatendidos o maltratados institucionalmente, por lo que los tribunales pueden convertirse en un excelente medio para dotar de mayor imparcialidad a las decisiones colectivas. En la actualidad, sin embargo, varias causas confluyen para dificultar esta tarea: desde la composición, más bien elitista, de los tribunales superiores, hasta una carencia o falta de desarrollo de instrumentos institucionales destinados a facilitar dicha tarea. No existen hoy (o están claramente subdesarrollados) los medios para propi-

ciar el "reenvío" de normas desde el Poder Judicial hacia los órganos políticos, para facilitar un posible diálogo y debate entre poderes. El poder que, de hecho, ejercen los jueces como "última voz" del sistema institucional también conspira contra la posibilidad de que se instrumente un intercambio fructífero entre poderes. Dicho hipotético y saludable intercambio, entonces, se convierte en una conflictiva disputa de poder, en donde una rama del gobierno "golpea" a la otra, bloqueando o vetando su capacidad de decisión.

Un sistema institucional más sensato, en cambio, podría orientarse a facilitar otro tipo de relaciones entre los poderes, permitiendo la mutua corrección entre los mismos. El Poder Judicial, por caso, podría obligar al poder político a rever su decisión, o a fundamentarla o justificarla de otro modo. En tal sentido, y *entre otras cosas*, debería ocuparse de hacer exactamente lo que hoy se niega a hacer, que es exigirle al poder político que dé razones públicamente aceptables de sus decisiones, impidiendo que las leyes sean el mero producto de las presiones de grupos de interés, el mero producto de intercambios de favores, o el mero resultado de la voluntad arbitraria de una ocasional mayoría parlamentaria. Una decisión democrática es algo distinto de todo aquello: es la que resulta de un debate colectivo, inclusivo, abierto, entre iguales, y que tiene un privilegiado centro de desarrollo en el Parlamento. El Poder Judicial, en tal sentido, debería ayudar a que el sistema de toma de decisiones se aleje cada vez más del escenario ficcional en el que hoy se ubica: un mundo en donde las decisiones públicas invocan la voluntad popular sin consultarla, mientras afirman los intereses de una élite cualquiera (política, económica, religiosa) según su capacidad de influencia. Por otra parte (aunque en el mismo sentido), el Poder Judicial podría ayudar a los órganos políticos a tomar sus decisiones de modo más informado y deliberado. Ello así, por caso, abriendo cada decisión pública significativa al contacto con expertos y ciudadanos comunes, que puedan informar a la misma con puntos de vista imprescindibles para dotarla de imparcialidad. Algunos de los pasos que ha dado la Corte Suprema argentina, en tal sentido (casos "Verbitsky" o "Mendoza"), parecen bien orientados en esta dirección.

Este tipo de "controles internos", a su vez, debería sumarse a otros "externos", destinados a asegurar la responsabilidad de los principales decisores; y a otros mecanismos destinados a asegurar el diálogo colectivo: de los ciudadanos entre sí; de los ciudadanos con sus representantes; de los funcionarios públicos entre sí.

Controles como los referidos hasta aquí merecerían ejercerse con mayor intensidad cuanto más sensibles o riesgosas sean las decisiones en

juego. Claramente, si la decisión en cuestión es capaz de poner en riesgo la propia maquinaria de toma de decisiones democráticas, los controles deberían ser más intensos, y menor la presunción de validez de la decisión en cuestión —retomando la terminología utilizada por la jurisprudencia norteamericana, tales decisiones merecerían ser sujetas a las formas de escrutinio judicial más estrictas (*high o intermediate scrutiny*)—. Ello así, por ejemplo, si se trata de una medida por la cual quienes están en el poder pretenden prolongar su permanencia en el mismo, o dificultar la posibilidad de que los opositores protesten o levanten reclamos contra ellos. Siempre, pero muy especialmente cuando existen grupos de la sociedad con dificultades para protestar o para hacer sentir sus quejas, los jueces deberán mostrarse especialmente atentos frente a las demandas de los perjudicados, y firmes frente al poder político exigiéndole que preste atención o que responda a las exigencias de quienes han sido indebidamente desconsiderados en el proceso de toma de decisiones. Del mismo modo, los jueces deberían ser facilitadores y promotores del diálogo colectivo, y especialmente sensibles frente a las medidas orientadas a entorpecer ese diálogo, a privar o desplazar la "voz" de algunos sectores, o a concentrar la discusión pública entre algunos privilegiados (aquellos con mayor poder político, aquellos con mayores recursos económicos, etc.). Nuevamente, los jueces merecerán encender sus alarmas cada vez que se enfrenten a alguna medida destinada a empobrecer el debate democrático.

De todos modos, el propósito de este trabajo ha sido otro, es decir, el de abrir el abanico de ideas en materia de interpretación constitucional. En todo caso, estas líneas finales pueden servir como un pequeño y primerísimo paso en una discusión todavía pendiente, sobre los modos en que debería hacerse efectiva la interpretación constitucional, y el rol que podría jugar el Poder Judicial en dicha materia.

## CAPÍTULO VIII

### UN PAPEL RENOVADO PARA LA CORTE SUPREMA. DEMOCRACIA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Por ROBERTO GARGARELLA

#### I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es el de re-pensar el papel de la Corte Suprema en el nuevo siglo<sup>1</sup>. Si se pretende volver a pensar la tarea de la Corte ello no se debe, meramente, a un ánimo favorable al cambio. Se trata de reflexionar sobre la misión de la Corte a la luz de los numerosos problemas que han surgido, desde su creación, para justificar el sentido y alcance mismos de dicha misión. En este escrito sostendré que es posible definir la tarea de la Corte de un modo que haga compatible la labor del máximo tribunal con el debido respeto que merece la autoridad democrática (de la ciudadanía y sus representantes). Ocurre que, según veremos, algunos críticos del Poder Judicial —y, en particular, del control judicial de constitucionalidad— consideran que cualquier decisión de la Corte que limite la validez de una ley implica, directamente, una “ofensa” a la democracia<sup>2</sup>.

En el camino hacia una conclusión, realizaré fundamentalmente dos “escalas”. En la primera, examinaré el problema conocido como “la difi-

<sup>1</sup> Aunque en ocasiones hablaré del “Poder Judicial”, en general, deberá entenderse que mi análisis está fundamentalmente restringido a la Corte Suprema (o similares tribunales superiores).

<sup>2</sup> Véase WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, y TUSHNET, M., *Taking the Constitution away from the Court*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

cultad contramayoritaria" (es decir, la dificultad que existe para justificar, dentro de un sistema democrático, que el Poder Judicial pueda desafiar una norma dictada por el poder político). Analizaré críticamente, entonces, algunos de los argumentos que se han ofrecido para resolver la citada dificultad. En la segunda "escala", mientras tanto, me ocuparé de examinar críticamente el problema de la interpretación constitucional. La razón de este segundo apartado es la siguiente. Según diré, los problemas de legitimidad democrática de la justicia se expanden o (hipotéticamente) se disuelven en relación proporcional con el menor o mayor impacto que adquiera el problema interpretativo. Es decir, cuanto más serios sean los problemas de la interpretación constitucional, más serias se tornan las dificultades para justificar el control judicial, y viceversa.

Finalmente, en la tercera y última sección de este texto presentaré una posible vía de salida a los problemas antes explorados, que se basa en una reconsideración sobre la relación "Poder Judicial-teoría democrática".

## II. DOS PROBLEMAS

Son dos, al menos, los problemas que afectan al Poder Judicial poniendo en riesgo la justificación de su tarea de control de constitucionalidad. Uno de ellos tiene que ver con las dificultades propias de la interpretación constitucional, mientras que el otro se vincula con la famosa cuestión de la legitimidad democrática de la justicia.

i) Un modo posible de acercarnos al primero de los problemas citados sería el siguiente. Partamos, en primer lugar, de lo que Jeremy Waldron ha denominado "el hecho del desacuerdo", un dato que se constituye en marca esencial de las sociedades contemporáneas, y que dice que vivimos en sociedades plurales, en las que estamos divididos por desacuerdos profundos relacionados con cómo pensar y resolver los principales dilemas morales a los que nos enfrentamos<sup>3</sup>. Según Waldron, este tipo de desacuerdos hacen que difiramos acerca de cómo resolver cuestiones tan básicas como cuál arreglo económico puede considerarse justo, cómo resolver la cuestión del aborto, cómo evaluar la eutanasia, qué política penal adoptar, cuál es la dimensión protegida por la idea de privacidad. Sin embargo, agrega el autor neozelandés, a pesar de todo lo que nos separa en materia valorativa, queremos seguir viviendo en sociedad, queremos sé-

<sup>3</sup> WALDRON, J., "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, no. 1 (1993), ps. 18 a 51, y WALDRON, J., *Law...*, cit.

guir estando juntos, no queremos que eventuales desacuerdos tornen imposible nuestra convivencia. Éstas son, según Waldron, las características principales de las sociedades democráticas modernas: el desacuerdo y —por él y a pesar de él— la voluntad de seguir conviviendo juntos.

En principio, uno podría pensar que ese tipo de circunstancias no sólo no perjudican la labor de los jueces sino que, en definitiva, y simplemente, les ofrecen a ellos la materia prima de su trabajo. Necesitamos jueces —alguien podría decir— para poder resolver de modo pacífico nuestros desacuerdos y hacer posible la convivencia que nos interesa mantener. Sin embargo, las cosas son menos sencillas de lo que parecen porque, y éste es el núcleo de la argumentación de Waldron, los profundos desacuerdos que nos separan no culminan sino que se mantienen (o se agudizan) cuando leemos el derecho y tratamos de “descifrar” el contenido “real” del mismo, es decir, cuando tratamos de *interpretarlo*. Si contásemos con fórmulas más o menos precisas para la interpretación del derecho y, en particular, para la interpretación del significado de *los derechos*, luego, alternativas tales como el control judicial no merecerían ser acreedoras de mayores reproches. Finalmente, en la rama judicial nos encontramos con expertos en derecho, entrenados en su tarea a partir de cientos de casos, con tiempo y ausencia de presiones electorales capaces de permitirles pensar adecuadamente cada problema.

Sin embargo, no es fácil mantener una conclusión como la anterior. Infinidad de sentencias judiciales nos ratifican lo que de antemano podíamos sospechar, esto es, que nuestros desacuerdos no se disuelven sino que se reproducen en la esfera judicial. El pasaje de “Dred Scott v. Sandford”<sup>4</sup> a “Brown v. Board of Education”<sup>5</sup>, y de “Brown” al reciente “Community Schools v. Seattle”<sup>6</sup> (todos éstos, casos relacionados con el tratamiento jurídico de la cuestión racial) simplemente nos ayuda a ver de qué modo, en cuestiones de enorme importancia pública, comunidades jurídicas como la estadounidense siguen estando profundamente divididas. Del mismo modo, en la Argentina, el pasaje de “Bazterrica”<sup>7</sup> a “Montalvo”<sup>8</sup> (sobre la protección constitucional al consumo personal de estupefacientes); o de “Fiorentino”<sup>9</sup> a “Fernández” (sobre la validez de las pruebas obteni-

<sup>4</sup> 60 US (19 How.) (1856).

<sup>5</sup> 347 US 483 (1954).

<sup>6</sup> Docket: 05-0908.

<sup>7</sup> Fallos 308:1392, del 29/8/1986.

<sup>8</sup> Fallos 313:1333, del 11/12/1990.

<sup>9</sup> Fallos 306:1752, del 1/1/1984.

das sin autorización judicial), o de "CHA"<sup>10</sup> a "ALITT"<sup>11</sup> (sobre el valor de la privacidad y el derecho a obtener personería jurídica) nos hablan no sólo de la fragilidad de la estructura judicial, y de las presiones a que pueden estar sujetos sus miembros (tema que aquí no me ocupa) sino, sobre todo, de los profundos y genuinos desacuerdos que separan a nuestros jueces. En última instancia, cada decisión dividida de cualquier tribunal colegiado —pongamos, por caso, las de cualquier Corte Suprema— nos habla de los profundos desacuerdos que pueden encontrarse aun en las instancias más relevantes de la estructura judicial, y aun entre los miembros más preparados de la comunidad jurídica. Es decir, incluso en relación con los derechos más básicos, algunos de los miembros del tribunal piensan que la Constitución dice una cierta cosa, mientras que otra parte del mismo tribunal considera que la Constitución dice exactamente lo contrario (i.e., una parte considera que la Constitución ampara el consumo personal de estupefacientes, mientras que el resto del tribunal sostiene lo opuesto).

ii) El otro problema que, desde hace dos siglos al menos, afecta la justificación de la tarea del control judicial se relaciona con la legitimidad democrática de los jueces para llevar a cabo el tipo de tareas que habitualmente realizan. Tal como fuera presentado en su momento por Alexander Bickel, el problema consiste en que, a pesar de lo sostenido por algunos de los primeros y más lúcidos defensores de la tarea judicial (pienso, particularmente, y siguiendo a Bickel, en Alexander Hamilton y al juez John Marshall en su famoso fallo "Marbury v. Madison"<sup>12</sup>), cada vez que los jueces invalidan una ley ponen en cuestión la autoridad democrática del pueblo, "aquí y ahora"<sup>13</sup>. Es decir, cada vez que ellos declaran inconstitucional una ley, aparece la pregunta acerca de cómo puede justificarse que la rama política del poder, que es la que cuenta con mayor legitimidad democrática en términos relativos, sea "derrotada" por aquella que, en tales términos, aparentemente, goza de menor legitimidad.

Conviene advertir, desde ya, los fuertes vínculos que existen entre la primera de las cuestiones mencionadas (referida a los problemas existentes en materia de interpretación constitucional) y la segunda (referida a la menor legitimidad democrática de la justicia). La conexión entre am-

<sup>10</sup> Fallos 314:1531, del 22/11/1991.

<sup>11</sup> Decisión del 21/11/2006.

<sup>12</sup> 5 US 137 (1803).

<sup>13</sup> BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1962.

hos problemas resulta bastante evidente: en la medida en que mayores sean las dificultades para resolver las dificultades que plantea la interpretación constitucional —es decir, ante todo, cuanto mayores sean nuestros desacuerdos sobre cómo entender el contenido y los alcances de cada artículo de la Constitución—, mayores serán los problemas para defender la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Por el contrario, en la medida en que las dificultades de la interpretación constitucional sean menores —es decir, cuanto menores sean nuestras desavenencias en relación con el significado de la Constitución—, menores serán las dificultades que enfrentemos para justificar el control judicial. Finalmente —diríamos aquí—, los jueces estarán haciendo lo que cualquiera de nosotros haría, puestos en lugar de alguno de aquéllos. Lo único que estaría en juego, entonces, sería una poco polémica cuestión relativa a la división social del trabajo —no un problema de legitimidad democrática de la función judicial, como el que hoy existe—.

A partir de lo visto hasta aquí, la defensa del control judicial de constitucionalidad podría basarse en alguna de las siguientes estrategias. Por un lado, alguien podría tratar de negar la existencia de problemas significativos relacionados con la legitimidad del Poder Judicial, mostrando que el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de ningún modo afecta nuestros compromisos democráticos. Si esos problemas de legitimidad no existiesen, entonces nadie debería quejarse ante cualquier acto judicial destinado a inaplicar una ley en un caso concreto. Una estrategia diferente consistiría no tanto en afirmar la legitimidad democrática de la tarea judicial, sino en negar la existencia de problemas realmente interesantes en materia de interpretación constitucional. Si esta última línea de argumentación probase ser exitosa, entonces tampoco podría criticarse el control judicial de constitucionalidad, aun por parte de quienes reconocieran el menor valor de las credenciales democráticas del Poder Judicial. Teniendo en cuenta estas posibilidades, en lo que sigue quisiera explorar brevemente ambas rutas argumentativas.

### III. SOBRE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA

Conforme a lo señalado más arriba, alguien podría defender el control judicial de constitucionalidad mostrando que no hay ningún problema realmente serio, capaz de afectar la legitimidad de la tarea que desarrollan los jueces cada vez que revisan la validez de una ley. Las estrategias destinadas a sostener la legitimidad democrática de la tarea judicial han

sido innumerables, y aquí sólo tomaré en cuenta unas pocas, que considero especialmente influyentes.

Lo primero que uno podría decir —siguiendo lo que dijeran en su momento Hamilton o Marshall— es que los jueces, cuando cumplen con su tarea controladora, no desafían sino que simplemente permiten que prevalezca la voluntad democrática del pueblo. Según la citada línea de argumentación —llamémosla “Hamilton-Marshall”—, al invalidar una ley los jueces no socavan de ningún modo la autoridad democrática del pueblo, sino que reafirman dicha autoridad, porque al hacer que prevalezca la Constitución sobre una ley inválida, ellos permiten que prevalezca, en definitiva, la “verdadera” o más alta expresión de la voluntad popular, que es la que está encerrada en la Constitución. Este argumento, como sabemos, no resulta plausible, justamente por el tipo de problemas a los que ya hiciéramos referencia acerca de las graves diferencias que nos separan respecto de cómo interpretar la Constitución. La afirmación de “Hamilton-Marshall” sería irreprochable si el significado de la Constitución fuera más o menos unívoco. En tal caso sí podríamos decir que la tarea judicial consiste, simplemente, en volver a poner las cosas en orden, al tornar inaplicables las leyes dirigidas a violentar nuestros máximos acuerdos, expresados en el texto constitucional. Lamentablemente, sin embargo, y debido a dificultades como las mencionadas más arriba, no queda nada claro si, por caso, una ley que penaliza el consumo personal de estupefacientes violenta u honra nuestros compromisos con el derecho a la privacidad; si una que reconoce un amplio derecho al aborto afirma o niega la autonomía individual; u otra que regula el uso del dinero en política respeta o socava nuestros compromisos fundamentales en relación con el derecho a la libertad de expresión.

Dado el fracaso de la primera línea de argumentación, muchos han optado por afirmar que el Poder Judicial no se ve afectado por ningún problema de legitimidad democrática, sosteniendo que sus miembros también son elegidos —aunque, normalmente, de modo indirecto— por el pueblo, y porque además tales sujetos se relacionan directa y cotidianamente con la ciudadanía, en el ejercicio de sus funciones. El problema con este argumento es que nadie niega la (relativa) legitimidad democrática de la justicia (nadie dice que el Poder Judicial está en contradicción con, o es enemigo de, la democracia). Lo que se afirma es que, dado su menor grado de legitimidad democrática, el Poder Judicial debe mantenerse alejado de algunas tareas que reservamos para los órganos que cuentan con mayor legitimidad popular. Para decirlo de un modo más evidente, un jefe de policía también cuenta con cierta legitimidad democrática, en la medi-

da en que, por caso, es escogido por la rama ejecutiva, que a su vez apoya su autoridad en el voto democrático; a lo que se agrega el hecho de que dicho jefe de la policía también se relaciona cotidianamente con la ciudadanía en el ejercicio de su función. Sin embargo, a nadie se le ocurriría decir que esa (parcial) legitimidad democrática lo autoriza para legislar, resolver conflictos entre poderes, o firmar tratados internacionales. Y ello, conviene advertirlo, no sólo porque dicho funcionario no cuente con los estudios pertinentes (aunque todos los jefes de policía fueran graduados en derecho, diríamos exactamente lo mismo).

El problema en juego tampoco se soluciona señalando (como pueden señalarse, con razón) los graves problemas de legitimidad que afectan a los representantes del pueblo. Me refiero a problemas como los identificados desde hace tiempo por la teoría política con ideas tales como la de "crisis de representación", o dificultades como las resultantes de la (descrita por algunos) "apatía política" de la ciudadanía. Según esta línea de argumentación, la afirmación referida a la mayor legitimidad democrática de las ramas políticas del poder resulta simplemente insostenible, cuando advertimos el grado de desconocimiento que la ciudadanía tiene sobre sus legisladores y su actividad cotidiana, o la radical ausencia de medios institucionales para entrar en diálogo con ellos —finalmente, cuando reconocemos la enorme distancia que existe entre "los legisladores" y "nosotros"—. El argumento fracasa otra vez, sin embargo, porque la existencia de estos obvios problemas de legitimidad democrática en relación con la Legislatura, si algo reclaman es reformas destinadas a reforzar esa legitimidad democrática, antes que medidas destinadas a socavar aún más a la regla mayoritaria.

Finalmente, tampoco puede decirse que el control judicial es irreprochable dado que el Poder Judicial ha sido preparado especialmente —al menos, en una mayoría de las democracias constitucionales que conocemos— para la tarea de controlar la validez de las leyes. El argumento en cuestión tiene lo que podríamos llamar una faceta "negativa" y otra "positiva". Según la primera, presentada oportunamente por Ronald Dworkin, es simplemente irracional y contrario a la lógica pedirle al mismo poder mayoritario que pone o es capaz de poner en riesgo los derechos de las minorías que evalúe la validez de las normas que él mismo ha decidido dictar<sup>14</sup>. En una sociedad apropiadamente democrática, dicha tarea de control debe quedar en manos de un órgano diferente del que ha dictado

<sup>14</sup> DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977.

la ley que hoy se impugna. La faceta "positiva" de este argumento, mientras tanto (una presentada tanto por Alexander Bickel como por el mismo Dworkin), dice que el Poder Judicial se encuentra especialmente bien preparado para la tarea de vigilar la validez de las leyes, porque cuenta con el entrenamiento, la capacitación y el tiempo que son necesarios para llevar a cabo tareas como la del control de las leyes.

El primero de estos argumentos, sin embargo, se enfrenta, al menos, con dos problemas. Por un lado, la dificultad para justificar el control *legislativo* de las leyes no importa una justificación del control *judicial* de las leyes —cuestión que requiere de una justificación independiente—. Por otro lado, la dificultad para justificar el control *legislativo* de las leyes, tal como hoy existe, no torna imposible la alternativa de contar con otras formas de control mayoritario, menos reprochables. Técnicas como las del "reenvío legislativo", pensadas luego de la revolución francesa; estrategias como las relacionadas con la cláusula *notwithstanding* en Canadá; formas de control como las pensadas más recientemente en Gran Bretaña nos hablan todas de la posibilidad de concebir formas "mayoritarias" del control de la validez de las leyes, que no excluyen completamente el control judicial, al tiempo que buscan mantener intacta la primacía del Legislativo<sup>15</sup>. Finalmente, el argumento ("positivo") bickeliano a favor del control judicial tampoco resulta enteramente persuasivo. Y es que alguien puede sostener con razón que la apropiada decisión sobre casos como los referidos más arriba (por ejemplo, si el derecho de privacidad incluye el derecho a consumir estupefacientes; si el derecho a la libertad de expresión permite regular el uso de dinero en política; si el derecho al aborto es compatible con la afirmación del principio de la autonomía individual) no depende del tiempo que tengamos para reflexionar, o de la cantidad de libros que hayamos leído, o de los años que hayamos estudiado leyes. Razonablemente, podríamos sostener que dichos casos deben resolverse a partir de procesos de deliberación colectiva, y no por medio de la reflexión aislada de alguna élite bien preparada. Éste es, justamente, el punto que le interesa defender a los demócratas críticos de la revisión judicial, y el punto que Bickel simplemente desconoce en su argumentación.

<sup>15</sup> WALDRON, J., "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, vol. 115, no. 6 (2006), pp. 1256 a 1344.

#### IV. SOBRE LA EXISTENCIA DE TEORÍAS INTERPRETATIVAS (RELATIVAMENTE) INCONTRVERTIBLES

En la sección anterior, analizamos las dificultades existentes para disolver la "objeción democrática" al control judicial de constitucionalidad. En esta sección quisiera explorar un camino alternativo para pensar nuestro problema. La idea es que, aun si fuera cierto que la justicia enfrenta un problema (irresoluble) en términos de legitimidad democrática, ello no debería llevarnos a concluir que el control judicial de constitucionalidad es injustificable. Si, por ejemplo, pudiéramos demostrar que existen formas más o menos incontrovertibles para la interpretación constitucional, podríamos luego sostener que la tarea del control judicial no merece mayores reparos. Es decir, aun si las "credenciales democráticas" de los jueces no fueran tan significativas como las de los legisladores, no habría razones para impugnar el control judicial. Ello, en la medida en que pudiéramos demostrar que en sus decisiones, los jueces aplican reglas de interpretación que nadie cuestiona o tiene buenas razones para cuestionar. El problema con el que nos encontramos en este caso, sin embargo, es un problema de gravedad similar al examinado en la sección anterior. En efecto, otra vez, y como en el caso anterior, podríamos decir que, luego de más de doscientos años de reflexión sobre cuestiones relacionadas con la interpretación constitucional, todavía estamos muy lejos de haber conseguido algún tipo de acuerdo significativo en relación con la pregunta acerca de cómo debe interpretarse la Constitución.

Por supuesto, lo dicho no niega algo muy importante y es que, a lo largo de todos estos años, por lo menos, hemos aprendido a distinguir entre buenas, malas y muy malas teorías interpretativas. Del mismo modo, lo dicho no niega que los argumentos relacionados con la interpretación constitucional se han sofisticado muchísimo en las últimas décadas. El problema, sin embargo, es que a pesar de este tipo de clarificaciones y refinamientos, todavía estamos muy lejos de llegar a zonas más o menos pacíficas —territorios más o menos compartidos— en torno a cómo debe interpretarse la Constitución. Más bien lo contrario: todo parece señalar que estamos demasiado lejos de alcanzar cualquier acuerdo significativo en la materia.

Los problemas a los que me refiero son, según diré, muy graves, pero ellos adquieren una gravedad todavía mayor cuando lo que está en juego es, justamente, la interpretación constitucional. Es decir, si por la naturaleza propia del lenguaje y el lenguaje escrito, cualquier texto presenta problemas de interpretación (por ejemplo, a partir de los problemas de

vaguedades y ambigüedades que son propios de los modos habituales en que nos expresamos), dichos problemas se potencian al extremo cuando lo que tenemos que interpretar es un texto constitucional. Ocurre que las Constituciones, tal como las conocemos, se comprometen de modo explícito con valores y principios abstractos, destinados aparentemente a regir a lo largo del tiempo. Ese mismo tipo de compromisos, sin embargo —el compromiso con valores como la libertad, la justicia, la igualdad, la no-discriminación—, radicalizan los problemas de interpretación propios de cualquier texto escrito, porque exigen que, necesariamente, nos involucremos en procesos de razonamiento y argumentación extremadamente complejos de llevar a cabo —¿cómo dar cuenta, finalmente, del contenido preciso que, frente a un caso concreto, debe dársele al principio de la autonomía individual, o al valor de la justicia social?—.

En lo que sigue, y de un modo muy breve, haré un breve repaso en torno a diferentes respuestas que se han sugerido para resolver los problemas de la interpretación constitucional, y también me referiré a las dificultades que surgen para mantener cualquiera de los criterios sugeridos.

Para comenzar por algún terreno medianamente firme, citaré una descripción (finalmente imprecisa pero bastante exhaustiva) realizada por el jurista Néstor Sagüés sobre los criterios interpretativos utilizados por una Corte Suprema particular, la argentina, a lo largo de su historia<sup>16</sup>. La revisión de estos criterios nos servirá, simplemente, como ilustración de los criterios que una Corte cualquiera puede utilizar en su aproximación al derecho<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Sagüés, N., *Interpretación constitucional y alquimia interpretativa (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

<sup>17</sup> Me apresuraré, de todos modos, a aclarar lo siguiente. Es cierto que la diversidad de de criterios interpretativos utilizados por la Corte argentina tiene algún vínculo con la excepcional historia de la misma, marcada por una enorme inestabilidad en su composición y, por lo tanto, previsiblemente, por la aparición de cambiantes criterios interpretativos al interior de la misma. Sin embargo, y ante tal consideración, señalaría dos cuestiones. En primer lugar, creo que puede encontrarse una diversidad tan amplia de criterios interpretativos aun en Cortes más estables, como la Corte Suprema norteamericana o la Corte Constitucional colombiana —algo que debería demostrar empíricamente, aunque no creo que sea difícil hacerlo—. En segundo lugar, y lo que es más importante, creo que las conclusiones que voy a presentar pueden mantenerse aun si redujéramos drásticamente los criterios interpretativos en juego —digamos, de los quince o veinte criterios que uno puede reconocer más o menos fácilmente en el caso argentino, a los tres o cuatro obvios que pueden reconocerse, en instantes y a primera vista, en la jurisprudencia de cualquier tribunal—.

En su artículo, Sagüés identifica al menos los siguientes criterios como propios de la jurisprudencia del principal tribunal argentino: i) interpretación literal, orientada a seguir, en la medida de lo posible, "la letra de la ley" (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 324:1740, 3143, 3345); ii) interpretación "popular", orientada a leer las distintas cláusulas y los distintos términos que aparecen en la Constitución en sintonía con el significado que la ciudadanía le asigna a los mismos (*i.e.*, Corte Sup., "AFIP v. Povoletto", Fallos 324:3345); iii) interpretación "especializada", que piensa en el sentido "técnico", antes que "popular", de los términos (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 320:2319); iv) interpretación "intencional", que procura desentrañar la intención presente en los legisladores constituyentes (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 323:3139); v) interpretación "voluntarista", que busca respetar la "voluntad" del legislador prestando atención especialmente a la voluntad expuesta por el mismo durante los debates constituyentes del caso (Corte Sup., Fallos 324:1481); vi) interpretación "justa", que pretende guiarse ante todo por fundamentales principios de justicia (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 322:1699); vii) interpretación "orgánico-sistemática", que sugiere que en ocasiones es necesario apartarse del sentido pleno u orgánico de la Constitución para hacer prevalecer el sentido que se infiere del juego armónico de los distintos artículos que componen la Constitución (*i.e.*, Corte Sup., "Chadid", Fallos 291:181); viii) interpretación "realista", que toma como criterio interpretativo último ciertos "imperativos" de la realidad (*sic*), tales como la estabilidad o seguridad económicas —como dice Sagüés, en caso de existir diferencias entre "la denominación dada a algo por el autor de la norma, y la realidad, deberá prevalecer esta última"— (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 318:676); ix) interpretación que parte de la existencia de un "legislador perfecto", lo cual implica presumir que el derecho es claro, preciso, coherente, sin lagunas (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 324:2153); x) interpretación "dinámica", orientada a actualizar o "mantener vivo" el texto de la Constitución, adecuándolo a "la realidad viviente" de la época (*i.e.*, Corte Sup., "Chocobar", Fallos 310:3267); xi) interpretación "teleológica", que procura guiarse por los "fines últimos" enunciados por la propia Constitución (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 311:2751); xii) interpretación conforme a la autoridad "externa", que se apoya primariamente en las opiniones de la doctrina o, fundamentalmente, la jurisprudencia extranjeras (*i.e.*, Corte Sup., "Lino de la Torre", Fallos 19:236); xiii) interpretación "constructiva", que afirma que, a la hora de interpretar el derecho, es necesario optar por la lectura que se muestre capaz de mantener a salvo los poderes del Estado, facilitando su eficaz desempeño (*i.e.*, Corte Sup., "Verrocchi", Fallos 322:2598); xiv) interpretación "continuista", que privi-

legia la posibilidad de que la decisión del caso sea compatible con el respeto de los precedentes judiciales (*i.e.*, Corte Sup., "González v. ANSeS", Fallos 323:555); xv) interpretación "objetiva", que afirma que cada norma debe ser interpretada, ante todo, teniendo en cuenta el sentido "objetivo" de la misma, lo que implica afirmar *—a contrario sensu—* que debe rechazarse toda posibilidad de interpretar a la misma conforme a criterios "subjetivos" (Corte Sup., "Volpe", Fallos 316:352).

La clasificación anterior (a través de la cual reconstruyo parcialmente la ofrecida por Sagüés) es problemática porque, entre otras razones, separa criterios que se encuentran básicamente superpuestos, y no distingue entre criterios que son diferentes entre sí. Sin embargo, al mismo tiempo, el esfuerzo realizado por Sagüés es muy importante para tener un panorama de los modos en que la Corte argentina ha ido pensando la Constitución durante las largas décadas de su existencia.

Los problemas que sugiere un panorama como el referido son numerosos. Ante todo, nos muestra que contamos con múltiples criterios interpretativos que los jueces pueden utilizar de modo más o menos indistinto (sin que ello implique, obviamente, el menor riesgo para sus carreras) en un contexto en el que *—y esto es lo que agrava todo el problema—* muchos de tales criterios, contrastados entre sí, llevan a soluciones opuestas. Para tomar sólo algún caso evidente: el recurso a criterios interpretativos "históricos" (pongamos, la voluntad original de los constituyentes, los debates que se dieron entre ellos, sus intenciones) tiende a conducirnos (aunque no lo haga necesariamente) a la obtención de criterios directamente opuestos a los que obtendríamos si recurriéramos a concepciones interpretativas "actualizadas" (por caso, concepciones que pretenden mantener al derecho alineado con el pensamiento social predominante). Ello, simplemente, porque el pensamiento de los "padres fundadores" de la Constitución (redactada en sus bases, pongamos, hace veinte, cincuenta o doscientos años atrás) tiende a ser diferente, sino directamente contrario, al que la sociedad sostiene décadas después, especialmente en cuestiones morales (de hecho, las apelaciones a la necesidad de "actualizar" la Constitución surgieron, inexorablemente, a partir de las disconformidades generadas por la alternativa de "anclar la Constitución en el pasado"). Es decir, la justicia puede llegar a una solución, u a otra exactamente contraria a aquélla, sin recibir el menor reproche por ello, y con sólo optar por sopesar de un modo diferente la o las teorías interpretativas que, en los hechos, decida utilizar en el caso concreto.

El hecho habitual con que nos encontramos, entonces, es el de diferentes jueces que deciden *—en diferentes casos, o aun en el mismo—* de

modo diferente, a resultas de la diferente conjugación de principios interpretativos por la que opten en el caso concreto. La situación que se genera resulta, entonces, enormemente preocupante: el derecho empieza a aparecer como compatible con casi cualquier solución jurídica; los niveles (reales) de inseguridad jurídica aumentan; y comienza a tambalear la misma idea de contar con un Estado de derecho. Ello, sobre todo, porque el derecho pasa a depender cada vez más de *quién decide*, y menos de otros criterios más "objetivos".

Lo dicho, por lo demás (la existencia de criterios interpretativos que nos permiten alcanzar una solución o la contraria, sin que los decidores puedan ser institucionalmente reprochados por ello), abre una posibilidad (demasiado cercana), cual es la de que los decidores definan de antemano cuál es la solución jurídica que prefieren, o que mejor se ajusta con sus pre-juicios o convicciones ideológicas o intereses, y luego "salgan a la búsqueda" de la doctrina interpretativa que les permita decir lo que ya sabían de antemano que querían decir. Esto, a su vez, provee de un enorme incentivo a políticos inescrupulosos, que pueden aprovechar dicha situación (que el derecho dependa tan decisivamente de quién es el que lo interprete) para presionar sobre la justicia a favor de decisiones que les resulten favorables.

Dicho trágico contexto se agrava todavía más cuando se presentan, como en el caso de la Argentina, dos situaciones contextuales muy serias. Por un lado, en casos como el argentino no existe una cultura del precedente que permita acotar los amplísimos márgenes de maniobra con que cuentan los jueces. Por otro lado, países como la Argentina tienen una historia de inestabilidad jurídica tal, que permite encontrar antecedentes para decisiones judiciales de absolutamente cualquier tipo (por ejemplo, decisiones garantistas y anti-garantistas; decisiones ofensivas frente a los derechos humanos y protectivas de los derechos humanos; decisiones hostiles y amigables frente al derecho internacional)<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Alguien podría decir, entonces, que la verdadera fuente del problema se encuentra en lo señalado en el párrafo anterior, es decir, en la dramática ausencia de una cultura del precedente, que se acompaña con la presencia de "antecedentes para todos los gustos". Sin embargo, creo que tal tipo de observaciones son parcialmente erróneas, lo cual se evidencia en el hecho de que problemas como los que señalo aparecen también en países estables jurídicamente, y con cultura del precedente. Como señalara recientemente el ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, Geoffrey Stone, analizarlo la jurisprudencia estadounidense de los últimos años, en dicho contexto ha aparecido un uso manipulativo y arbitrario de los antecedentes. Ello se torna posible por una diversidad de razones. Por un lado, en muchos casos, resulta evidente que los ante-

Finalmente, nadie debería pensar que el problema en cuestión se resuelve forzando a los jueces o a las Cortes a definirse de modo explícito a favor de alguna o algunas teorías interpretativas. Estos casos existen, por supuesto, y en todo caso, tienen el importante efecto de disminuir los grados de incerteza ciudadana que existen, frente al derecho. Jueces como Antonin Scalia o Clarence Thomas —ambos miembros de la Corte Suprema estadounidense— o jueces como Robert Bork, se han declarado explícitamente favorables a interpretar a la Constitución, en todos los casos, conforme a criterios histórico-originalistas, y han defendido tales criterios de modo abierto y sostenido<sup>19</sup>. Sin embargo, cualquiera de los caminos interpretativos por los que podamos optar (pongamos, el histórico/originalista) es compatible, a su vez, con una multiplicidad de decisiones, muchas veces opuestas entre sí, dependiendo del modo en que se construya la teoría interpretativa en cuestión. Para aclarar lo dicho, piénsese en ejemplos como los siguientes. Si uno fuera un juez "historicista-originalista", luego, ¿qué lecturas de la historia debería privilegiar? ¿Debería rastrear la "voluntad" o las "intenciones" de los legisladores originarios? ¿Y qué documentos debería leer? ¿Debería tomar en cuenta el pensamiento socialmente predominante en la época fundacional (como lo hace Scalia), o por el contrario las voluntades de los responsables de la escritura de la Constitución? ¿Debería, en todo caso, tratar de rastrear la voluntad de la o las personas que escribieron el artículo en cuestión? ¿O, en todo caso, la voluntad de la o las personas que idearon dicha cláusula, de las que participaron en la Convención Constituyente (Madison;

---

cedentes existentes, por más que sean claros, deben ser dejados de lado (piénsese en el reciente pasaje desde *Bowers* a *Lawrence*, a partir del cual se dejó explícitamente de lado la jurisprudencia que reconocía la validez constitucional de la criminalización de la homosexualidad). Por otro lado, aun en dichos contextos aparecen antecedentes total o parcialmente contradictorios. Finalmente, ello es así porque aun antecedentes relativamente claros deben ser interpretados. Éste era, en todo caso, el punto que más preocupaba a Stone, dado que los actuales jueces —la Corte estadounidense parecen recortar casi a gusto los antecedentes del caso, y distinguir casos presentes de los pasados a partir de razones demasiado disputables (por ejemplo, "en el caso 2, X robó el automóvil y apuñaló a su dueño, del mismo modo que había ocurrido en el caso 1, pero en 1 dicho robo fue realizado un jueves por la tarde, y en 2, en cambio, el robo fue realizado un viernes por la noche"). El ejemplo que doy, como el que daba Stone, es exagerado, pero sirve en todo caso para hacer visible el problema: los casos se parecen o se diferencian, en todo o en parte, dependiendo del modo en que se los recorte, del nivel de abstracción con que se los lea, etcétera.

<sup>19</sup> BORK, R., *The Tempting of America*, Simon & Schuster, Nueva York, 1990; y SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

Gorostiaga) o aun la de quienes no participaron de ella (Jefferson; Alberdi; Mitre)? Y si identificara a esa o esas personas, ¿qué escritos o pensamientos de ese autor debería tomar en cuenta (por ejemplo, los primeros o los últimos escritos de Alberdi, ideológicamente tan diferentes)? Y si identificara a esas personas y textos, ¿con qué nivel de abstracción debería leerlos? (¿debería considerarse a Madison hablando de una idea de igualdad que no incorporaba la igualdad racial, o debería asumirse una noción más abstracta de la idea de igualdad, que sí incorpora la igualdad racial?). En definitiva, los problemas de interpretación constitucional se han instalado entre nosotros desde el momento en que escribimos una Constitución, y ellos tienen la pretensión bien fundada de quedarse para siempre entre nosotros.

#### V. ¿UNA VÍA DE SALIDA?

Llegados a este punto, creo que es posible intentar una vía de escape frente a la encerrona en la que nos hallamos, mostrando que muchas de las dificultades arriba mencionadas (relacionadas con la llamada objeción democrática o contramayoritaria y con las tremendas dificultades que enfrentamos en materia de interpretación constitucional) pueden comenzar, lentamente, a disolverse. Para ello, según diré, debemos trasladarnos un escalón todavía más arriba, y planteamos algunas cuestiones vinculadas con la teoría democrática. Desde allí, trataría de mostrar luego la posibilidad de encarar de modo más esperanzador nuestras preocupaciones constitucionales.

La pregunta de la cual partiría sería la siguiente: cuando criticamos al control judicial de constitucionalidad por la debilidad de las credenciales democráticas del Poder Judicial, ¿qué concepción particular de la democracia tomamos en cuenta? La pregunta, según entiendo, es muy importante, y fue formulada en su momento, no sorpresivamente, por Ronald Dworkin. Aquí, acompañaré a Dworkin en parte de su argumentación y respuesta, pero sólo en parte.

Según Dworkin, la mayoría de las críticas que se formulan sobre el control judicial resultan, más que infundadas, mal fundadas, dado que ellas se basan en una peculiar e implausible concepción de la democracia, a la que él denomina concepción *estadística o mayoritaria* de la democracia<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> DWORKIN, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996; y DWORKIN, R., "The Arduous Virtue of

y yo denominaría concepción *populista* de la democracia. La concepción estadística parte de la idea según la cual "todas las cuestiones de principio (deben ser) decididas por el voto mayoritario: La democracia, en otros términos, consiste en la adopción de la regla mayoritaria para todos los casos". Según Dworkin, si esto es lo que significa democracia, entonces, "un esquema de revisión judicial que le da a los jueces el poder de dejar de lado juicios de moralidad política que una mayoría ha aprobado resulta anti-democrático"<sup>21</sup>. Su conclusión es, entonces, que la crítica más habitual que se realiza contra el control judicial se funda en verdad en un entendimiento demasiado poco atractivo sobre el significado de la democracia. Parece claro que si nuestra *definición* de democracia reclama la primacía de la regla mayoritaria *en todos los casos* —si cada vez que se recurre a una toma de decisiones que no esté guiada por el principio mayoritario consideramos que hay una violación a la democracia—, entonces la justificación del control judicial de constitucionalidad se encuentra irremediabilmente perdida. Sin embargo, se pregunta Dworkin, ¿no resulta insensata tal concepción de la democracia? ¿Puede ser que consideremos como un "insulto" a la democracia cualquier esquema de procedimientos que no responda indefectiblemente a la regla democrática? ¿No estaríamos poniendo en práctica, de ese modo, una concepción demasiado simplista de la democracia, según la cual la única regla válida sería la regla mayoritaria?<sup>22</sup>.

Aunque no es cierto que todas las críticas a la legitimidad democrática de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad se basen

---

Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", *Fordham Law Review*, vol. 65 (1997), ps. 1249 a 1268.

<sup>21</sup> DWORKIN, R., "The Arduous Virtue...", cit., p. 1263.

<sup>22</sup> Dworkin contrasta esta visión con la suya, a la que denomina una concepción constitucional de la democracia. Conforme a la misma, democracia significaría "el autogobierno por todos actuando colectivamente, como miembros de un emprendimiento cooperativo, en el que participan en pie de igualdad" (DWORKIN, R., "The Arduous Virtue...", cit., ps. 1263 y 1264). Esta concepción no identificaría, entonces, a la democracia con la regla de la mayoría. Aquí, democracia requiere tanto respetar a la mayoría como respetar a la minoría. Según Dworkin, si se parte de una definición tal de la democracia, luego no puede verse al control judicial como una institución democráticamente anómala. Ahora no puede decirse que el control judicial es anti-democrático porque no honra el principio mayoritario. Conforme con la concepción constitucional de la democracia, más bien, el control judicial puede desafiar a la regla mayoritaria pero al mismo tiempo estar justificado, en la medida en que consiga mejor que métodos alternativos asegurarle a cada uno la igual voz, el igual estatus, y el respeto a sus elecciones privadas.

en una concepción tan simplista de la democracia, si es cierto que muchas de tales críticas están fundadas en visiones de ese tipo —visiones, digamos, poco sofisticadas de la democracia, que fundamentalmente identifican a la democracia con la regla mayoritaria—.

Quisiera dejar de lado por un tiempo a Dworkin, para señalar un punto paralelo al anterior —más bien, la contracara del punto anterior—. Lo que me interesa decir, ahora, es que observaciones como las presentadas hasta aquí (sobre la teoría democrática desde la que se *critica* el control judicial) nos invitan a pensar en cuál es la concepción de la democracia desde la cual se *defiende* habitualmente al control de constitucionalidad —concepción que no suele hacerse explícita, pero que no por ello deja de estar presente en el razonamiento de muchos—. Según creo, las defensas más habituales del control judicial *también* encuentran su apoyo último en una concepción de la democracia inactiva. Llamaría a dicha concepción una concepción *elitista* de la democracia. Esta postura tiene una extensísima historia dentro de la historia de la filosofía política, y puede remontarse al elitismo británico, y a autores como Edmund Burke, que distinguían entre el “juicio” y la “mera voluntad de la ciudadanía”; entre las “preferencias” u “opiniones” de la ciudadanía y los “intereses” de la misma<sup>23</sup>. Esta línea de pensamiento ha seguido permeando las discusiones políticas contemporáneas. Son muchos quienes, como Burke, siguen partiendo de una postura que se basa en una profunda *desconfianza* frente a las capacidades políticas de la ciudadanía (una desconfianza que contrasta con la profunda *confianza* que parecía propia de la revisada postura de los populistas). El mismo Madison, en los Estados Unidos, pareció sostener una postura anclada en ese sentimiento de desconfianza, ya en su misma (y tan famosa) reflexión sobre las facciones<sup>24</sup>; ya sea en su explícita consideración conforme a la cual en las “asambleas públicas” “no había ocasión” en que el apasionamiento mayoritario no terminara por arrebatarle su cetro a la razón (*El Federalista*, nro. 55).

Este tipo de posturas se fundan, entonces, en una clara desconfianza hacia la regla mayoritaria como medio apropiado para la toma de decisiones imparciales, que contrasta con una fuerte confianza en las capaci-

<sup>23</sup> ROSS, J. - HOFFMAN, S. - LEWICK, P., (eds.), *Burke's Politics. Selected Writings and Speeches on Reform, Revolution, and War*, Alfred Knopf, Nueva York, 1949.

<sup>24</sup> Posición que presentara en *El Federalista*, nro. 10, en donde dejó en claro que “el pueblo mismo”, en su opinión, solía equivocarse en el reconocimiento y defensa de sus propios intereses, a diferencia de lo que ocurría con los funcionarios de gobierno, situados en una posición de aislamiento respecto de los reclamos apasionados de las mayorías.

dades de las élites de gobierno –y, particularmente, confianza en aquellas élites compuestas por funcionarios bien entrenados y aislados de las mayorías, como los funcionarios judiciales– para decidir de modo justo. En mi opinión, resulta muy obvio que son este tipo de presupuestos –que considero elitistas– los que apoyan, finalmente, muchas de las posiciones hoy vigentes destinadas a sostener al control judicial de constitucionalidad.

Ambas concepciones de la democracia, sin embargo, resultan poco atractivas: ambas se muestran como posturas simplistas; ambas aparecen, finalmente, como defectuosas. En este sentido, podría decirse, ni la crítica ni la defensa que se hace actualmente del control judicial resultan, finalmente, bien apoyadas en la teoría democrática.

## VI. UNA MIRADA DIALÓGICA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En esta sección, me propongo examinar una concepción de la democracia distinta de las revisadas en los párrafos anteriores que, sospecho, puede resultar útil tanto para justificar cierto ejercicio del control judicial (y explicar también algunas de las más interesantes decisiones recientes tomadas por tribunales superiores como los de la Argentina y Colombia), como para ayudarnos a pensar de un mejor modo la difícil cuestión de la interpretación constitucional.

En primer lugar, quisiera exponer cuál es la concepción de la democracia en la que estoy pensando. La teoría democrática en cuestión tiene que ver con la llamada postura de la *deliberación democrática*. Según esta postura<sup>25</sup>, el sistema democrático se justifica sólo y en la medida en que contribuye a que tomemos decisiones imparciales, para lo cual –se presume aquí– resulta imprescindible apoyarse en un proceso igualitario de discusión colectiva. Dicho esto, voy a presentar entonces cuál es el *ideal regulativo* desde el que aquí se parte, con la pretensión de que el mismo nos sirva para *evaluar críticamente* arreglos institucionales como los actualmente existentes. El ideal regulativo en cuestión consiste en una situación en donde todos los potencialmente afectados por una cierta decisión participan de una discusión sobre los contenidos que va a tener la misma, y lo hacen desde una posición de relativa igualdad. Los elemen-

<sup>25</sup> HABERMAS, J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1996, y NISO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

tos de este ideal son tres, y conviene distinguirlos: uno es el de la *inclusión*, ya que se aspira a que el proceso de toma de decisiones no deje a nadie de los potencialmente afectados fuera del mismo; el segundo es el de la *deliberación*, ya que se asume que la discusión es un medio imprescindible para que los distintos participantes se escuchen y corrijan mutuamente; y el tercero es el de la *igualdad*, ya que se entiende que, en presencia de fuertes desigualdades sociales, todo el proceso de discusión colectiva pierde sentido (en dicho caso, previsiblemente, algunos no estarán en condiciones anímicas, psicológicas, o inclusive físicas de participar en ese debate).

La idea de la democracia en cuestión presume, a diferencia de las visiones *elitistas* arriba expuestas, que todos estamos en condiciones de intervenir en ese proceso de toma de decisiones colectivo (predomina aquí un supuesto de "confianza", que contrasta con la "desconfianza" hacia la regla mayoritaria presente en aquellas visiones). Por otro lado, esta idea de democracia presume, a diferencia de las concepciones *populistas* arriba expuestas, que la regla mayoritaria es un recurso necesario pero insuficiente para la adopción de decisiones imparciales. En otros términos, sin una amplia garantía de libertad de expresión, sin libertad de asociación (especialmente libertad de asociación política), y sobre todo sin un proceso de debate entre iguales, la regla mayoritaria pierde su sentido. Como sabemos en Latinoamérica, el dictador Augusto Pinochet o el gobernante autoritario Alberto Fujimori pudieron apelar a procesos mayoritarios tales como los *referendums* o los plebiscitos con plena confianza: ellos sabían muy bien que, sin garantías como las referidas, la apelación a la voluntad mayoritaria puede resultar muy conveniente para quien está en el poder, que queda así en condiciones de manipular más o menos a su gusto el proceso de toma de decisiones.

Ahora bien, una vez que satisfacemos las citadas exigencias propias de un proceso de toma de decisiones (inclusión, debate colectivo, igualdad), luego, podemos plantearnos de un mejor modo la pregunta sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Ahora, no tiene sentido decir —como uno diría si partiese de una concepción populista— que toda intervención judicial es necesariamente ofensiva para el ideal democrático. Del mismo modo, ahora no tiene sentido decir —como uno podría decir si partiese de una concepción elitista— que el control judicial de ningún modo resulta ofensivo para nuestros ideales democráticos.

¿Qué es lo que puede decirse, entonces, sobre el control judicial, si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia? Según entiendo, ahora puede decirse que el control judicial puede ser compatible

con el ideal de la democracia en la medida en que, y sólo si, se ejerza de cierto modo. ¿De qué modo? De uno que, a la vez de ser respetuoso del predominio de la autoridad democrática, sirva al debate colectivo, y contribuya a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgarle sentido a la deliberación colectiva. Esto requiere, por ejemplo, que el Poder Judicial deje de hacer lo que habitualmente hace, es decir, simplemente reemplazar la voluntad del legislador por la propia, cada vez que considera (a partir de la teoría interpretativa que escoja privilegiar) que la actuación del legislador es impropia. Esto requiere que el Poder Judicial reconozca cuál es el lugar y el papel que le corresponde en el proceso de toma de decisiones, como motor y garante de la discusión colectiva. Esto requiere que el Poder Judicial se ponga al servicio de la discusión pública, y que se abra a ella, en lugar reemplazarla (y así, finalmente, desalentarla).

Ser motor y garante de la discusión pública requiere de los jueces la asunción de un papel más modesto<sup>26</sup> –acorde con sus capacidades y su legitimidad–, pero al mismo tiempo un papel crucial dentro del proceso de toma de decisiones democrático: ellos deben ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; deben forzar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones; deben poner sobre la mesa pública argumentos o voces ausentes del debate; deben impedir que quienes están en control del poder institucional prevenzan a quienes están afuera del mismo a que participen de él y lleguen a reemplazarlos; deben impedir que desde los órganos decidores se tomen decisiones no fundadas en argumentos –que sean la pura expresión de intereses de grupos de poder<sup>27</sup>–. Actuando así, los jueces promueven un objetivo importante: el diálogo democrático. Y dicho fin, además, puede y debe lograrse por medios también dialógicos, es decir, ofreciendo argumentos, creando foros de debate, organizando comisiones para la discusión de temas públicos, etcétera.

Notablemente, y actuando del modo sugerido, los jueces comienzan a disolver algunos de los gravísimos problemas que aparecen cuando pensamos en la interpretación constitucional. Ellos no estarán ni optando por la pasividad y el silencio (como si fueran ajenos al conflicto constitucional en juego), ni optando por el activismo y la imposición de sus propios

<sup>26</sup> SUNSTEIN, C., *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999; y SUNSTEIN, C. (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

<sup>27</sup> SUNSTEIN, C., "Interest Groups in American Public Law", *28 Stanford Law Review*, 29 (1985), p. 511.

criterios a las mayorías democráticas (como si fueran legisladores). Lo que estarán haciendo, en cambio, es ayudar a esas mayorías democráticas a pensar y a decidir. En sociedades plurales, marcadas por el "hecho del desacuerdo", ellos estarán contribuyendo del mejor modo posible a aclarar, pulir y acercar posiciones, favoreciendo la convivencia deseada. De este modo, también, ellos estarán bloqueando la posibilidad de que el proceso de toma de decisiones se convierta en una mera fachada al servicio de particulares grupos de interés, e impidiendo que el Congreso se convierta en la pesadilla del mero acuerdo entre poderosos que supo describir, trágicamente, Carl Schmitt.

## VII. LO HECHO Y LO QUE PODRÍA HACERSE

Aunque, a primera vista, el modelo dialógico puede resultar curioso o ajeno al mundo jurídico ("un mero entretenimiento para filósofos"), lo cierto es que el mismo es asumido, explícita o implícitamente, por algunas de las Cortes más interesantes y reputadas de nuestra época. Pienso, por ejemplo, en las Cortes de la India, Sudáfrica, Hungría o (la Corte Constitucional de) Colombia. En uno de los análisis más interesantes de la jurisprudencia de las Cortes de Sudáfrica e India —y haciendo foco en casos como "People's Union for Democratic Rights"<sup>28</sup>, Scottt y Macklem (1992, 122) sostuvieron que Cortes como la de India "enfatan un diálogo cooperativo entre la rama judicial y los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que se opone a la visión estándar de la separación de los poderes", a través de una serie de mecanismos dialógicos, tales como la fijación de directivas al Ejecutivo, o la adopción de pautas flexibles, orientadas a facilitar un diálogo entre las ramas política y judicial.

En Colombia, la Corte Constitucional ha propuesto, de modo pionero, la creación de diversos mecanismos destinados a promover el diálogo entre poderes —mecanismos tales como las mesas de diálogo, en donde se reúnen representantes de las distintas ramas del gobierno, más empresas o grupos de particulares participes del conflicto en juego—. En casos de enorme relevancia institucional, dicha Corte ha establecido pautas y plazos, antes que impuesto soluciones concretas, con el objeto de favorecer que el propio poder político resuelva, a su criterio, tales graves conflictos. Excelentes ejemplos al respecto se encuentran en la sentencia ST-153

<sup>28</sup> 1 SCR at 491-2 [1983].

de 1998, en donde la Corte determinó que el gobierno gozaba de un período de cuatro años para remediar la situación de abusos sistemáticos cometidos por personal carcelario; o la sentencia ST-025 de 2004, donde, advirtiendo sobre el carácter insalvable de la política vigente en materia de *desplazamiento forzado*, la Corte, antes que imponerle a las autoridades electas la adopción de una política específica, emplazó a tales autoridades a resolver la situación del caso de otro modo, compatible con la Constitución.

Notablemente, en casos de tonalidad muy similar a los resueltos por la Corte Constitucional colombiana, la Corte argentina ha optado también por la adopción de criterios y métodos dialógicos. Como ejemplos al respecto pueden mencionarse la decisión del caso "Verbitsky s/hábeas corpus"<sup>29</sup>, en donde el tribunal se expidió sobre la situación que aflige a miles de personas detenidas en las comisarías de la provincia de Buenos Aires; o la decisión adoptada en "Mendoza, Beatriz Silvia y otros v. Estado nacional y otros s/daños y perjuicios"<sup>30</sup>, un caso vinculado con los graves daños medio-ambientales que se producen en la cuenca del río Matanza-Riachuelo, a partir de los líquidos industriales que se arrojan sobre dichas aguas.

Tanto en "Verbitsky" como en "Mendoza" –casos que pueden clasificarse como propios de lo que hoy se llama "litigio de reforma estructural"<sup>31</sup>–, la Corte propuso esquemas de resolución novedosos. En "Verbitsky", y ante todo, el máximo tribunal argentino ordenó a la justicia provincial que hiciera cesar en el término de sesenta días las deten-

<sup>29</sup> Fallos 328:1146, del 3/3/2005.

<sup>30</sup> Fallos 329:2316, del 20/6/2006.

<sup>31</sup> Este tipo de litigio destaca, primero, por el carácter constitucional de los valores públicos que se discuten en ellos: la validez legal del orden carcelario, en un caso; los derechos a un medio ambiente sano, en el otro. Por otra parte, dicho litigio se caracteriza tanto por la diversidad de actores e intereses a los que afecta, como por el hecho de requerir un diálogo entre el Poder Judicial y las burocracias estatales. Por ejemplo, el caso "Verbitsky" implicó un cuestionamiento sobre la situación de unos seis mil detenidos en las comisarías y su resolución significó afectar a la administración penitenciaria provincial, junto con la justicia y la Legislatura provinciales. El caso que se discutió en "Mendoza", mientras tanto, estuvo referido a un problema que afectaba, al menos, a tres millones de personas (de un modo u otro golpeadas por los efectos de la contaminación de la cuenca). Al mismo tiempo, la demanda que se presentó en dicho caso involucró a una multiplicidad de actores: el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y cuarenta y cuatro empresas que habían contribuido, a través de sus irresponsables acciones y omisiones, a la contaminación del río mencionado.

ciones en comisarias que afectaban a menores de edad y enfermos, así como también aquellas situaciones que implicasen tratos inhumanos o degradantes. Al mismo tiempo, la justicia exigió al Poder Ejecutivo provincial que informase sobre la situación existente en las cárceles, y dispuso la creación de una mesa de diálogo plural, destinada a pensar soluciones de más largo alcance. En "Mendoza", mientras tanto, el tribunal exigió a las empresas contaminantes que informaran sobre los líquidos arrojados al río; ordenó al Estado nacional la presentación de un plan que incluyera "un ordenamiento ambiental del territorio", y previó también controles sobre las actividades contaminantes (actividades cuyos resultados serían evaluados por una audiencia pública a realizarse en tres meses)<sup>32</sup>.

Dicho lo anterior, corresponde resaltar la enorme potencia que tiene la adopción de soluciones de tipo dialógico, como las aquí revisadas. Y es que, al abrazar esta nueva forma de pensar la democracia y, desde allí, este nuevo modo de concebir la función judicial, aparece un enorme espacio inexplorado para re-pensar la política institucional y la relación entre los poderes. Parte de esa inexplorada potencia del esquema dialógico puede advertirse mejor si uno lee consideraciones como las siguientes, presentadas recientemente por la Corte Constitucional de Colombia. En SC-760 de 2001 (miembros ponentes: Manuel José Cepeda, Marco Gerardo Monroy), la Corte colombiana sostuvo que el debate parlamentario previo a la aprobación de una ley era tan importante que "*faltando el debate, la votación subsiguiente debe considerarse igualmente inválida, pues [...] aun cuando el debate y la aprobación son etapas identificables del proceso parlamentario, la votación de un texto por parte del Congreso no es más que la decisión que adopta una mayoría, como conclusión del debate en el cual han participado tanto mayorías como minorías [...]. La votación no puede concebirse independientemente del debate y de la dis-*

<sup>32</sup> Casos como los citados, tanto en Colombia como en la Argentina, no pueden ser resueltos como la mayoría de los que llegan a manos del Poder Judicial. Comúnmente, la resolución de una disputa requiere, por parte de los jueces —"meramente"—, una intervención que se agota luego de anunciada una solución (por ejemplo: "El inquilino X debe pagar los cuatro meses que adeuda"; "El ciudadano Y ha sido hallado culpable de homicidio, y queda condenado a ocho años de cárcel"). En los casos que examinamos ahora (propios del "litigio de reforma estructural"), se tornan necesarias respuestas muy diferentes: ellas exigen reformas de una dimensión mayor; requieren tiempo y planificación para la fijación de un remedio apropiado; y se implementan normalmente de modo gradual. Es decir, aquí la labor del juez no se agota en el momento en que pronuncia su sentencia. De allí lo interesante de las soluciones encontradas por la justicia en casos como los citados.

cusión parlamentaria". Del mismo modo, en SC-1147 de 2003 (miembro ponente: Rodrigo Escobar), la Corte sostuvo que "debate y votación constituyen parte esencial del trámite legislativo fijado por el ordenamiento jurídico y, por tanto... son instancias determinantes que deben observarse y cumplirse a cabalidad *para que pueda entenderse válido el proceso de aprobación de leyes*" (citados en García Jaramillo, 2007, *énfasis añadido*)<sup>33</sup>.

Finalmente, lo que ocurre es que, si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia, luego, no puede considerar que el mero hecho de que muchas manos se levanten al unísono sea sinónimo de decisión democrática. Tal requisito no basta para darle legitimidad constitucional a una ley: en democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar. Por ello, puede decirse que hay un problema cuando los diputados votan sin saber el contenido de lo que votan; que hay un problema serio si un representante cambia de opinión (como obviamente puede hacerlo) sin decirle a la ciudadanía, con una mano en el corazón, por qué lo hizo; que es contrario a derecho "abrir un debate" cuando ya se tiene firmado el proyecto que se quiere aprobar; que comenzar una deliberación diciendo que no se va a "cambiar ni una coma" del proyecto que se presenta constituye un modo poco auspicioso —y, agregaría, jurídicamente inválido— de comenzar esa deliberación; que discutir implica estar abierto a aprender de aquel con quien discutimos; que una democracia constitucional no debe tolerar nunca el abuso de la fuerza, así se trate, por supuesto, de la fuerza abrumadora, estrepitosa, aplastante de los números.

<sup>33</sup> Argumentaciones de este tipo aparecieron, por caso, cuando la Corte colombiana invalidó el famoso estatuto antiterrorista impulsado recientemente por el presidente Álvaro Uribe. El "estatuto" fue inicialmente aprobado por el Congreso, luego de un procedimiento poco transparente. Entre las cuestiones que la Corte tuvo la oportunidad de examinar, se destacó el hecho de que una minoría de representantes —una minoría que había manifestado, en principio, su decisión de votar en contra del proyecto del Ejecutivo— había cambiado de opinión, extrañamente, para terminar respaldando los deseos del presidente. Gracias a este súbito, inexplicable y aparentemente injustificado cambio en la postura de algunos congresistas, el gobierno había conseguido los votos que necesitaba para convertir su iniciativa en ley. Sin embargo, en una decisión extraordinaria, impensable hoy en una mayoría de países, la Corte colombiana sostuvo que si bien no objetaba "que un congresista modifique su posición" frente a un cierto tema, ella consideraba cuestionable "que el cambio de voto hubiera ocurrido sin que mediara ningún debate público del asunto". Dicho cambio, sostuvo la Corte, no había sido el resultado de "una deliberación de las Cámaras", con lo cual se había desconocido "el principio de publicidad y la necesidad de que las decisiones de las Cámaras sean fruto de un debate".

## CAPÍTULO IX

### UNA CORTE ¿SUPREMA?

Por LAURA SALDIVIA<sup>1</sup>

"Los jueces son gente de violencia. Dado que ordenan la violencia, lo que caracteriza a los jueces no es crear derecho, sino destruirlo. El cargo que ocupan es jurispático: ante el exuberante florecimiento de un centenar de tradiciones legales, su tarea es la de afirmar que sólo una es derecho y destruir o tratar de destruir el resto.

"Pero los jueces también son gente de paz: ante sectas en guerra, embanderadas en su propia ley, aseguran la función regulativa que permite una vida de derecho antes que la violencia. El grado de violencia que pueden ordenar (pero generalmente no ordenan) constituye la medida del grado de paz y ley que establecen".

Robert Cover<sup>2</sup>.

#### I. INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial argentino todavía no se ha involucrado en una discusión seria y omnicomprensiva acerca de cuál es el rol que le corres-

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y Maestría de Derecho, Universidad de Palermo. Candidata doctoral (JSD), Yale Law School. Agradezco mucho los comentarios de Paola Bergallo y Natalia Volosin. En especial agradezco a Alberio Gentili su entusiasmo motivador y sus excelentes y exhaustivos comentarios. Mi agradecimiento también a María Belem Recalt por la traducción del inglés de la primera versión de este trabajo.

<sup>2</sup> COVER, R., "Nomos y narración", en *Derecho, narración y violencia*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 88.

ponde interpretar en la consolidación y perpetuación de la democracia, de un Estado de derecho y de una sociedad justa en un país con una historia de constante disrupción institucional y con instituciones que aún hoy presentan serios déficit<sup>3</sup>. En virtud de la persistencia de una dogmática jurídica propia de la tradición continental que ha influenciado profundamente el sistema judicial y la educación legal de los jueces y sus empleados, los jueces todavía se perciben a sí mismos como técnicos que deben solucionar problemas en casos concretos e individuales siguiendo las prescripciones y soluciones contenidas con claridad, sin lagunas ni ambigüedades, en los manuales de instrucción, sean éstos los Códigos o la Constitución<sup>4</sup>. En general, los jueces no examinan ni discuten de qué manera su función de decisores de disputas individuales impactan –o pueden llegar a impactar– en la configuración de los valores y principios de la sociedad argentina; tampoco discurren respecto de qué rol deberían asumir en la conformación de dicha comunidad.

A pesar de que desde el retorno de la democracia ha habido momentos, instantes magníficos y aislados, donde los jueces de la Corte Suprema parecían estar delineando su rol teniendo en cuenta este escenario más amplio<sup>5</sup>, la constante y abrupta renovación de la composición del máximo tribunal hizo de esos momentos promisorios tan sólo eso, momentos promisorios. En sus decisiones no se encuentra ningún discurso a largo plazo consistente sobre los principios e ideas que deben gobernar su pro-

<sup>3</sup> A guisa de ejemplo basta mencionar: falta de independencia judicial, anomia, hiperpresidencialismo y corporativismo. Véase Nino, C., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Barcelona, 2005, con prólogo de Roberto Gargarella.

<sup>4</sup> Para una crítica pormenorizada a la dogmática jurídica véase Nino, C., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Autónoma de México, México, 1974. Por su parte, Alberto Bovino y Christian Curtis buscan “reconstruir de algún modo el estatuto teórico de la dogmática sin necesidad de hacerla depender de mitos y ficciones endebles”, en “Por una dogmática conscientemente política”, disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,243,0,0,1,0> (última visita: 1/6/2007).

<sup>5</sup> Un ejemplo de ello son algunos casos dictaminados por la Corte Suprema durante los primeros años de democracia donde el art. 19 fue considerado el ápice del sistema de las libertades personales consagradas por la Constitución Nacional. Entre otros casos, son ilustrativos: “Ponzetti de Balbín”, Fallos 308:1892 (1986) (sobre la protección de la privacidad y los límites a la libertad de expresión); “Sejean”, Fallos 308:2268 (1986) (sobre la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular); “Portillo”, Fallos 312:496 (1989) (concerniente a la aceptación de la objeción de conciencia contra la obligación de servir en el servicio militar), y el caso “Bazterrica” que se comenta en este trabajo. Véase PETRACCIS, E., “Control judicial en Argentina”, LL 1987-E-709.

pia concepción institucional e informar sus decisiones en el marco de una democracia constitucional.

Este retrato resulta aún más desalentador frente al hecho de que en la Argentina en los distintos ámbitos institucionales (facultades de derecho, Poder Judicial, Poder Legislativo) raramente se ha discutido concienzudamente acerca de la pertinencia, el alcance y las consecuencias del control judicial de constitucionalidad<sup>6</sup>. En particular, los magistrados no han discutido abierta y sinceramente acerca del método y alcance de la interpretación que utilizan con el objeto de asignarle significado a la Constitución. A comienzos de la vida constitucional argentina, la Corte Suprema incorporó la institución del control de constitucionalidad sin una mayor discusión sobre los méritos, formas y matices del mismo. Ni siquiera analizó el impacto que esta institución podría tener en un país que paso a paso iba adoptando y afianzándose en la tradición continental<sup>7</sup>. El Dr. Enrique

<sup>6</sup> Una excepción a esto son los trabajos de NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 77 a 106 y 657 a 706, y de GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>7</sup> Sobre su impacto negativo alertó en su momento Alberdi: "¿Por qué no se ha dado un Código Civil federal los Estados Unidos? Porque la idea de un Código, esencialmente unitaria y centralista, es incompatible con la idea de un país compuesto por muchos Estados soberanos o semisoberanos. ¡Y los que reformaron la Constitución argentina de 1853, dando por razón que no se parecía bastante a la de Estados Unidos, son los que hoy pretenden dar un Código Civil para toda la Confederación Argentina!", ALBERDI, J. B., *El Proyecto de Código Civil para la República Argentina*, Jouby y Roger, París, 1868, p. 80. Los arts. 75, inc. 12, y 116 de la Constitución Nacional se apartaron de las ideas de Alberdi sobre la descentralización del Estado que eran similares a las ideas contenidas en la Constitución norteamericana. A través de dichos artículos se materializó el ideal de concentración de poder del Estado centralizado, jerárquico y autoritario de la Europa moderna en el diseño institucional argentino. La primera provisión establece, "[c]orresponde al Congreso [...] dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, de Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones". La segunda establece que "[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de las todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12, art. 75 [...]". A estas dos provisiones constitucionales se debe añadir la sanción de las leyes 27 y 48 dictadas en 1862, las cuales crean el sistema judicial federal y regulan el control de constitucionalidad, y el Código Civil de Vélez Sarfield sancionado en 1868, que en forma conjunta contribuyeron a crear un Estado centralizado. Véase BOENAS, M., "Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", trabajo presentado en el SIELA 2007 (y el cual forma parte del presente vo-

Petracchi, actual juez de la Corte Suprema, en los primeros años de transición hacia la democracia remarcó que “[p]ese a la claridad de las intenciones de los constituyentes y de los principios básicos tan prontamente sentados el desarrollo del control constitucional federal en la Argentina no ha sido vigoroso. Nunca se ha producido en la Argentina un debate sobre el gobierno de los jueces, pues la Corte Suprema, hasta hace muy poco, no asumió un rol institucional de suficiente importancia”<sup>8</sup>. Sin lugar a dudas, no sólo las constantes interrupciones constitucionales que sufrió la Argentina, sino también las continuas modificaciones políticas de la composición de la Corte, sumadas a la fuerte influencia en el sistema jurídico argentino del formalismo característico de la tradición jurídica continental han contribuido a demorar esta discusión y a otorgarle a las palabras de Petracchi una palpable vigencia.

A través del análisis de un caso paradigmático, en este trabajo discuto en términos generales, por un lado, distintas cuestiones que conciernen a la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial y, por el otro, examino el rol que tienen y/o deberían tener los jueces en la democracia constitucional argentina. Para ello, indago específicamente en los siguientes interrogantes: ¿Ha considerado la Corte Suprema las especiales circunstancias histórico-políticas de continuas disrupciones institucionales que han incidido en el pasado y presente argentino a los efectos de integrar y configurar el significado de la Constitución? ¿De qué manera? ¿Qué relevancia tiene para los jueces supremos la institución del precedente en la re/construcción de la legitimidad y autoridad de su accionar? ¿De qué manera la Corte Suprema ha definido y debiera definir su propio papel como intérprete de la Constitución *vis à vis* el mismo rol que cumplen los poderes políticos del Estado? ¿Qué quiere decir que la Corte tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución? ¿Qué significa que la Corte es suprema? ¿La interpretación constitucional de la Corte debería ser última, única, prioritaria, o una más entre otras interpretaciones? Finalmente, ¿qué camino debería seguir el máximo tribunal a los efectos de afianzarse como un actor constitucional y democrático cuyas decisiones estén revestidas de la autoridad y el respeto necesarios como para guiar la conducta de los habitantes del país?

No es tarea fácil observar de qué manera, desde el retorno a la democracia, la Corte Suprema ha ido definiendo su rol en el marco de la

lumen). Aquí el autor describe la gradual introducción en el sistema jurídico argentino de la tradición continental en los primeros años de la vida constitucional argentina.

<sup>8</sup> PETRACCHI, E. “Control...”, cit.

consolidación de esta novel democracia. En este contexto de re/construcción democrática-constitucional es de importancia superlativa conocer la interpretación que la máxima autoridad del Poder Judicial realiza de las cláusulas y los arreglos constitucionales, interpretación que indudablemente tiene un papel importante en la determinación de la estructura social, política y económica del país. En algunas decisiones, el juez supremo Petracchi ha intentado intermitentemente llevar a cabo esta tarea. En sus fallos puede encontrarse una suerte de guía en cuanto al rol que la Corte Suprema debe desempeñar en la floreciente democracia constitucional argentina.

Así, este trabajo tomará como eje de estudio la línea de razonamiento retratada por el juez Petracchi en gran medida, pero no exclusivamente, en las causas paradigmáticas "Bazterrica" y "Montalvo", donde se examinó la constitucionalidad de la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Son varias las razones que justifican la selección de estos casos y, en particular, la opinión de Petracchi. En primer lugar, las interacciones que en dichos casos se dan entre "las Cortes" que deciden estos casos, entre las "Cortes" y el Congreso y entre "las Cortes" y el Poder Ejecutivo presentan cierto nivel de baja conflictividad política que está ausente en otros casos<sup>9</sup>. En segundo lugar, Petracchi toma en consideración el peculiar momento político e histórico en el que se encuentran insertos los casos mencionados, señalando con ello que la actividad de los jueces no debe realizarse al margen del contexto histórico-político que integran las contiendas constitucionales que están obligados a resolver. Además, sus argumentaciones no sólo localizan los casos dentro del excepcional contexto político e histórico que representaba la transición a la democracia, sino que también consideran al principio de autonomía como un pilar fundamental sobre el que debe asentarse la re/construcción de una democracia respetuosa de los derechos humanos. Finalmente, la permanencia de este juez en el cargo desde los inicios del

<sup>9</sup> Tal es el caso de las interacciones entre los distintos fallos judiciales y decisiones legislativas contrarias entre sí adoptados en un muy corto tiempo que se presentan, por ejemplo, en los casos sobre el "corralito" ("Bustos, Alberto", Fallos 327:4495, 2004 y "Maza, Juan", M.2771.XLI, 2006) y la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final ("Simón, Julio", Fallos 328:2056, 2005). Estos casos también permitirían hacer el estudio de las interacciones entre los distintos poderes del Estado y la ciudadanía aquí propuesto, sólo que habría que agregarle la variable de tensión institucional, expresada, entre otros hechos, en los juicios políticos que se iniciaron —o la amenaza de los mismos— contra miembros de la Corte que formaron parte de la mayoría automática menemista, hecho que complejizaría aún más el análisis sugerido en este trabajo.

retorno democrático hasta la actualidad permite ir en busca de cierta continuidad y consistencia argumentativa en algún miembro de la Corte, tribunal que ha visto erosionada la continuidad de su actividad a través de los cambios que ha experimentado su composición.

Cabe aclarar que el objetivo principal de este trabajo consiste en examinar el aspecto procesal-institucional que ofrecen los casos "Bazterrica" y "Montalvo" respecto de las diversas dinámicas interinstitucionales e intrainstitucionales presentes en ellos. Consecuentemente, la discusión sustantiva acerca del alcance que se le debe conferir a las acciones privadas de las personas ocupa un lugar limitado a la mera enunciación de las distintas opiniones vertidas en los casos bajo análisis.

A pesar de que la democracia en la Argentina pareciera ya haber superado la dinámica y el contexto de transición de los primeros años, encontrándose por ello de algún modo afianzada y consolidada<sup>10</sup>, la Corte Suprema no ha acompañado dicho desarrollo y aún, luego de más de veinte años del retorno a la democracia, está atravesando una fase de transición. En los últimos dos años, los actuales miembros de la Corte han adoptado

<sup>10</sup> Przeworski define la consolidación democrática como aquel estado de cosas en el que nadie puede imaginarse actuando fuera de las instituciones democráticas para acceder al poder político, es decir, cuando la democracia se ha transformado en *the only game in town*. PRZEWORSKI, A., *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, Nueva York, 1991, p. 26. Por su parte, Diamandouros, Gunther y Puhle sostienen que la consolidación de la democracia no puede alcanzarse en el mundo real, razón por la cual estos autores prefieren referirse a los sistemas políticos que están cerca de una completa consolidación como "suficientemente consolidados", es decir, cuando han adquirido un importante apoyo actitudinal y la complacencia de los ciudadanos en relación con las nuevas instituciones democráticas y las normas que establecen, permitiendo de este modo anticipar la persistencia y estabilidad democrática incluso frente a desafíos significativos; GUNTHER, R. - DIAMANDOUROS, N. - PUHLE, H., *The Politics of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1995, p. 3. El diagnóstico sobre el grado de consolidación de la democracia argentina excede el objetivo de este trabajo. No obstante, intuitivamente creo que un indicativo de que el sistema democrático argentino se encuentra "suficientemente consolidado" y que es *the only game in town*, al menos en términos de su vigencia formal, es el hecho de que frente a una de las peores crisis económicas, políticas y sociales en la historia argentina, como fue la que tuvo lugar en el mes de diciembre de 2001, no fueron los militares, ni un civil colocado por los militares, quienes se hicieron cargo de la situación, como sucedió en el pasado en tantas otras ocasiones, sino un gobierno provisional elegido por el Congreso. Desde ya que esto nada dice del aspecto sustantivo/normativo de dicha consolidación referido al grado de cumplimiento de los derechos humanos, en particular de la igualdad social, aspecto aún pendiente en la democracia argentina.

decisiones que tendieron a afianzarla como una institución con credibilidad y respetabilidad social, en virtud de que dichas decisiones reflejan que en la actualidad la Corte tiene mayor grado de independencia del poder político y que está comenzando a enarbolar una concepción más progresista y robusta de los derechos<sup>11</sup>. No obstante, estas medidas son aún muy recientes como para evaluar el impacto que a más largo plazo puedan tener en ese sentido. Todavía la Corte Suprema tiene que demostrar que finalmente se ha convertido en una institución transparente e independiente de los intereses personales de la clase política gobernante. También queda pendiente que los jueces supremos discutan y hagan explícito cuál es el papel jurídico-político que les corresponde en la definición de los contornos de la democracia constitucional. En este sentido, creo que algunos de los argumentos que Petracchi empieza a dibujar en los casos que aquí se comentan contribuyen a mostrar una línea argumentativa posible que podría adoptar la Corte Suprema de forma más sistemática con el objeto de delinear dicha función y el protagonismo político-constitucional.

## II. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

A fin de comprender la relación y dinámica que se ha dado entre los varios actores institucionales que desde distintos lugares forman parte de la narrativa de "Bazterrica" y de "Montalvo", es fundamental hacer una somera descripción de las influencias, características y contradicciones del sistema jurídico argentino.

Este sistema se ha visto influenciado, en primer lugar, por el idealismo codificador que se extiende desde mitad del siglo XVIII y todo el si-

<sup>11</sup> Los casos más resonantes al respecto son: "Verbitsky", Fallos 328:1146, 2005 (los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires deben adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y escarcelación y de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales); "Mendoza" (2006) (el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires y el Consejo Federal de Medio Ambiente deben trabajar coordinadamente a través de un plan integrado en el saneamiento de la cuenca del río Matanza-Riachuelo); "Badaro" (2006) (el Congreso y el Ejecutivo deben garantizar la movilidad de los haberes previsionales de los jubilados y pensionados y su monto debe guardar una proporción con los salarios de los trabajadores en actividad). Para una recopilación sintética de otros casos decididos en el año 2006, véase "La Corte y los derechos. Una síntesis de las decisiones más importantes del máximo tribunal", elaborado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Véase, también, *infra* nota 120.

glo XIX, que le otorga un lugar preponderante a la Legislatura como creador de normas completas y coherentes capaces de concretar la certidumbre jurídica, valor central de esta tradición jurídica. De acuerdo con esta tradición, la ley que emana del órgano representante de la voluntad popular se presume clara, precisa e infalible. En este esquema, los tribunales de justicia "sólo" deben aplicar dicha ley de manera técnica y neutral. Los jueces deben hacer cumplir la ley creada por los legisladores sin que en este proceso haya ningún tipo de actividad interpretativa de su parte. Ello en virtud de que las decisiones judiciales no se consideran una fuente válida de derecho, sino que sólo se reconocen como válidas las leyes sancionadas por el Poder Legislativo, donde se encuentra representado el pueblo soberano. De este modo, las decisiones judiciales no son obligatorias para casos futuros similares, en virtud de que esta práctica podría constituir un hacer legislativo de orden judicial, siendo esto una práctica que contradice los postulados de la tradición del derecho civil<sup>12</sup>.

De todos modos, cabe señalar que en la actualidad no es posible hallar ninguna tradición jurídica, sea ella la continental, el *common law* o el constitucionalismo estadounidense, en estado "puro", dado que se han influenciado mutuamente en tal extensión que algunos autores discuten si se están pareciendo cada vez más (convergiendo) o menos (divergiendo)<sup>13</sup>. No obstante, esta suerte de "caricaturización" es útil a los efectos de aprehender la idiosincrasia subyacente en los modelos referidos. Esta representación de una utopía legal y de un modelo político prácticamente ficticio en la realidad, básicamente ignora el hecho de que cada

<sup>12</sup> Esta caracterización del modelo continental ha sido extraída de MERRYMAN, J., *Sistemas legales en América latina y Europa. Tradición y modernidad*, Brevarios FCE, Santiago de Chile, 1995. Una tradición legal es mucho más que la descripción precisa y exagerada esbozada aquí. Según Robert Cover, "Una tradición legal es, entonces, parte constitutiva de un complejo mundo normativo. La tradición no sólo incluye un *corpus juris*, sino también un lenguaje y un *mythos* —narraciones en la que sitúan al *corpus juris* quienes expresan su voluntad a través de él—. Estos mitos establecen paradigmas de comportamiento: crean relaciones entre el mundo normativo y el material, entre las limitaciones de la realidad y las demandas de una ética. Estos mitos establecen un repertorio de jugadas —un *lexicon* de acciones normativas— que pueden combinarse para generar pautas de acción significativas derivadas de las pautas significativas del pasado", en COVER, R., "Nomos...", cit., ps. 22 y 23.

<sup>13</sup> Merryman considera que hay tendencias significativas en ambas direcciones pero que la convergencia es la predominante. Véase MERRYMAN, J., "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law", *17 Stanford Journal of International Law*, 357 (1981).

vez que un juez adopta una decisión en un caso, inevitablemente recurrir a consideraciones valorativas<sup>14</sup>. Mejor aún, una cuestión fundamental que la perspectiva del sistema jurídico continental no previó en sus inicios fue la aparición de la Constitución escrita como ley suprema que determinó el surgimiento de la doctrina del control judicial de constitucionalidad a través de la cual se le confiere a la Corte Suprema la prerrogativa de determinar cuál es el último significado válido de la Constitución en caso de que alguna norma sancionada por los poderes políticos la contradiga.

Así, el diseño jurídico argentino no sólo ha sido influenciado por el derecho continental, sino también por la tradición constitucional de los Estados Unidos<sup>15</sup>. Como su predecesora, la Constitución argentina es ley suprema, y la Corte Suprema a través del control judicial de constitucionalidad tiene la última palabra respecto de qué es la Constitución<sup>16</sup>. Más aún, la Corte Suprema argentina usualmente utiliza en apoyo a su razonamiento y análisis jurídico casos resueltos por la Corte Suprema

<sup>14</sup> Nuno, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, cap. II.

<sup>15</sup> Al respecto, Bohmer sostiene que "con retazos de la tradición francesa y de la estadounidense se irá armando a lo largo de dos décadas (las de 1850 y 1860) un tejido institucional que irá concentrando poder alrededor de un pequeño grupo dirigente". Este autor agrega que la Constitución argentina no es una mera copia de la de los Estados Unidos, sino que el trasplante de instituciones realizado es parte de un proyecto político más amplio de los padres fundadores. Véase BOHMER, MARTÍN, "Préstamos...", cit. Sobre la copia de la Corte Suprema argentina de su par norteamericana, tanto respecto de su diseño formal como de su práctica, véase ZANALLA, C., *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en relación con su modelo americano*, Talleres "Casa Jacobo Peuser", Buenos Aires, 1920, p. 17. En esta obra el autor expresa que la justicia creada por la Constitución está calcada del modelo estadounidense.

<sup>16</sup> El control judicial de constitucionalidad más su idea de que los jueces son los intérpretes finales de la Constitución surgieron con la jurisprudencia de la Corte Su-  
prema de los Estados Unidos en el caso "Marbury v. Madison", 5 US 137 (1803). La premisa central de este caso consiste en que la supremacía de la Constitución implica que cuando ésta está en conflicto con una norma sancionada por la Legislatura, la última carece de validez y son los jueces quienes deben realizar dicho control. Para un desarrollo histórico de la creación de la doctrina de la supremacía judicial en los Estados Unidos véase WHITTAKER, K., *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton University Press, Princeton, 2007. Esta creación jurisprudencial fue receptada por la Corte Suprema argentina en el caso "Sojo", Fallos 32:120 (1887), donde declaró que su misión consiste en confinar a los diferentes poderes del Estado y a las provincias dentro de los límites de las atribuciones dadas por la Constitución. Véase más adelante la discusión sobre este instituto.

de los Estados Unidos<sup>17</sup> y por organismos internacionales de derechos humanos<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> En el caso "Lino de la Torre", Fallos 19:231 (1877), la Corte sostuvo que "[e]l sistema de Gobierno que nos rige no es nuestra creación. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares". En este caso, la Corte señala que los lazos históricos que unen a la Argentina con los Estados Unidos sirven de justificación para el uso autoritativo de la jurisprudencia de este país extranjero. Más aún, dicho vínculo histórico "obliga" de algún modo a la Corte. Según Arturo Sampay, "es sabido, como lo dijera desde muchos años atrás nuestra Corte Suprema, de acuerdo con la célebre regla de hermenéutica que enunciara Sarmiento, que cuando el texto argentino coincide con el estadounidense puede aplicarse la doctrina suscitada por este último", *SAMPAY, A., Las Constituciones de la Argentina (1810-1970)*, Eudeba, Buenos Aires, 1975, p. 482. Véase también PETRACCHI, Enrique, "Control...", cit.; MILLER, J., "The Authority of a Foreign Talisman: A Study of US Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century. Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith", 46 *AM. U. L. Rev.* 1483 (1997); ROSENKRANTZ, C., "En contra de los 'préstamos' y de otros usos 'no autoritativos' del derecho extranjero", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, nro. 1, octubre de 2005. Sobre este tema, es interesante reproducir la justificación que la Corte Suprema estadounidense esgrimió respecto de los préstamos de derecho extranjero. En el caso "Roper, Superintendent, Potosí Correctional Center v. Simmons", 543 *US* 551 (2005), la mayoría de la Corte hace una copiosa referencia a opiniones y tratados internacionales de derechos humanos (tratados que dicho país hasta la fecha no ha ratificado). Al mismo tiempo, aclara que las razones para realizar la cita mencionada no implican que "el arrollador peso de la opinión internacional contra la pena de muerte juvenil controle/domine la opinión de la Corte, sino que provee una confirmación respetable y significativa de la decisión de la Corte relativa a que la pena de muerte es un castigo desproporcionado para perpetradores de menos de 18 años". Además, agrega que "el reconocimiento de que la afirmación expresa de ciertos derechos fundamentales por otras naciones y pueblos enfatiza la centralidad de aquellos mismos derechos dentro de nuestra propia herencia de libertad, no afecta la fidelidad hacia la Constitución o el orgullo de sus orígenes", ps. 21 a 25 [mi traducción].

<sup>18</sup> La Corte Suprema ha afirmado que en virtud de la reforma constitucional de 1994 —que reconoció con jerarquía constitucional a los principales instrumentos de derechos humanos—, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben servirle de guía interpretativa para resolver casos en los que está en juego la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Giroldi", Fallos 318:514, 1995, y "Expósito", Fallos 327:5668, 2004). Esta línea jurisprudencial ha sido reafirmada por la Corte respecto de los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("Bramajo", Fallos 319:1840, 1996; "Romero Cacharane", Fallos 327:388, 2004). Asimismo, la Corte Suprema señaló que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos constituye una pauta valiosa de hermenéutica y reviste interés para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Vialta", Fallos 318:2348, 1995; "Nardelli",

Otra característica del diseño constitucional argentino es que, en parte, su estructura gubernamental se asemeja a la de los Estados Unidos. En consecuencia, la Constitución argentina establece un sistema de gobierno de división de poderes que incluye una rama legislativa, una ejecutiva y una judicial, cada una de ellas funcionando independientemente y proveyéndose mutuamente de *checks and balances*. Además, la Constitución adopta el federalismo como otro principio rector de la distribución de poder, aunque ambos países difieren en la cantidad de poder delegado al gobierno federal. Por ejemplo, las provincias argentinas carecen de poder para sancionar su propia legislación substantiva; en contraste con el país del norte, sólo pueden sancionar leyes de procedimiento implementando leyes substantivas creadas por el Congreso Nacional. Entre otras diferencias de ambos diseños constitucionales, cabe agregar: mayor concentración de poder en el presidente argentino; la voz del preámbulo es la de los representantes y no la del pueblo como en la Constitución estadounidense; la Constitución argentina desde sus orígenes incorporó una carta de derechos mientras que en los Estados Unidos esto fue hecho por medio de enmiendas constitucionales<sup>19</sup>.

Más allá de las diferencias o semejanzas concretas entre ambos sistemas, es innegable la influencia que en el sistema constitucional argentino tuvo la aparición de un documento escrito considerado supremo. Por otro lado, también es innegable el hecho de que el sistema jurídico argentino está profundamente enraizado en la tradición continental que se muestra deferente hacia la decisión adoptada por la mayoría de la voluntad soberana. En consecuencia, pareciera existir una tensión permanente entre la facultad de la Corte Suprema de declarar la inconstitucionalidad de las leyes dictadas por la mayoría de los representantes del pueblo y la supremacía del legislador en la tradición del derecho civil.

Dicha tensión se evidencia en la fluctuación con la que Corte ha considerado sus propios precedentes. Por un lado, afirma la importancia de adherirse a sus propios precedentes en pos de la seguridad jurídica<sup>20</sup>.

Fallos 319:2557, 1995; "Ujerena", Fallos 328:1491, 2005). Véase, además, ROSENKRANTZ, C., "En contra de los 'préstamos'...", cit.; FILIPPINI, L., "El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2007, y ROSENKRANTZ, C., "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Muzzio)", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2007.

<sup>19</sup> Véase NIÑO, C., *Fundamentos...*, cit.; SAMPAY, A., *Las Constituciones...*, cit., y BOHMER, M., "Préstamos...", cit.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, el caso "Barreto", cit.

Por otro lado, la práctica decisoria de la Corte denota un gran desdén por sus decisiones precedentes adoptadas no mucho tiempo antes en casos análogos<sup>21</sup>. Claramente, este vaivén en la actuación de la Corte muestra una delimitación poco clara de los criterios por los cuales la Corte Suprema debe adoptar o descartar sus propios precedentes. Una explicación de esta ausencia de criterios claros puede encontrarse en la influencia en el sistema jurídico argentino en sentido opuesto o, al menos, difícilmente armonizable de ciertas características de la tradición continental y del constitucionalismo estadounidense. Por un lado, la primera tradición exige que la seguridad jurídica emane de la soberanía popular expresada en la ley, no de las decisiones de los jueces que carecen de la legitimación popular. Por esta razón, los fallos de los jueces sólo tienen efecto para las partes del proceso. Por otro lado, la segunda tradición coloca en cabeza de los jueces el control de la constitucionalidad de las normas emanadas de los representantes elegidos por el pueblo y, en virtud de la obligatoriedad que tiene la regla del precedente en el caso de la tradición constitucional norteamericana, las decisiones de la Corte producen *stare decisis*, es decir, se transforman en legislación general con efectos *erga omnes*, circunstancia que contradice los postulados de la tradición continental. La influencia con contenido contrapuesto de ambas idiosincrasias jurídicas, sumada a las continuas interrupciones constitucionales que afectaron la estabilidad en la composición de la Corte, pueden servir para explicar la ausencia de criterios claros respecto de la consideración que los jueces supremos hacen de la regla del precedente. Por ello, uno de los desafíos

<sup>21</sup> A modo de ejemplo cabe mencionar: la doctrina de la validez de las normas emanadas durante el gobierno *de facto* mencionada *infra*, nota 94; en "Sánchez, María del Carmen" (2005), la Corte se apartó de su jurisprudencia en el caso "Chocobar" (1996) señalando que la Ley de Convertibilidad no era aplicable al cálculo de la movilidad de las jubilaciones vigente en aquel momento; en "Asociación Lucha por la Identidad Transvesti-Transsexual" [ALITT] (2006), la Corte revirtió su sentencia en el caso "Comunidad Homosexual Argentina" (1991), ordenando que se le confiriera la personería jurídica a dicha asociación; en "Gramajo" (2006) el Tribunal Supremo modificó su decisión en "Sosa" (2001), estableciendo que la reclusión por tiempo indeterminado no es una medida de seguridad sino una pena; en "Caja de Seguros" (2006), "Ferreira" (2006) y "Bianchi" (2006), la Corte atribuyó responsabilidad a las concesionarias viales de garantizar la seguridad de los usuarios que transitan las rutas que explotan cambiando de este modo el criterio contrario sentado en "Colavita" (2000). Véase también los casos del "corralito" y de la anulación de las leyes de amnistía, *supra*, nota 9. Para más ejemplos recientes, véase *Asociación por los derechos civiles, la Corte y los derechos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, y la síntesis de fallos de 2006 de la misma organización, *supra*, nota 11.

para la Corte actual consiste en elaborar una definición más precisa de dicha doctrina.

A esta descripción del sistema jurídico argentino debe agregarse la reforma constitucional que tuvo lugar en el año 1994. El art. 75, inc. 22, de la Constitución reformada reconoce con jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, reforma que obligó a los jueces a considerar en sus sentencias dichos instrumentos y las decisiones de los órganos internacionales intérpretes de los instrumentos internacionales referidos<sup>22</sup>. Por su parte, y a fin de completar el contexto jurídico-institucional descrito, deben tomarse además en consideración las permanentes interrupciones institucionales provocadas por los golpes de Estado que han tenido lugar en el país<sup>23</sup>. Estas interrupciones a la democracia trajeron aparejada la violación de los derechos humanos fundamentales de la población y, huelga decir, también erosionaron sistemáticamente el sistema democrático. Ha sido durante la última transición a la democracia que el máximo tribunal decidió los casos que son objeto de análisis en este trabajo.

### III. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA TENENCIA DE DROGAS PARA CONSUMO PERSONAL. SU CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO

A fin de tener un panorama lo más abarcativo posible de las diversas dinámicas que nutren este análisis, en este apartado se esbozará brevemente una descripción no metódica de las circunstancias histórico-políticas más destacadas respecto de la configuración política de los gobiernos y de las Cortes que tuvieron alguna incidencia en la adopción de las distintas decisiones que integran la narrativa aquí intentada.

En el año 1973, luego de la dictadura militar de Juan Carlos Onganía (1968-1973), primero Héctor Cámpora y luego Juan Domingo Perón, se hicieron cargo (en el caso de Perón por tercera vez) de la presidencia al triunfar su partido en las elecciones democráticas de dicho año. Por su parte, en 1976, un golpe de Estado militar derrocó al gobierno democrático dando lugar a la dictadura más sangrienta de la historia argenti-

<sup>22</sup> Véase comentario en la nota 18.

<sup>23</sup> A partir del primer golpe de Estado del año 1930, la vida política y social de la Argentina estuvo manchada por la práctica habitual de deponer las autoridades gobernantes. Hasta la fecha esto tuvo lugar en seis ocasiones.

na<sup>24</sup>. Este gobierno militar gobernaría los destinos del país hasta el año 1983, cuando la democracia recupera su poder luego de las elecciones libres y abiertas que consagraron al Dr. Raúl Alfonsín, perteneciente al Partido Radical, presidente de la Nación. Más adelante, en virtud de la crisis económica que empañó el año 1989, se adelantó algunos meses la elección presidencial prevista para ese año. El ganador en aquella ocasión fue el Dr. Carlos Menem, del Partido Justicialista, quien gobernaría la Argentina durante dos mandatos consecutivos hasta el año 1999, cuando el candidato de la Alianza entre el Partido Radical y el Frepaso, el Dr. Fernando De La Rúa, se alzaba con la presidencia. Dos años después, De La Rúa tuvo que abandonar el gobierno en medio de una generalizada protesta social producto de una profunda crisis económica que se desencadenó como consecuencia de las políticas públicas neoliberales adoptadas durante la última década. Luego de un interregno de una semana en la cual cinco presidentes se turnaron en el poder, el Dr. Eduardo Luis Duhalde, miembro del Partido Justicialista, se hizo cargo durante algo más de un año de la presidencia provisional. Finalmente, en el año 2003, el Dr. Néstor Kirchner, también del Partido Justicialista, fue consagrado presidente en elecciones democráticas.

Además de los hitos histórico-políticos que integran esta narrativa, es importante destacar los vaivenes que sufrió la composición de la Corte Suprema que acompañaron la inestable realidad política mencionada. Ha sido una práctica común en el juego institucional argentino que cada vez que nuevas autoridades políticas asumían el gobierno (fueran ellas dictatoriales o democráticas), se modificaba la composición de los miembros del Tribunal Supremo<sup>25</sup>. Por lo tanto, cada disrupción política en la historia argentina ha implicado también una disrupción en la composición del Poder Judicial. A su vez, dicha alteración en la integración de los miembros de la Corte ha implicado una falta de continuidad en la actuación de

<sup>24</sup> Se estima que treinta mil personas fueron desaparecidas durante los siete años de dictadura militar. La CONADEP (Comisión Nacional de Personas Desaparecidas) documentó en sólo nueve meses de trabajo casi nueve mil desapariciones. Véase, *Nunca más*, informe de la CONADEP, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

<sup>25</sup> Entre 1930 y 1994 nueve Cortes Supremas con distinta conformación se sucedieron en medio de seis golpes de Estado. Luego de los golpes de 1955, 1966 y 1976 los integrantes de la Corte fueron cesanteados. Asimismo, con cada retorno democrático, las nuevas autoridades nombraron nuevos jueces supremos de acuerdo con el procedimiento constitucional. Para más información respecto de las modificaciones en la integración de la Corte, véase PELLIT LASTRA, A., *Historia política de la Corte (1930-1990)*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

cada una de las Cortes involucradas<sup>26</sup>. Asimismo, esta situación ha comprometido la independencia del más alto tribunal de los otros poderes políticos del Estado, principalmente del Poder Ejecutivo<sup>27</sup>. En este sentido, varios autores han destacado el débil poder de control que ha ejercido la Corte Suprema respecto de aquellas decisiones gubernamentales sensibles a los poderes políticos del momento<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Jorge Bercholz indica que durante los gobiernos militares la Corte estuvo integrada mayoritariamente por jueces "civilistas", que ejercieron su función con activismo considerando las situaciones de crisis institucionales en las que debieron actuar, desempeñando un rol de tribunal guardián de derechos sustantivos individuales (cíviles, patrimoniales, administrativos), como freno y contrapeso de las altamente concentradas atribuciones de un gobierno *de facto*. La Corte asumió ese rol, aun en juicios en los que el Estado nacional fue parte, con un grado relativamente alto y nada desdeñable de independencia, pero fue permisiva en su función de protectora y guardiana del proceso político en tanto democrático. Por su parte, señala este autor, las Cortes durante gobiernos civiles hasta la restauración democrática en 1983 han tendido a acompañar flexible y armónicamente a los poderes democráticos, especialmente en sus periodos más críticos y endebles, es decir, declararon menos inconstitucionalidades que sus pares de gobiernos militares. En dichos periodos, la Corte "funcionó integrada mayoritariamente por jueces 'publicistas', preocupados en especial por funcionar como tribunal guardián del inestable proceso político democrático de la época resultando por ello Cortes entre 'permissivas' y 'moderadoras acompañantes sistémicas' del endeble proceso democrático", BERCHOLZ, J., *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1988)*, Ediar, Buenos Aires, 2004. Esto demuestra la falta de continuidad entre lo realizado por cada una de las distintas Cortes. Al respecto véase la cita de Enrique Groisman en la nota 93.

<sup>27</sup> Por ejemplo, respecto de la actuación de los jueces en la era post Menem, Diana Kapitzewski sostiene que algunas veces los jueces argentinos y sus sentencias estuvieron "motivados principalmente por necesidades constitucionales pero, por lo general y más a menudo, fueron influenciados fuertemente por las condiciones políticas de corto plazo (particularmente por las amenazas y presiones por parte del Poder Ejecutivo, y por la crisis económica y política)", en KAPITZEWSKI, D., "La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina post Menem", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 7, no. 1, julio de 2006, p. 8. Esta autora señala que la vulnerabilidad de la Corte ante dinámicas políticas de corto plazo se debe al déficit en la legitimación del Tribunal Superior, a la importante facultad discrecional de la que goza para dictar sentencias, a la falta de consenso entre los jueces respecto del papel institucional de la Corte y al hecho de que la Corte y el Poder Ejecutivo en la Argentina postransición no hayan establecido una relación institucional despersonalizada (p. 36).

<sup>28</sup> Desde esta perspectiva véase LARYCZOWER, M. - SPILLER, P. - TOMMASI, M., "Judicial Decision Making in Unstable Environments Argentina 1935-1998", *American Journal of Political Science*, vol. 46, no. 4, octubre de 2002, ps. 669 a 716, y CARRIÓ, A., *La Corte Suprema y su independencia: un análisis a través de la historia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. En sentido contrario, Jorge Bercholz considera que la Corte Suprema ha tenido, durante el periodo que investiga, un nivel relativamente importante

Así, pues, haciendo referencia exclusivamente al marco temporal en el que se circunscribe este trabajo, en el año 1973 los jueces de la Corte de la dictadura de Onganía renunciaron a su cargo y el nuevo gobierno democrático nombró una nueva Corte. Luego, el golpe de Estado militar del año 1976 deshizo dicha Corte Suprema y nombró una Corte completamente nueva. Después de esta dictadura militar (marzo de 1976 a diciembre de 1983), una de las medidas más importantes del nuevo presidente democrático consistió en nombrar una Corte Suprema de Justicia independiente del poder político<sup>29</sup>. Pocos meses luego de asumir la presidencia, Menem propuso, por un lado, aumentar el número de jueces de cinco a nueve y, por el otro, presionar para lograr la renuncia de algunos de los jueces que integraban la Corte en ese momento a fin de crear de esta forma una mayoría automática adicta a sus intereses políticos<sup>30</sup>. Al Senado de la Nación le llevó sólo una hora durante la medianoche confirmar a estos jueces. En un contexto de hiperinflación y de crisis económica, uno de los temas que más preocupaba al nuevo gobierno consistía en que el Poder Judicial aceptara la facultad del Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia con el objeto de hacer frente a la situación de crisis<sup>31</sup>. Por su parte, el presidente provisional Duhalde también tuvo oportunidad de nombrar a un juez supremo. El debate en el Senado sobre su candidato duró menos de una semana<sup>32</sup>. Finalmente, el gobierno de Kirchner,

---

de independencia respecto de los otros poderes políticos del Estado y que ha ejercido activamente la facultad del control de constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado; BERCHOLC, J., *La Independencia...*, cit.

<sup>29</sup> Ver NIMO, C., *Juicio al mal absoluto*, Emecé, Buenos Aires, 1997; KAPISZEWSKI, D., "La Corte...", cit., y OTTEGA, E., *La Corte Suprema*, Platense, La Plata, 1994.

<sup>30</sup> Véase VERBITSKY, H., *Hacer la Corte*, Sudamericana, Buenos Aires, 2006.

<sup>31</sup> Según HELMKE, G., *Toward a Formal Theory of an Informal Institution: Insecure Tenure and Judicial Independence in Argentina, 1976-1995*, University of Chicago, Chicago, 1999. Disponible en <http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/workingpaper-archive/helmke99.pdf> (última visita: 15/5/2007).

<sup>32</sup> Se trata de la designación del Dr. Maqueda: "Asumió su cargo el 30/12/2002. Fue propuesto y designado por el presidente provisional Eduardo Duhalde. El procedimiento que precedió su designación fue cuestionado por distintas organizaciones de la sociedad civil, como las que componen el foro 'Una Corte para la democracia', porque su brevedad no permitió una seria discusión pública e institucional: las primeras noticias sobre su nombramiento aparecieron en los medios de comunicación por primera vez, y tan sólo como una especulación, el día 14/12/2002. El día 18 ingresó el pliego al Senado, el día 26 el Senado prestó su acuerdo"; conf. Asociación por los Derechos Civiles-ADC-, en <http://www.adccorte.org.ar/verjuez.php?iddocumento=4> (última visita 15/5/2007).

luego de amenazas y acusaciones de juicios políticos y de renunciaciones por parte de un par de jueces efectuadas en un contexto hostil hacia la Corte, que de algún modo ejerció cierta presión sobre ellos, pudo nombrar cuatro jueces nuevos. Lo hizo siguiendo un nuevo procedimiento que garantiza la participación de la sociedad civil en el examen y la discusión de la excelencia profesional e imparcialidad de los candidatos postulados<sup>33</sup>.

La historia de la penalización de la tenencia simple de drogas para consumo personal examinada en este ensayo tuvo lugar dentro de los confines de este contexto histórico-político. Al respecto, cabe mencionar que en el año 1974 legisladores elegidos democráticamente sancionaron la ley 20.771 sobre el "Régimen penal de las conductas delictivas concernientes a estupefacientes", cuyo art. 6º criminalizó la posesión de drogas para uso personal<sup>34</sup>. En 1978, la Corte Suprema designada por la dictadura militar tuvo oportunidad de revisar por primera vez la constitucionalidad de dicho artículo en el caso "Colavini". Unos años más adelante, el nuevo presidente democráticamente electo en 1983 removió a la Corte de la dictadura y nombró a los miembros de la Corte Suprema que en 1986 decidieron en el caso "Bazterrica" la suerte constitucional del art. 6º de la ley 20.771 en términos desfavorables para dicho artículo. Tres años más tarde, en octubre de 1989, el Congreso de la Nación insistió en la criminalización de la posesión de drogas ilegales para uso personal a través del dictado del art. 14 de la ley 23.737<sup>35</sup>. Finalmente, en 1990 una Corte Suprema agrandada durante el primer año del gobierno del presidente

<sup>33</sup> Decreto 222/2003. Más allá de lo encomiable de las disposiciones contenidas en esta norma, cabe indicar que durante casi un año y medio, el gobierno incumplió con una de las disposiciones que establece que, producida una vacante, en un plazo máximo de treinta días, se publicarán el nombre y los antecedentes curriculares de la o las personas que se encuentren en consideración para la cobertura de la vacancia. Ante la renuncia del juez Belluscio y la destitución del juez Boggiano, en el año 2005 quedaron dos vacantes que no fueron cubiertas por el Poder Ejecutivo. De este modo, la Corte se vio imposibilitada para decidir algunos casos en virtud de no alcanzar con la mayoría necesaria para adoptar una sentencia. Finalmente, el 29 de noviembre, el Congreso aprobó la ley 26.183 para ir reduciendo, a medida que se presenten vacantes, el número de miembros de la Corte Suprema de nueve a cinco miembros.

<sup>34</sup> La ley 20.771 en su art. 6º reprime con prisión de uno a seis años y multa al que tuviere en su poder estupefacientes, aun cuando fuesen destinados para consumo personal.

<sup>35</sup> La ley 23.737 en su art. 14 estipula: "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal".

Menem de cinco a nueve miembros decidiría el caso "Montalvo" contradiciendo la decisión adoptada en "Bazterrica" y sosteniendo la voluntad de la mayoría expresada por medio de la sanción de la ley 23.737.

Asimismo, corresponde destacar que esta discusión tuvo lugar en el marco de un contexto internacional de "guerra contra las drogas" impulsada por gobiernos republicanos de los Estados Unidos y por las Naciones Unidas. Dicho contexto ejerció una fuerte influencia en la política pública que el gobierno argentino adoptó sobre el tema. En la misma época en que el presidente estadounidense Richard Nixon impulsó la primera "guerra contra las drogas", el Congreso argentino sancionó la Ley de Estupeficientes 20.771<sup>36</sup>. Por su parte, en 1982, el presidente Ronald Reagan relanzó la "guerra contra las drogas"<sup>37</sup>, y en 1988 la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas", adoptada en Viena, consideró delito la tenencia para consumo personal y contiene, entre otras disposiciones, medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente<sup>38</sup>. En 1989, junto con el alineamiento del menemismo a las políticas globales contra el narcotráfico impulsadas por los Estados Unidos y la ONU, el Congreso de la Nación aprobó la Ley de Estupeficientes 23.737, confirmando la criminalización de la tenencia simple de drogas e incorporando una medida de seguridad curativa en el sentido propuesto por la Convención mencionada<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> En el mes de junio de 1971 el presidente de los Estados Unidos, Richard Nixon, declaró que las drogas eran "el enemigo número uno de América"; en ROBINSON, M. - SCHERLEN, R., *Lies, Damned Lies, and Drug War Statistics*, State University of New York, Nueva York, 2007, p. 27. Véase también JENSEN, E. - GERBER, J. (eds.), *The New War on Drugs: Symbolic Politics and Criminal Justice Policy*, ACJS/Anderson, Ohio, 1998.

<sup>37</sup> ROBINSON, M. - SCHERLEN, R., *Lies...*, cit., p. 29.

<sup>38</sup> Como indicativo del clima reinante en la década del 80 respecto de la lucha contra las drogas cabe citar el primer párrafo de la Convención: "Las partes en la presente Convención, profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupeficientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad". Esta Convención fue incorporada en el ordenamiento interno argentino por la ley 24.072 del 14/4/1992. Sobre las medidas de tratamiento, véase apart. 4º del art. 3º sobre Delitos y Sanciones de la Convención. Para un análisis crítico de este tipo de medidas véase SCALIA, Paolo, "Medidas educativas y curativas en la ley 23.737: discursos y praxis de censura social", 4/8/2006, disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13.277.0.0.1.0> (última visita: 1/6/2007)

<sup>39</sup> Art. 17: "En el caso del art. 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depen-

¿Cómo hizo la Suprema Corte y, en particular, uno de sus jueces, para tratar con estas cambiantes circunstancias político-institucionales cuando al mismo tiempo debía tratar de construir y sostener su propia legitimidad?

#### IV. "BAZTERRICA"

Cabe recordar, entonces, que en el año 1974, el Congreso sancionó la ley 20.771, cuyo art. 6º convirtió en delito la tenencia simple de drogas para uso personal<sup>40</sup>. La Corte Suprema en el año 1978 tuvo por primera vez la oportunidad de examinar la constitucionalidad de este artículo en el marco de la causa "Colavini"<sup>41</sup>. Aquí, la Corte decretó que la posesión de drogas ilegales para uso personal trasciende la esfera de la privacidad protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional, y que, por ende, es lícito que el Estado evite las consecuencias negativas que dicha posesión de estupefacientes puede tener en desmedro de la ética colectiva, el bienestar general y la seguridad de la comunidad<sup>42</sup>. En los años subsiguientes, en otros casos similares, la Corte Suprema de la dictadura militar confirmaría la constitucionalidad del art. 6º de esta ley<sup>43</sup>.

Con estos antecedentes, en el año 1986 en la causa "Bazterrica", en una fragmentada votación, la mayoría integrada por los jueces Belluscio

---

de física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desinformación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última".

<sup>40</sup> La primera ley sobre el tema es la ley 11.331 del año 1926. Esta ley criminalizaba las acciones de personas que, sin estar autorizadas para vender, poseen drogas enumeradas en la ley y que no pueden justificar una razón legítima para su posesión. En el año 1968 la ley 17.367 fue sancionada castigando la posesión de drogas en cantidades que excedían la que se consideraba para uso personal. La ley 20.771 no distingue entre distintos tipos de drogas ilegales; trataba toda posesión de drogas ilícitas con la misma severidad. Del mismo modo se aplica la actual ley 23.737.

<sup>41</sup> "Colavini", Fallos 300:254 (1978).

<sup>42</sup> El art. 19 establece que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moralidad pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". En este artículo yace el reconocimiento de la autonomía personal.

<sup>43</sup> Ver los casos "Roldán", Fallos 301:673 (1979); "Valerio", Fallos 303:1205 (1981); "Jury", Fallos 304:1678 (1982); y "Maldonado", Fallos 305:137 (1982).

y Bacqué, por un lado, y por Petracchi según su propia opinión, por el otro, declaró inconstitucional el art. 6º de la ley 20.771 en razón de que violaba el principio de autonomía reconocido en el art. 19 de la Constitución Nacional<sup>44</sup>. En su resolución los jueces del alto tribunal no dan mayores precisiones respecto de los hechos que determinaron la configuración de esta causa. De la opinión de Petracchi se puede extraer que Bazterrica fue tomado por sorpresa con 3,6 gramos de marihuana y 0,06 gramos de cocaína<sup>45</sup>. Por su parte, del voto de la minoría surge que el delito fue "cometido por un sujeto de 24 años, con causa penal abierta anteriormente por un hecho similar quien, en horas de la noche, circulaba como pasajero de un taxímetro, transportando debajo de un suéter un envoltorio de papel de diario que contenía 54 gramos de hojas secas que resultaron ser *cannabis sativa*"<sup>46</sup>.

En "Bazterrica" la mayoría de la Corte distingue entre "la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros". Es justamente esta última esfera, que abarca las relaciones intersubjetivas, la que encuentra protección en el art. 19. Esta protección, alerta la mayoría, no debe confundirse con la protección conferida por la cláusula 18 a la esfera privada, "entendida ésta como la de las acciones que se realizan en la intimidad"<sup>47</sup>. En sentido similar, Petracchi afirma que si se acepta que el ámbito sustraído a la legislación positiva por el art. 19 es sólo el fuero íntimo, esto significaría que "no habría límites para la intromisión de los órganos estatales en las acciones y la intimidad de las personas que se tradujeran en conductas que pudieren juzgarse dotadas de 'proyección comunitaria'"<sup>48</sup>. En este caso, continúa este juez, "la disposición constitucional sólo consagraría una especie de libertad interior pero negaría toda libertad exterior, definición de aquella cláusula sólo sustentable en la ficción de que pueda dividirse a los individuos según su interioridad o su comportamiento externo, como si fue-

<sup>44</sup> "Bazterrica", Fallos 308:1392 (1986).

<sup>45</sup> "Bazterrica", cit., p. 1421.

<sup>46</sup> "Bazterrica", cit., p. 1470. Esta llamativa ausencia en la especificación de los hechos del caso podría ser considerada una herencia de la tradición continental donde lo que importa es la ley, no así tanto los hechos del caso.

<sup>47</sup> "Bazterrica", cit., p. 1417. El art. 18, entre otras cosas, expresa que "[e]l domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

<sup>48</sup> "Bazterrica", cit., p. 1427.

ran elementos independientes de su origen y desarrollo"<sup>49</sup>. Por consiguiente, para estos jueces el art. 19 es más abarcativo que el 18 ya que incluye a aquellas acciones privadas con proyección comunitaria e intersubjetiva que se realizan más allá de la esfera de la intimidad.

Son varios los criterios enunciados por la mayoría, incluyendo el voto de Petracchi, que deben tenerse en cuenta para definir el alcance de la acción que se está analizando, es decir, para establecer si una acción es pública o privada. Por un lado, no importa el lugar físico donde se desarrolla la acción, sino que es fundamental "establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa"<sup>50</sup>. Dicho daño debe ser "concreto". En segundo lugar, conforme Petracchi, "las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho de que el Estado decida prohibirlas"<sup>51</sup>. Finalmente, este juez también señala que las acciones de alguien no dejan de ser privadas por el hecho contingente de que haya otras personas realizando la misma conducta.

Por último, la mayoría de la Corte demostró su preocupación por la falta de prueba empírica respecto de la existencia de un nexo causal entre la penalización de la conducta de la tenencia simple de drogas y la prevención de un daño a otros bienes supraindividuales como son el bienestar y la seguridad general<sup>52</sup>. Sin la existencia de dicha prueba, expresa la mayoría, no se podría fundamentar semejante restricción a la libertad individual.

Tanto la opinión de la mayoría como la de Petracchi esbozan una concepción filosófica según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino que, como sostiene expresamente el voto de la mayoría, debe "ofrecerles libertad para que ellos los elijan"<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> "Bazterrica", cit., p. 1427.

<sup>50</sup> "Bazterrica", cit., p. 1417.

<sup>51</sup> "Bazterrica", cit., p. 1431.

<sup>52</sup> "No está probado —aunque sí reiteradamente afirmado dogmáticamente— que la incriminación de la simple tenencia de estupefacientes, evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general". "Bazterrica", cit., p. 1417.

<sup>53</sup> Para un mayor desarrollo de esta idea véase Nino, C., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989. También véase este autor para un análisis pormenorizado de los distintos argumentos que están presentes en la discusión sobre esta criminalización de la tenencia de drogas: Nino, C., "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de 'las acciones privadas de los hombres'?", LL. del 4/10/1979, p. 743. Cabe señalar que otros temas de índole penal que quimaron la discusión en "Bazterrica" se refirieron a: 1) los tipos penales de resultado o de lesión versus los tipos penales de peligro concreto y abstracto; 2) la naturaleza de la tenencia, sea como permanente o como un estado de cosas; 3) la protección de bienes jurídicos penales supra-

Por su parte, con argumentos contrarios a los expuestos precedentemente, la disidencia enfatizó que en materia criminal es el legislador "el que crea los instrumentos adecuados para el resguardo de los intereses que la sociedad estima relevantes, mediante el dictado de las disposiciones que acuerdan protección jurídica a determinados bienes. La extensión de esta área de defensa podrá ser más o menos amplia según la importancia asignada al respectivo bien que se pretende proteger: es así como en algunos casos bastará la mera probabilidad —con base en la experiencia— de que una conducta pueda poner en peligro el bien tutelado para que ella resulte inculpada por la ley penal"<sup>54</sup>. Subsiguientemente, la disidencia se refirió a los argumentos dados por las autoridades políticas —presidente, diputados y senadores— para criminalizar la posesión de drogas ilícitas para uso personal basada en la protección de la salud pública. Además, la opinión de la disidencia se amparó en las razones de fondo brindadas en el caso "Colavini", expuestas precedentemente, para sostener la ley cuestionada.

Finalmente, en términos filosóficamente holísticos, la minoría sostuvo que la seguridad que la ley provee se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de jerarquía relevante que trascienden ampliamente el objetivo de la salud pública, "abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta la de la humanidad toda"<sup>55</sup>. Es factible deducir que tal razonamiento expresa la perspectiva acerca de que las decisiones personales del individuo son menos importantes que los valores morales elegidos por la sociedad vista como un todo inseparable. Es por ello, continúa el argumento, que si la sociedad considera cierta conducta personal como inmoral y como generadora de peligro para la "misma supervivencia de la Nación", más allá del daño real que pudiera causar al individuo, el Estado puede, entonces, castigar dicha actividad<sup>56</sup>.

---

dividuales, tales como la moral pública, la salud pública, la seguridad pública. Respecto de estas discusiones, véase FALCONE, R. - CAPARELLI, F., *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

<sup>54</sup> "Bazterrica", cit., p. 1470.

<sup>55</sup> "Bazterrica", cit., p. 1473.

<sup>56</sup> Hasta lord Devlin se sorprendería por tan precisa aplicación de sus ideas... Este autor arguyó que debía permitirse que la moralidad popular influyera en la creación normativa y que incluso los actos privados debían estar sujetos a la sanción legal si eran considerados moralmente inaceptables por el "hombre razonable", a fin de preservar la composición moral de la sociedad (para este autor el "hombre razonable" es quien sostiene ideas comúnmente aceptadas pero que no derivan necesariamente de la razón como

Dado que las razones de fondo que sustentaban la posición de la mayoría en "Bazterrica" difirieron por completo con la fundamentación enarbolada por la Corte en el caso "Colavini", la jurisprudencia sentada en este último caso fue dejada a un lado por la Corte de la democracia. En este punto, es necesario señalar que cuando la Corte Suprema se refiere a un precedente no describe las razones por las cuales el caso (o lo que se debate) es sustancialmente similar al informe contenido en el precedente. Sólo afirma esa similitud o analogía sin brindar una justificación explícita<sup>57</sup>.

Independientemente de la corrección en términos sustantivos del decisorio en el caso "Bazterrica", algunos aspectos de tipo formal del fallo han sido objeto de importantes críticas. Al respecto, Alberto Garay considera este caso como un precedente "malo" pues, por un lado, el voto fue muy fragmentado, es decir, una mayoría de tres jueces contra la constitucionalidad de la ley pero sin una opinión unificada dado que Petracchi emitió su propia opinión, y dos jueces a favor de su constitucionalidad. En este tipo de casos, indica este autor, el valor de un precedente está muy debilitado porque es muy difícil hacer explícito un principio jurisprudencial que abarque la sustancia de las dos argumentaciones sin caer en excesivas generalizaciones y simplificaciones. Por otro lado, en ningún lugar, ni la mayoría ni la disidencia subsumen los hechos del caso en las genéricas declaraciones que contiene el fallo, tales como, "se declara inconstitucional esa disposición legal en tanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros" (del voto de Petracchi). Es decir, ninguno de estos jueces describió las circunstancias del caso bajo las cuales se hallaron y secuestraron las drogas que poseía Bazterrica ni establecieron con claridad el principio jurisprudencial que informaba el caso<sup>58</sup>.

Otra crítica que puede realizarse a este caso es que ni la opinión de la mayoría ni la de la minoría hicieron mención del contexto político que

tal). Véase al respecto la discusión suscitada entre Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965, y Hart, H., *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963.

<sup>57</sup> Este vicio ha sido descalificado por la Corte respecto de las sentencias de tribunales inferiores a través de su propia doctrina denominada "afirmación dogmática". Véase GARAY, A., "El precedente judicial en la Corte Suprema", *Revista Jurídica de Palermo*, año 2, nos. 1/2, 1997, p. 56.

<sup>58</sup> GARAY, A., "El precedente...", cit., p. 78.

estaba atravesando la Argentina, como si el significado de la Constitución no estuviera vinculado a él o, en el mejor de los casos, como si lo trascendiera. Sin embargo, hubo una excepción en este escenario. A pesar de haber comulgado con la mayoría en el entendimiento substancial del derecho a la privacidad, el juez Petracchi agregó a dicho entendimiento una argumentación basada en la importancia que el principio de autonomía poseía en el particular contexto de transición hacia la democracia que se estaba viviendo. Así, este juez enaltece el papel fundamental que el principio de autonomía tiene en la consolidación de una democracia constitucional después de tantos años de gobiernos autoritarios al señalar que, "[e]n una sociedad como la nuestra en la que, a consecuencia de los extravíos del pasado, se han entronizado hábitos de conducta, modos de pensar y hasta formas de cultura autoritarios, si bien es de urgente necesidad que se enfrente amplia y debidamente el problema de la droga, es de igual urgencia que se lo haga —en el aspecto jurídico— dentro de los límites que la Constitución establece a los órganos estatales para inmiscuirse en la vida de los particulares. No menos perentorio y esencial que combatir la proliferación de las drogas —para lo cual se han establecido y deben perfeccionarse múltiples tipos penales— resulta afianzar la concepción ya consagrada en nuestra Carta Magna según la cual el Estado no puede ni debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles el marco de libertad necesario para que ellos los elijan"<sup>59</sup>. En opinión de Petracchi, se acentúa la crucial importancia de una definitiva consagración de las verdaderas posibilidades para la libertad personal en un país que ha salido de cincuenta años de interrupciones políticas e inestabilidad caracterizadas por la prevalencia de ideas autoritarias.

En este pasaje, el ministro Petracchi destaca el rol que la Corte Suprema debía cumplir en el momento histórico excepcional que la Argentina estaba atravesando en su intento por reconstruir sus instituciones democráticas y por consolidar la idea fundacional subyacente en el art. 19 de la Constitución Nacional. De acuerdo con este juez, la interpretación constitucional debe reconocer "que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica cons-

<sup>59</sup> "Bazterrica", cit., ps. 1460 y 1461.

tucional en todos los campos"<sup>60</sup>. En suma, en los párrafos transcriptos Petracchi hace referencia a la manera en la que un juez supremo debe entender su protagonismo moral en el contexto de la transición hacia la democracia.

Las ideas de Petracchi expuestas en otras decisiones de la Corte Suprema contribuyen a delinear mejor la teoría trazada en sus opiniones. Dos años antes de que "Bazterrica" fuera resuelto, Petracchi ya había subrayado la relevancia del contexto político de transición a los efectos de interpretar la Constitución Nacional. Así fue, pues, en el caso "Fiorentino", donde la policía allanó su casa sin la apropiada autorización judicial, y encontró en su interior marihuana<sup>61</sup>. El juez Petracchi, en su opinión, indicó que "[I]a interpretación del asunto no puede formularse sin un claro discernimiento de las condiciones históricas de nuestra patria, de su novel reingreso en el camino del Estado de derecho, del débil grado de conciencia práctica de los principios básicos del gobierno republicano"<sup>62</sup>. En este caso, la Corte discutió el significado del art. 18 de la Constitución Nacional declarando ilegal y no admisible en un juicio penal la prueba obtenida mediante el allanamiento del domicilio por la policía sin la orden judicial o el expreso consentimiento de la persona involucrada.

Otro caso en el cual Petracchi también hizo referencia al particular contexto histórico-político de la transición a la democracia fue "Ponzetti de Balbín"<sup>63</sup>. Aquí se discutió la relación entre la libertad de expresión y el derecho a la privacidad. Ricardo Balbín, un histórico político argentino, fue fotografiado clandestinamente en el hospital en el instante de su muerte y su fotografía fue posteriormente publicada en una revista semanal sin el consentimiento de su esposa. De alguna forma anunciando la decisión a la que luego se arribaría en el caso "Bazterrica", la Corte Suprema confirmó que el derecho de privacidad se extiende más allá de la protección constitucional contra la ocupación y el allanamiento del domicilio, la correspondencia y los papeles privados contenida en el art. 18. En cambio, sostiene la Corte, el alcance de la protección conferida en el art. 19 abarca las diferentes esferas en las que se manifiesta la conducta privada, las que incluyen "el ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y,

<sup>60</sup> "Bazterrica", cit., p. 1423.

<sup>61</sup> "Fiorentino", Fallos 306:1752 (1984).

<sup>62</sup> "Fiorentino", cit., p. 1773.

<sup>63</sup> "Ponzetti de Balbín", cit.

en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad"<sup>64</sup>. Petracchi en su propio voto resalta el papel fundamental que el principio de autonomía debe jugar en la construcción de una sociedad democrática: "La protección material del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias"<sup>65</sup>. Consecuentemente, sin descartar la importancia de la libertad de expresión para una sociedad democrática, en el caso comentado consideró que prevalecía el derecho a la privacidad.

Sólo tres meses después de la decisión en el caso "Bazterrica", en la causa "Sejean" Petracchi elaboró con más detalle su justificación del control judicial de constitucionalidad y la hermenéutica constitucional que informa sus decisiones<sup>66</sup>. En este caso, después de suscribir la interpretación del principio de autonomía propiciada en los casos "Ponzetti de Balbín" y "Bazterrica", Petracchi analiza las razones que habilitaban a la Corte Suprema a declarar inconstitucional la Ley de Matrimonio Civil, que no reconocía el divorcio vincular y que de este modo impedía que las personas pudieran volver a casarse.

En primer lugar, Petracchi reconoce que la declaración de inconstitucionalidad de una normativa legal es un acto de suma gravedad institucional, razón por la cual debería ser considerada la *ratio* final del sistema jurídico<sup>67</sup>. Sin embargo, conforme este juez, el art. 116 de la Constitución establece que los jueces pueden, y deben, interpretar y aplicar la Constitución en los casos concretos sujetos a su decisión final<sup>68</sup>. En consecuencia, continúa Petracchi, la Corte Suprema está obligada a fortale-

<sup>64</sup> "Ponzetti de Balbín", cit.

<sup>65</sup> "Ponzetti de Balbín", cit., p. 1942.

<sup>66</sup> "Sejean", cit.

<sup>67</sup> "Sejean", cit., p. 2299.

<sup>68</sup> Bidart Campos afirma que "[e]l control judicial de constitucionalidad y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto, es un deber u obligación que implícitamente impone la Constitución formal a todos los tribunales del Poder Judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, o cuando deben cumplir dicha norma o dicho acto"; BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 338. Es interesante que en "Sejean" Petracchi en ningún momento hace referencia al caso "Sojo", en donde se extrapoló el control judicial de constitucionalidad de la práctica constitucional de los Estados Unidos.

cer y desarrollar su misión en relación con la consagración y el ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Nacional. Al respecto, sostuvo que “[l]os representantes del pueblo de la Nación Argentina, que sancionaron la Constitución como ley fundamental, crearon en el art. 94 (116) una Corte Suprema, con el propósito de confiarle la interpretación del instrumento de gobierno que nacia”<sup>69</sup>. Conforme Petracchi, dicha interpretación tiene carácter final<sup>70</sup>.

Luego, Petracchi intenta determinar el alcance del control de constitucionalidad que la Corte tiene por misión realizar. Al respecto, Petracchi argumenta que “[e]n el campo de la elección de los medios más adecuados para lograr las finalidades del bien común que persiguen los poderes de policía tal como, con amplitud, los define la jurisprudencia del tribunal, el proceso legislativo constituye, sin duda, la vía apta para llegar a decisiones al menos aceptables, en virtud del compromiso, o de la imposición de la mayoría. Pero cuando se trata de precisar el contenido de los derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un Estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así en conquista irreversible del sistema democrático, en una de las formas más eficaces de resguardar la coexistencia social pacífica, asegurando el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica”<sup>71</sup>. Petracchi

<sup>69</sup> “Sejean”, cit., p. 2301. Es interesante que en este caso Petracchi en ningún momento hace referencia al caso “Sojo”, en donde se extrapoló el control judicial de constitucionalidad de la práctica constitucional estadounidense. La supremacía de la Constitución surge de su art. 31, que dice: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas [...]”. Por su parte, el art. 116 expresa: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación [...]”.

<sup>70</sup> “Sejean”, cit., p. 2301.

<sup>71</sup> “Sejean”, cit., p. 2302. La cercanía de las ideas de Petracchi sobre la justificación de la revisión judicial de constitucionalidad con aquellas de Dworkin, a las que se refiere expresamente, obliga a realizar una mención de las mismas. Este autor distingue entre los argumentos de políticas públicas y los argumentos de principios: por un lado, los argumentos de políticas públicas definen objetivos colectivos tales como la defensa nacional y el bienestar general que son agregativos, temporales y no individualizados;

resalta en su voto en "Sejean" que es un asunto delicado discernir entre lo que supone es una cuestión de prudencia de los poderes políticos y lo que podría afectar la esfera de los derechos fundamentales<sup>72</sup>.

La perspectiva de Petracchi considera la protección de los derechos fundamentales —en particular el principio de autonomía y los derechos derivados de él— como la fundamentación central de la función de control constitucional que debe ejercer la Corte Suprema. De acuerdo con este juez, el principio de autonomía debe servir de guía a la actividad de los jueces de la Nación —con especial preponderancia durante la transición a la democracia—. Así, pues, el papel central de los jueces consiste en proteger los derechos individuales reconocidos en la Constitución contra las decisiones mayoritarias —como es, por ejemplo, la decisión de convertir en crimen la posesión de drogas para uso personal—. Por ello, conforme Petracchi, una vez que la Constitución reconoce esos derechos, es función de los magistrados protegerlos, aun si ello implica ir en contra de la voluntad de la mayoría<sup>73</sup>.

No obstante, Petracchi no llega a elaborar por qué del postulado relativo a que mi derecho al bien "x" no puede ser ignorado por consideraciones basadas en el hecho de que los intereses de la mayoría podrían beneficiarse si me veo privada de dicho bien, se sigue que son los jueces quienes se encuentran en una mejor posición para llevar adelante dicha

---

por el otro, los argumentos de principios establecen derechos cuya característica principal es proteger un valorable estado de cosas que es distributivo, atemporal e individualizado. Los principios constituyen un límite a la prosecución de los objetivos colectivos. De acuerdo con Dworkin —y aquí por ende con Petracchi— los jueces deberían basar la decisión de sus casos en argumentos de principios en vez de hacerlo en argumentos de política pública. Véase DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, cap. 4.

<sup>72</sup> "Sejean", cit., p. 2304.

<sup>73</sup> Con una línea argumental más elaborada, Nino también considera que una excepción al principio de gobierno democrático que obliga a hacer uso del control judicial de constitucionalidad es cuando debe protegerse la autonomía personal. Según este autor, "[...] la discusión y la toma de decisiones en forma colectiva no son en forma sustancial más confiables que la reflexión individual y la toma de decisiones para arribar a soluciones moralmente correctas en este sentido. De este modo, los jueces no tienen razones para subordinar sus juicios morales a una ley democrática basada en ideales personales de virtud o excelencia. No existe ninguna base epistémica que justifique esa decisión. En este punto, sólo el juicio de los individuos mismos resulta relevante. En consecuencia, un juez, o cualquier ciudadano con fundamentos para efectuar una objeción de conciencia, debería considerar y, eventualmente, poner a un lado cualquier ley perfeccionista u otras normas de origen democrático"; NINO, C., *La Constitución...*, cit., p. 278. En el mismo sentido, véase GARGARELLA, R., *La justicia...*, cit., ps. 253 y 254.

tarea tan delicada que involucra el control judicial de constitucionalidad<sup>74</sup>. Sólo hace referencia a que el texto de la Constitución así lo dispone, ya que de acuerdo con el art. 116, la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación tienen la potestad y, por ende, la obligación de escuchar y decidir todos los casos que se presenten bajo la Constitución Nacional y las leyes de la Nación. Tampoco indica por qué de dicho postulado se sigue necesariamente que el entendimiento de los jueces acerca del significado de determinado derecho reconocido en la Constitución debe ser el último en la dinámica constitucional. Este punto es fundamental para entender y darle un sentido constitucional a las decisiones que después de "Bazterrica" adoptaron distintos actores políticos, decisiones que a medida que van teniendo lugar van, a su vez, integrando la narrativa constitucional de la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Tanto Petracchi como la Corte en general han entendido que la idea de supremacía constitucional implica que los jueces tienen una responsabilidad preeminente y absoluta respecto de los otros poderes del Estado en interpretar la Constitución. Esta idea no es nueva sino, por el contrario, se encuentra presente en la práctica constitucional argentina desde sus orígenes. Por ejemplo, respecto de las decisiones de tribunales provinciales, la Corte Suprema en "Ministerio Fiscal v. Calvete, Benjamín" sostuvo que, "siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ellas se funda, la sentencia de los tribunales provinciales está sujeta a la revisión de la Suprema Corte"<sup>75</sup>. En el caso "Fisco Nacional v. Ocampo, Manuel", la Corte estableció el carácter final de su palabra respecto de aquella de otros tribunales al indicar que "representa en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso y el Poder Ejecutivo en las suyas. Sus decisiones son finales, y no hay tribunal que las pueda revocar. Ésa es la doctrina de la Constitución"<sup>76</sup>. Posteriormente, en el caso "Sojo", siguiendo la jurisprudencia establecida en el fallo norteamericano "Marbury", la Corte extendió su rol como intérprete final de la Constitución al declarar que su misión consiste en confinar a los diferentes poderes del Estado y a las provincias dentro de los límites de las atribuciones dadas por la Constitución<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Novak, C., *La Constitución...*, cit., p. 269.

<sup>75</sup> Fallos 1:340 (1864).

<sup>76</sup> Fallos 12:134 (1872).

<sup>77</sup> Fallos 32:120 (1887) y 5 US 137 (1803), *cit.*

Ahora bien, ¿en qué consiste dicho rol supremo que sólo les cabría a los jueces respecto del cuidado del significado del máximo documento de la Nación? ¿Cuál es el alcance de la idea de que los jueces deben tener la palabra final sobre la interpretación constitucional? ¿Implica ello que los otros poderes y las personas en general le deben obediencia absoluta a sus decisiones?

Conforme una postura teórica, la autoridad del Poder Judicial, como la de las otras autoridades del sistema político, depende de su habilidad para llevar a cabo las funciones que le fueron asignadas<sup>78</sup>. En el ámbito constitucional, la función de la judicatura no consiste sólo en arribar a cualquier interpretación, ni siquiera a una interpretación razonable, sino que fundamentalmente consiste en arribar a una interpretación correcta. Según esta perspectiva, la autoridad judicial entonces emana de dicha habilidad particular que tienen los jueces para arribar a una interpretación correcta. Esta habilidad no surge de una especial capacidad moral del juez, sino de las limitaciones al ejercicio de su poder<sup>79</sup>. Una de ellas consiste en que los jueces están aislados del ejercicio diario de la política. Además el juez tiene la obligación de escuchar las quejas que podría preferir ignorar. Otra limitación se refiere a la obligación del juez de permitirle a las partes exponer sus demandas en un tribunal público con argumentos razonados e inquirir en las bases fácticas de las contenciones expuestas. Otra surge del hecho de que el juez debe justificar sus decisiones en razones públicamente aceptables. Conforme esta posición, los jueces no están para resolver disputas particulares sino para darle un significado y una expresión concreta a los valores públicos contenidos en la ley. Por las razones expuestas, según esta posición los otros poderes del Estado y las personas en general le deben deferencia a dicha decisión judicial.

Otra postura, conocida como "departamentalismo", indica que cada poder del gobierno tiene idéntica autoridad y responsabilidad para in-

<sup>78</sup> Véase Fiss, O., *The Law as it Could Be*, New York University Press, Nueva York, 2003.

<sup>79</sup> Si el contenido de las decisiones de la Corte justificara su autoridad en virtud de su capacidad para persuadir a los distintos actores de la dinámica democrática, entonces cualquier otra opinión cuyo contenido comulgue con nuestras creencias también tendría la misma autoridad. De ahí que la deferencia que se le debe a las decisiones de la Corte, incluso en aquellos casos en que no se comparte su opinión —es decir, que la misma no sea lo suficientemente persuasiva—, debe fundarse en las características y el diseño particulares que determinan su acción. Conf. SCHAUER, F., "Judicial Supremacy and the Modest Constitution", 92 *Calif. L. Rev.*, 1048 (2004).

interpretar la Constitución cuando llevan a cabo sus funciones<sup>80</sup>. Según esta postura, las interpretaciones de la Corte pueden ser persuasivas o adecuadas, pero la Corte no tiene una autoridad institucional especial para decir qué significa la Constitución. El Poder Judicial es uno más entre los otros poderes que intenta utilizar la Constitución de manera correcta, y los otros poderes del Estado no tienen la responsabilidad de considerar la lectura que realiza la Corte de la Constitución como si ella estuviera por encima del entendimiento constitucional de los otros poderes estatales ni como si dicha lectura representase la Constitución misma.

En este último sentido, varios autores estadounidenses han cuestionado que sea necesario y deseable que los jueces decidan cuestiones constitucionales de manera exclusiva y obligatoria para las autoridades democráticas y la comunidad en general<sup>81</sup>. Estos autores buscan y validan otra localización institucional de la autoridad para determinar el significado de la Constitución (ya sea la comunidad, la Legislatura, el electorado, el Poder Ejecutivo) y rechazan la exclusividad de los tribunales para determinar el significado final de la Constitución. Principalmente, están en desa-

<sup>80</sup> POST, R. - SIEGEL, R., "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", 92 *Calif. L. Rev.*, 1031 (2004).

<sup>81</sup> Véase KRAMER, L., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2004; POST, R. - SIEGEL, R., "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", 42 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, 373 (2007); POST, R., "The Supreme Court, 2002 Term. Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law", 117 *Harv. L. Rev.*, 4 (2003); TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999; WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 2001; entre otros. Esta perspectiva recibe los nombres de "constitucionalismo popular" y "constitucionalismo democrático". Kramer ha definido al constitucionalismo popular como un sistema en el cual las personas asumen un control activo y continuado (*ongoing*) sobre la interpretación y la capacidad de hacer cumplir el derecho constitucional; KRAMER, L., "Popular Constitutionalism", 92 *Calif. L. Rev.*, 959 (2004). Por su parte, según el modelo de Post y Siegel de constitucionalismo democrático, la autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, es decir, de la capacidad que tiene la Constitución de hacerle sentir al pueblo que es su Constitución. "Esta creencia es mantenida por tradiciones de involucramiento popular que autorizan a los ciudadanos a hacer afirmaciones sobre el significado de la Constitución y a oponerse a su gobierno —por medio de la producción normativa, de la política electoral y de las instituciones de la sociedad civil— cuando creen que no se está respetando la Constitución. Los funcionarios de gobierno, por su parte, resisten y responden a estos reclamos populares. Estos complejos patrones de intercambio han moldeado históricamente el significado de nuestra Constitución", POST, R. - SIEGEL, R., "Roe Rage...", cit., p. 373 [mi traducción]. Aquí, el desacuerdo interpretativo es una condición normal para el desarrollo del derecho constitucional.

cuerdo con el desdén con el que cierta élite trata a las decisiones adoptadas por la mayoría democrática al preferir que jueces sin credenciales democráticas adopten dichas decisiones<sup>82</sup>. Por el contrario, sostienen, la decisión de la mayoría es un procedimiento respetuoso, no es sólo una técnica admirable para asegurar en las circunstancias de la política una concertación<sup>83</sup>. Ésta es una de las razones esgrimidas para sostener que el derecho constitucional debe encontrar su legitimidad en la cultura constitucional de los actores no judiciales.

La primera postura expuesta hace hincapié en la deferencia que los distintos actores democráticos le deben a la judicatura. Pero aquí no debe confundirse dicha deferencia con la idea de que las decisiones judiciales tienen carácter absoluto y final, es decir, dicha deferencia no implica necesariamente privar a los ciudadanos del control final sobre el significado de la Constitución. Es un hecho indiscutible que ellos pueden intentar cambiar el entendimiento de la misma establecido por la Corte a través de una variedad de mecanismos, tales como la reforma de la Constitución o, desde la reglamentación del mecanismo de selección de los jueces del máximo tribunal, a través de la utilización de este proceso de modo tal de asegurar la presencia de una posición con distinta orientación ideológica a la cuestionada. Además, también consideraciones morales y de prudencia pueden llevar a la gente y a los otros poderes a desconocer la decisión judicial si la consideran sumamente injusta<sup>84</sup>. Por consiguiente,

<sup>82</sup> Otras críticas que se han formulado que desdén el papel de los jueces en la revisión de los actos de los demás poderes pasan por justificaciones de carácter funcional (incapacidad de los tribunales para llevar a cabo tareas que implican el virtual recambio de las decisiones de otros órganos estatales); de carácter procesal (el marco de decisión del litigio judicial no siempre es el ámbito más idóneo para discutir y decidir cuestiones de política pública que pueden implicar priorizar objetivos, distribuir recursos, equilibrar intereses contrapuestos, etc.); también se refieren a la formación profesional de los jueces (algunos temas que debe considerar la judicatura requieren de conocimientos técnicos específicos y abundante información sobre los hechos, aspectos para los cuales una agencia administrativa especializada está más dotada que un juez). Se cuestiona también la imposición de valores personales de los jueces como última palabra interpretativa. Mencionadas en COURTIS, Christian, "Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales", en BERGALLI, R. - MARIYEM, C. (comps.), *Filosofía política, derecho. Homenaje a Enrique María*, Prometeo, Buenos Aires, 2003, p. 311.

<sup>83</sup> WALDRON, J., *Law...*, cit., p. 115.

<sup>84</sup> Un ejemplo interesante para comentar aquí es la decisión de la Corte en el caso "Comunidad Homosexual Argentina", cit., cuyo decisorio eminentemente injusto contra una minoría sexual fue ignorado entre otras instancias por: 1) las autoridades del Ejecu-

la obediencia a las decisiones de los jueces, conforme el diseño institucional y las circunstancias de facto, no es absoluta.

Podría pensarse que la principal diferencia entre ambas posturas es una cuestión de grado, es decir, de la cantidad de deferencia que cada una considera se le debe a los jueces o a las autoridades democráticas respectivamente. No obstante, la discusión acerca de la autoridad que tendrá la interpretación constitucional según la fuente de la que emane o, en otras palabras, la justificación que subyace a la deferencia asignada por cada una de estas posiciones es una materia normativa, no sólo de cantidad de poder que tienen los distintos actores, sean ellos judiciales, políticos o sociales. ¿Por qué es la democracia la que debe tener preeminencia –en el sentido de autoridad– en determinar el significado de la Constitución? ¿Por qué los jueces? Algunos autores piensan que es la especial habilidad que tienen los jueces para arribar a una interpretación correcta lo que justifica que su palabra tenga preeminencia, mientras que otros autores consideran que es el principio del autogobierno democrático lo que justifica que prevalezca la decisión mayoritaria<sup>85</sup>.

---

tivo que inmediatamente después de la decisión de la Corte terminaron confirmando la personería jurídica negada por el máximo tribunal; 2) por la misma Corte quince años más tarde en el caso "ALITT", cit.; 3) por el gobierno de la ciudad de Buenos Aires que en el año 2005 reconoció la unión civil para los homosexuales.

<sup>85</sup> A su vez, la justificación de la función de los jueces como controladores finales del significado constitucional dependerá del modo en el que se responda la pregunta de qué es la Constitución. Por ejemplo, Schauer piensa que si se cree que la Constitución escrita encarna los valores más profundos de la Nación, que es central en la definición de nuestra identidad como sociedad y que además sirve de vehículo a través del cual estos valores son creados y cristalizados, entonces la supremacía judicial necesariamente generará resquemores, ya que sería errado pensar que los jueces que carecen de legitimidad democrática pueden tener semejante preeminencia en la asignación de significado constitucional. Al colocar en la Constitución cuestiones tan fundamentales que de acuerdo con el respeto por los principios democráticos deben ser decididas fundamentalmente por las autoridades democráticas, se clausura la posibilidad de que los representantes del pueblo tomen partido sobre dichos temas y, en cambio, se le otorga dicho poder a jueces que carecen de legitimidad democrática. Sin embargo, si se considera que la Constitución es algo mucho más modesto, es decir, que sólo establece la estructura básica de gobierno y delinea las reglas procesales a través de las cuales dicho gobierno operará, y que dice poco respecto de lo que deben hacer los gobiernos en virtud de que las decisiones de política pública deben adoptarse en ámbitos mucho más deliberativos, abiertos y representativos –sean dichos ámbitos el Congreso o lugares más difusos e inespecíficos donde la opinión pública generalmente se forma, modifica e implementa–, entonces, la supremacía judicial aparecerá como la consecuencia natural del hecho de que el mismo pueblo desee ser limitado en el futuro contra sus preferencias políticas presentes fuertes,

Cabe hacer mención de una arista de esta discusión que es fundamental para determinar su relevancia. En la Argentina, tradicionalmente se ha entendido que la atribución de los jueces de ser los intérpretes finales de la Constitución se extiende sólo a las partes del caso y que, por lo tanto, el efecto de sus sentencias no tiene alcance general o *erga omnes*. Ello en virtud del modo en el que los jueces y doctrinarios argentinos han ido construyendo el alcance de la palabra "causa" contenida en el art. 16 de la Constitución y de la idea de quién está legitimado para estar en juicio. En este contexto, la idea de supremacía judicial estaría restringida a la decisión que los jueces adopten para las partes en pugna. No obstante, la Corte al hacer referencia al carácter final de sus palabras no aclara que el mismo es sólo para las partes y pareciera querer implicar que tiene la autoridad para determinar el significado de la Constitución para todos.

La reforma constitucional de 1994 ha modificado en parte el efecto que las decisiones de los jueces tienen sobre las partes en un caso, es decir, el efecto *inter parte* de las decisiones judiciales. El art. 43 de la Constitución establece que el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva en general podrán interponer una acción de amparo colectiva. Esta nueva institución cuestiona la mirada tradicional respecto de la extensión de las decisiones judiciales en cada caso concreto donde está en juego un derecho de incidencia colectiva<sup>86</sup>. Si se concluye, entonces, como pareciera ser lo correcto en el caso argentino, que efectivamente la reforma constitucional ha ampliado el alcance de los efectos de las sentencias judiciales, entonces esto parecería implicar que las decisiones de los jueces supremos determinan el sentido de la Constitución para todos, no sólo para las partes involucradas en el caso. De ser esto así, la discusión acerca del alcance de la supremacía judicial cobra un tono más importante dado que aquí la decisión judicial pasa a ser "ley", más allá del caso concreto. En este caso, el tipo de ley que deciden los jueces ¿tiene la misma entidad,

pero de corto alcance. En esta visión, "la supremacía judicial no se fundamenta en una mirada idealista y nostálgica sobre las capacidades de la judicatura, sino en la importancia de limitar el interés personal de los actores políticos, algo que se logra cuando se confiere la facultad de revisión judicial de manera suprema en los jueces". Véase: SCHALLER, F., "Judicial Supremacy...", cit. [mi traducción].

<sup>86</sup> Al respecto, véase MAURINO, G. - NINO, E. - CRIGAL, M., *Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, jurisprudencial, procesal y comparado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

fuerza, autoridad que la ley sancionada por las autoridades democráticas? Autores como Post y Siegel proponen distinguir entre el derecho constitucional, es decir, las opiniones y juicios de los jueces sobre la Constitución, y la Constitución misma, esta última como expresando las creencias fundamentales del pueblo<sup>87</sup>. Desde ya que el derecho constitucional, en la medida en que lo quieran y acepten el pueblo y sus representantes, será Constitución; caso contrario, será derecho constitucional sólo para las partes del caso<sup>88</sup>.

Otra cuestión que agregó la reforma constitucional de 1994 que no puede soslayarse es el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los principales tratados internacionales de derechos humanos, con el consiguiente reconocimiento de la autoridad de la interpretación que de los mismos hacen sus autoridades de aplicación —como es, por ejemplo, el caso de la Comisión y Corte Interamericana respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—<sup>89</sup>. La misma Corte Suprema argentina ha reconocido en varios casos la autoridad de las decisiones de estos organismos y ha adecuado sus fallos al contenido de dichas decisiones, en algún caso incluso sin estar de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte

<sup>87</sup> Conf. Post, R. - Siegel, R., "Popular Constitutionalism...", cit., p. 1038. Estos autores señalan que dado que los tribunales están autorizados a hablar sólo como "instrumentos de la ley", los jueces pueden basar el derecho constitucional en la Constitución sólo en la medida en que incorporen las convicciones políticas de la Nación en la sustancia del derecho constitucional. Los actores no judiciales, a diferencia de los tribunales, no tienen esta obligación. Esto implica que si en determinadas circunstancias particulares hay valores constitucionales en juego que son más importantes que la institución de la ley, si la supervivencia de la Nación está en riesgo, los actores no judiciales retienen la opción de desafiar la ley, por ejemplo, al negarse a cumplir con una decisión judicial. Por supuesto, ello puede ocurrir sólo en situaciones muy excepcionales, dado que el Estado de derecho es fundamental, en la medida en que se coloca entre nosotros y el estado de guerra hobbesiano, p. 1039.

<sup>88</sup> Aquí debe tenerse presente que si los efectos de las decisiones sobre cuestiones de derecho constitucional son circunscriptos sólo al caso particular, se corre el riesgo de que el derecho constitucional colapse en una serie de decisiones sin sentido, desconectadas e incoherentes, sin integridad ni visión institucional de largo alcance. Por el contrario, si las decisiones sobre asuntos constitucionales contuvieran todos los principios y lógicas de las decisiones judiciales, el derecho constitucional se extendería a toda una red demasiado abarcativa e irrealista de razonamiento jurídico. Como sostienen Post y Siegel, es fundamental medir el alcance, la amplitud y el equilibrio con el que se ejerce el control judicial de constitucionalidad dado que ello en definitiva determina las dimensiones políticas de la Constitución; Post, R. - Siegel, R., "Popular Constitutionalism...", cit., p. 1041.

<sup>89</sup> Véase *supra*, nota 18.

mencionada<sup>90</sup>. En estos casos la última palabra sobre el significado de la Constitución no descansaría en la Corte sino en dichos organismos y tribunales supranacionales y regionales de derechos humanos.

La fundamentación formalista que realizan Petracchi y la Corte del control judicial de constitucionalidad como anclado en la idea de supremacía constitucional de la que "lógicamente" se deriva la supremacía final de los jueces y con alcance general respecto de la determinación del significado constitucional, impide ver los diversos matices y alcances de una multiplicidad de formas de entender qué es la Constitución y los actores que configuran dicho significado. La riqueza de la interacción entre actores tan diversos que presenta el caso de la tenencia de drogas aquí analizado permite reflexionar sobre dichos matices y variaciones.

En la próxima sección, examino el caso "Montalvo", el cual sólo cuatro años después de "Bazterrica" cambió por completo su jurisprudencia, retomando de este modo la interpretación del art. 19 de la Constitución desarrollada en "Colavini". Pero antes, cabe mencionar que durante los años transcurridos entre "Bazterrica" y "Montalvo", la Corte Suprema en varios otros casos tuvo ocasión de definir con mayor exactitud el alcance de la interpretación del derecho a la autonomía personal que empezó a delinearse en "Bazterrica"<sup>91</sup>. A pesar de que en dichos casos la jurisprudencia de "Bazterrica" fue restringida al determinar con mayor precisión y menor amplitud la esfera de protección del art. 19, no llegó a modificarse<sup>92</sup>.

Particularmente relevante ha sido el hecho de que entre los años que separan a "Bazterrica" de "Montalvo", la mayoría representada en el Congreso insistió en considerar como delito a la posesión de una pequeña cantidad de estupefacientes para consumo personal. Así, en el mes de octubre del año 1989 el Congreso sancionó la ley 23.737, cuyo art. 14 volvió a penalizar la tenencia simple de estupefacientes en los mismos términos de su antecesora, la ley 20.771, art. 6°. La diferencia que se ob-

<sup>90</sup> Véase el caso "Espósito" cit. Cabe aclarar que la Corte no dice expresamente que la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos aludidos reviste de autoridad para ella sino que debe servirle de guía interpretativa para resolver casos en los que esté en juego la Convención Americana. De aquí cabe deducir la autoridad que este tipo de jurisprudencia tiene para los jueces argentinos.

<sup>91</sup> Véanse los casos "Gustavo Adolfo Von Wernich", Fallos 310:2836 (1987); "Alejandro Marcelo García", Fallos 311:2228 (1988); "Miriam Noemí Gerstein", Fallos 311:2721 (1988), y "Sergio Héctor Dicapua", Fallos 312:1892 (1989), citados en GARAY, A., "El precedente...", cit., ps. 79 y 80.

<sup>92</sup> GARAY, A., "El precedente...", cit., p. 78.

serva en la materia consiste en que el art. 17 de la nueva ley agrega una medida de seguridad curativa para el poseedor de una pequeña cantidad de drogas ilícitas que no estaba contemplada en la ley 20.771. El hecho de la insistencia legislativa no es un dato menor dado que suscita la pregunta respecto de cómo reaccionó y cómo debería haber reaccionado la Corte ante la insistencia de la mayoría a favor de la penalización tan poco tiempo después de haber emitido su decisión contraria a la misma. Es decir, la interacción que tuvo lugar entre "Bazterrica", el Congreso y "Montalvo" presenta una excelente oportunidad para discutir cómo debería actuar la Corte ante el conflicto que se suscita entre el poder considerado contramayoritario (la Corte) y el mayoritario (el Congreso) cuando ambos tienen una interpretación disímil del significado de la Constitución.

## 1. Una oportunidad perdida

Antes de continuar con el análisis y la narrativa propuesta, considero oportuno realizar un paréntesis y discutir un aspecto de los mismos que llama mi atención por su silencio. Se ha señalado que en el caso "Bazterrica" tanto la opinión de la mayoría como la de la minoría citan el precedente "Colavini" decidido por la Corte Suprema de la dictadura sin hacer ninguna referencia al hecho de que, sobra decir, dicha Corte no había sido nombrada por medio de los canales constitucionales apropiados<sup>93</sup>. En este

<sup>93</sup> El gobierno militar sancionó el "Estatuto para la Reorganización Nacional" colocando a la Constitución Nacional bajo su autoridad. Removió a los miembros de la anterior Corte democrática y nombró nuevos jueces sin seguir el mecanismo establecido en la Constitución. Enrique Groisman realiza una fuerte crítica de la función cumplida por la Corte durante la dictadura en su trabajo *La Corte Suprema de Justicia durante la dictadura (1976-1983)*, Centro de Investigaciones Sociales sobre el Estado y la Administración (CISEA), Buenos Aires, 1987. Este autor señala que se pretendió mantener una ficción dado que "los jueces debían fundar sus sentencias aplicando las reglas lógicas y los argumentos racionales e interpretar las normas como si el país estuviese regido por un Estado de derecho" (p. 8). Por su parte, Adolfo Gabrielli, ex miembro de la Corte de facto, realiza una defensa del accionar de dicha Corte en su libro *La Corte Suprema de Justicia y la opinión pública. 1976-1983*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986. En sentido similar a este autor, Bidart Campos, respecto de la actuación de la Corte en ese período, indicó que "[a]lgunos dirán que la Corte pudo o debió hacer algo más. Todos podrán coincidir en que ha hecho algo. ¿Qué saldo arroja el balance sobre ese 'algo'? Desde ya, tomándolo en bloque juzgamos que positivo" (p. 10). Luego afirma: "las épocas de emergencia nunca son las más propicias para la libertad ni para los tribunales constitucionales. Sin embargo, muchos de los buenos avances del derecho judicial de la Corte se han operado durante lapsos de emergencia"; véase BIDART CAMPOS, G., *La Corte Su-*

sentido, pareciera que la Corte de la democracia dialoga de igual a igual con la Corte originada en un gobierno militar, es decir, considera que las decisiones de esta Corte tienen la misma validez que sus decisiones. Al respecto, se observa una oportunidad perdida/desperdiciada por los magistrados de la Corte *de iure* a fin de establecer las razones plausibles para desconocer los precedentes de la Corte *de facto* e inaugurar de este modo una regla de precedentes que se haga cargo del pasado dictatorial con el objeto de establecer hacia el futuro las reglas de una sociedad democrática.

Para intentar comprender este punto tal vez sea útil conocer la posición de la Corte en varios casos donde estaba en contienda la validez de algunas normas heredadas de la dictadura. De acuerdo con ello, la Corte Suprema ha sostenido que existe una diferencia substancial entre las normas sancionadas por la dictadura y aquellas sancionadas por gobiernos constitucionales y que, por lo tanto, las primeras están sujetas a la ratificación o rechazo por las autoridades democráticas, incluso la que se refiere a la misma designación de los jueces durante la dictadura<sup>94</sup>.

El argumento teórico subyacente en estas decisiones señala que las normas sancionadas durante el gobierno democrático gozan de una presunción de legitimidad de la que carecen aquellas sancionadas por un gobierno *de facto*. Al menos, ante el silencio de la Corte al respecto, seguramente Carlos Nino hubiera integrado y completado con este argumento la doctrina esbozada por la misma. Este autor sostiene que lo que le confiere una presunción de validez a una norma es el valor epistémico del procedimiento democrático consistente en la deliberación imparcial de

---

*prema. Tribunal de garantías constitucionales*, Allende y Brea, Buenos Aires, 1982, p. 174. En sentido contrario, el informe de la CONADEP sostuvo que durante la dictadura la Corte Suprema "coonestó la usurpación del poder y permitió que un cúmulo de aberraciones jurídicas adquiriera visos de legalidad. Salvo excepciones, homologó la aplicación discrecional de las facultades de arresto que dimanaban del estado de sitio, admitiendo la validez de los informes secretos provenientes de los organismos de seguridad para justificar la detención de ciudadanos por tiempo indefinido. E, igualmente, le imprimió un trámite meramente formal al recurso de hábeas corpus, tomándolo totalmente ineficaz en orden a desalentar la política de desaparición forzada de personas [...]. En conclusión, durante el período en que se consumó la desaparición masiva de personas, la vía judicial se convirtió en un recurso casi inoperante".

<sup>94</sup> Ver "Aramayo", Fallos 306:72 (1984); "Dufourq", Fallos 306:174 (1984); "Badano", Fallos 310:1045 (1987). La Corte Suprema agrandada del gobierno de Menem adoptó un punto de vista diferente en el caso "Godoy", Fallos 313:1621 (1991). Aquí la Corte decidió que los actos legales originados durante la dictadura militar subsistan durante el período constitucional subsiguiente con la misma autoridad y efectividad que los actos legales emanados de un gobierno democrático.

ideas por parte de la misma gente a la que se aplicará la decisión debatida<sup>95</sup>. Así, pues, dado que las normas de la dictadura no se originaron en una discusión democrática, una de las facultades de las nuevas autoridades democráticas consiste en decidir qué hacer con las normas provenientes del gobierno *de facto*, ya sea ratificándolas o rechazándolas.

¿Corresponde aplicar esta filosofía a las resoluciones dictadas por la Corte Suprema de la dictadura? Hasta donde he podido investigar, la Corte Suprema de la democracia nada ha dicho acerca de cómo debía tratarse o considerarse la validez de los precedentes de su par de la dictadura. Si se tiene en cuenta que en sus fallos la Corte de la democracia ha citado con frecuencia jurisprudencia proveniente de la Corte de la dictadura, no es descabellado asumir que cuando, a los efectos de avalar una opinión, la Corte Suprema hace referencia a una decisión de la Corte de la dictadura, está ratificando implícitamente la validez de esta jurisprudencia *de facto*. Así, pues, es posible argumentar que una vez que la Corte Suprema cita un precedente de la Corte *de facto*, a través de este mismo acto le está confiriendo a dicho precedente la misma validez que tienen sus decisiones, generando a su vez una suerte de continuidad legal entre ésta y su predecesora<sup>96</sup>.

## V. "MONTALVO"

Cuatro años después de "Bazterrica" la Corte Suprema resolvió el caso "Montalvo"<sup>97</sup>. Todo lo que se conoce de los hechos del caso es que Ernesto Montalvo fue detenido por la policía y al llegar a la comisaría arrojó una bolsita con 2,7 gramos de marihuana. Una mayoría de seis jueces de una nueva Corte Suprema con un número mayor de integrantes decidió retomar la doctrina establecida en "Colavini", la cual consideró legítima la punición de la posesión de drogas ilícitas para consumo personal<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Véase Niso, C., *Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto*, La Ley, Buenos Aires, 1983.

<sup>96</sup> Enrique Grosman expresa que "[e]n nuestra literatura jurídica existe la tendencia a considerar la doctrina de dicho tribunal como si existiera una continuidad que borrara el contenido concreto de sus actitudes históricas, que disipara los matices, las diferencias y aun los antagonismos que presentan sus sentencias a través del tiempo"; GROSSMAN, E., *La Corte...*, cit., p. 9.

<sup>97</sup> "Montalvo", Fallos 313:1347 (1990).

<sup>98</sup> Uno de los puntos que retoma es el alcance de protección que el art. 19 de la Constitución confiere a las acciones privadas. Véanse los consid. 11 y 12 de "Montalvo", cit.

Para la mayoría, este caso era el punto en el pasado donde la Constitución Nacional había sido interpretada de acuerdo con su correcto sentido. Así, no obstante la reciente decisión en "Bazterrica", la mayoría del alto tribunal resolvió un cambio drástico en su posición —y con él del significado de la Constitución— en un tema tan importante, sin elaborar mayormente sobre el hecho de que tan sólo cuatro años antes los jueces interpretaron este planteo en una forma totalmente distinta. La Corte simplemente negó la corrección de la fundamentación de "Bazterrica" y retomó el rumbo de "Colavini". Esta mayoría estaba compuesta por los seis miembros nuevos de la Corte más el juez Fayt, quien se remitió a su voto en minoría en "Bazterrica".

La mayoría en "Montalvo" consideró que debía ser deferente ante la insistencia del legislador en sancionar un régimen legal análogo al considerado inconstitucional en "Bazterrica", que incrimina como peligrosa toda conducta relacionada con la posesión de estupefacientes para consumo personal. La mayoría en "Montalvo" no se sintió obligada por su precedente en "Bazterrica" sino por la insistencia de la mayoría de los representantes del pueblo, razón por la cual decidió seguir la línea jurisprudencial en "Colavini", que confulgaba con ambos legisladores, el de 1974 y el de 1989, años en que fueron sancionadas las dos leyes que penalizan la tenencia. Las razones que proveyó a los efectos de apartarse del precedente más reciente se refirieron principalmente a afirmaciones de tipo dogmáticas, sin sustento empírico, sobre el avance e incremento de la drogadicción.

Por consiguiente, en relación con la sanción de la ley 23.737, la mayoría en el caso "Montalvo" sostuvo que "no puede dejar de valorar adecuadamente la insistencia del legislador en renovar un régimen legal análogo" que sigue considerando peligrosa toda conducta vinculada con la tenencia de estupefacientes<sup>99</sup>. Además, hizo referencia al devastador avance de la drogadicción entre los jóvenes y niños durante los años transcurridos desde la sanción de la ley 20.771 en 1974 hasta 1989, cuando el legislador dictó la ley 23.737 manteniendo la incriminación cuestionada. Para ello, citó algunos apartados de los diarios de sesiones de las Cámaras del Congreso ya que constituyen "la interpretación auténtica de la nueva ley"<sup>100</sup>. Finalmente, menciona que las diversas interpretaciones efectuadas por los fallos dictados durante la vigencia de la ley 20.771 provocaron inseguridad jurídica y que, a fin de que no se realicen más eva-

<sup>99</sup> "Montalvo", cit., p. 1354.

<sup>100</sup> "Montalvo", cit., p. 1355.

juaciones sobre el tema "que pueda llegar a un casuismo no querido por la ley ni por la sociedad", el legislador decidió una vez más establecer como conducta delictiva la tenencia de estupefacientes en escasa cantidad destinada al uso personal<sup>101</sup>. Cabe observar que la opinión de la mayoría se funda en el concepto de seguridad jurídica a los efectos de retornar a la jurisprudencia anterior a "Bazterrica", caso éste que para la mayoría en "Montalvo" generó una gran incertidumbre jurídica. Lo interesante aquí es que la idea de seguridad jurídica también es utilizada por el voto en disidencia de Petracchi, pero con el objeto de señalar la necesidad de conservar el precedente en "Bazterrica".

Es importante tener presente que el voto de la mayoría en "Montalvo" no hace referencia al contexto político que rodea el caso respecto del grado de consolidación de la democracia, ni hace referencia a algún tipo de obligación que los jueces hubieran podido tener en construir y consolidar la democracia, tal como fuera sugerido por Petracchi en "Bazterrica".

Por su parte, en su disenso en la causa "Montalvo", Petracchi añadió una nueva línea de razonamiento que no estaba presente en su opinión en "Bazterrica". Este juez enfatizó la importancia de conservar cierto respeto por el precedente. De más está decir que el punto de partida de su narrativa es la providencia de "Bazterrica", cuya misión principal, de acuerdo con este juez, consistió en contribuir al proceso de consolidación de la democracia. Consecuentemente, eligió construir la narrativa constitucional democrática argentina desde un punto de partida diferente del elegido por la mayoría de los jueces, quienes colocaron dicho punto en el caso "Colavini" resuelto por la Corte de la dictadura.

Petracchi indica que es una regla fundamental del funcionamiento del Tribunal Supremo adecuar sus decisiones a los precedentes decididos por él mismo en casos similares<sup>102</sup>. El precedente establece un límite al marco decisorio de los jueces que está determinado por su actividad pasada. Este juez destaca la conveniencia de mantener la estabilidad jurisprudencial en pos de la seguridad jurídica, a menos que se aleguen razones lo suficientemente graves como para hacer inevitable su modificación<sup>103</sup>. Al respecto cita la jurisprudencia en el caso "Miguel Baretta", donde la Corte Suprema sostuvo que "[s]i bien es cierto que la autoridad de los precedentes judiciales no es siempre decisiva, especialmente en materia constitucional, también lo es que si las circunstancias del caso a fallarse

<sup>101</sup> "Montalvo", cit., p. 1356.

<sup>102</sup> "Montalvo", cit., p. 1362.

<sup>103</sup> "Montalvo", cit.

no revelan claramente el error o la inconveniencia de las decisiones anteriormente adoptadas con respecto a la misma cuestión jurídica haciendo ineludible un cambio de criterio, corresponde aplicar la doctrina de los mencionados antecedentes"<sup>104</sup>. También cita el caso "Mario Gaviña", el cual agrega a los dichos precitados "la evidente conveniencia de su estabilidad [la del precedente] en tanto no se aleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación"<sup>105</sup>.

Citando jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Petracchi menciona varios argumentos acerca de por qué los tribunales no deben apartarse con ligereza de sus decisiones anteriores. Entre ellos figuran: 1) la conveniencia de que la ley sirva como una guía clara para la conducta de las personas; 2) la importancia de promover una solución equitativa y rápida eliminando la necesidad de volver a discutir algunos temas relevantes en cada caso; 3) la necesidad de preservar la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas<sup>106</sup>.

Todas estas razones brindadas con el objeto de justificar el respeto por el precedente, en particular la referida a la necesidad de preservar la confianza pública en el Poder Judicial, son todavía más importantes, afirma Petracchi, para una Corte que tiene que decidir causas teniendo en cuenta además la importancia de consolidar la democracia recientemente instaurada. Al respecto sostuvo que "[u]na vez recuperada la plena vigencia de nuestras instituciones democráticas, se hace imperiosa, de ahora en más, la necesidad de asegurar la permanencia y estabilidad de las decisiones de la Corte Suprema, más allá de los cambios circunstanciales de su integración, con el objeto de mantener la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas"<sup>107</sup>.

Por supuesto, afirma Petracchi, el principio formulado no debe ser considerado como una regla rígida y absoluta; no obstante, deben existir razones lo suficientemente serias para abandonar un precedente. A continuación, esboza dos circunstancias que si se encuentran presentes determinarían un apartamiento de la obligación de preservar el precedente<sup>108</sup>: 1) cuando el posterior desarrollo jurisprudencial del tribunal ha convertido a aquél en una mera expresión aislada que no forma parte de la corriente doctrinaria; 2) cuando las lecciones de la experiencia o las cam-

<sup>104</sup> "Miguel Baretta v. Prov. de Córdoba", Fallos 183:409 (1939).

<sup>105</sup> "Mario Gaviña v. Prov. de Buenos Aires", Fallos 209:431 (1947).

<sup>106</sup> "Montalvo", cit., p. 1363.

<sup>107</sup> "Montalvo", cit., p. 1364.

<sup>108</sup> "Montalvo", cit., p. 1365.

biantes circunstancias históricas han demostrado lo erróneo de la solución contenida allí <sup>109</sup>.

Según Petracchi, ninguna de estas circunstancias se desarrolló en el caso; por consiguiente, afirmó, no existen suficientes motivos para alejarse de su precedente. Respecto de la primera circunstancia enumerada, Petracchi indica que "Bazterrica" no es una jurisprudencia aislada, dado que luego de su decisorio la Corte ha reafirmado su posición en relación con el art. 19 de la Constitución en el caso "Muller" <sup>110</sup>, fallado un mes antes que "Montalvo". Es curioso que aquí Petracchi no menciona los otros casos sobre tenencia de drogas para consumo personal que un par de años después de "Bazterrica", a pesar de haber acotado el alcance de esta jurisprudencia, no llegaron a modificarla <sup>111</sup>. De haber citado estos casos, la argumentación de Petracchi se hubiera fortalecido, razón que hace bastante sorprendente la ausencia de dicha cita. Más aún, ni siquiera señala las similitudes de hecho y derecho existentes entre el único caso que nombra, "Muller", y "Bazterrica". En principio, los hechos en "Muller" nada tienen que ver con los hechos en "Bazterrica" dado que dicho caso se trató sobre la constitucionalidad de la decisión de extraer sangre a un niño para establecer su identidad; no se trató de un caso de tenencia de drogas para consumo personal. Ambos casos, tan sólo parecieran tener en común el entendimiento sustancial del principio de autonomía, a pesar de que el caso "Muller" se refiere más específicamente al derecho a la intimidad que al derecho a la privacidad defendido en "Bazterrica". Es una pena que habiendo podido argumentar y, en definitiva, construir la corriente doctrinaria que durante la transición democrática se mostró partidaria de entender el principio de autonomía de forma más robusta, Petracchi haya desperdiciado dicha oportunidad.

Asimismo, respecto del primer punto, al referirse sólo a "desarrollos jurisprudenciales" que pudieran convertir al precedente en una mera expresión aislada no representativa de la opinión doctrinaria prevaleciente, Petracchi deja afuera otras expresiones que eventualmente pueden servir como indicio de la pérdida de apoyo del precedente. De esta manera, no incluye elementos tales como el sentido de las decisiones adoptadas por tribunales inferiores, ni el hecho de que la misma Corte en casos que suce-

<sup>109</sup> "Montalvo", cit.

<sup>110</sup> "Muller, Jorge s/denuncia", Fallos 313:1113, del 13/11/1990. En este caso la Corte dijo que la decisión de extraer sangre a un niño para establecer su identidad violaba el derecho a la privacidad.

<sup>111</sup> Véase nota 91 sobre los casos que se dictaron entre "Bazterrica" y "Montalvo".

dieron a "Bazterrica" fue acotando el alcance de su decisorio<sup>112</sup>. En este sentido, parece ser inadecuado, si no deshonesto, ignorar estas expresiones de posibles puntos de vista que integran y contribuyen a formar la corriente dominante de pensamiento sobre determinada materia que ayuda a completar y moldear el contenido de la ley.

En relación con la segunda circunstancia expuesta, esto es, cuando las lecciones de la experiencia o las cambiantes circunstancias históricas han demostrado lo erróneo de la solución contenida allí, no es suficiente afirmar que no existen hechos históricos nuevos, como hace Petracchi, sino que debería haber desarrollado en profundidad dicha afirmación a los efectos de probar este punto. Claramente, constituyen hechos históricos nuevos la ley sancionada por el Congreso reafirmando la criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal o la sanción de la Convención de Viena por el Poder Ejecutivo. Además, probablemente en los cuatro años transcurridos entre "Bazterrica" y "Montalvo" haya habido nuevos reportes médicos, nuevas estadísticas en relación con el incremento o no de la criminalidad como consecuencia de los estupefacientes, nueva información médico-científica sobre los problemas o mitos de la adicción a las drogas, informes y opiniones de las organizaciones profesionales, gubernamentales y no gubernamentales expertas en el tema, entre otros elementos de información. Ninguna de estas cuestiones fue examinada por Petracchi; tan sólo da por sentado, sin brindar información empírica al respecto, que no hubo cambios en el aspecto fáctico de su argumentación en "Bazterrica" que lo hayan dejado obsoleto<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> A modo de contraste con la falta de un análisis detallado de las circunstancias que habilitarían desconocer un precedente, es interesante conocer el grado de elaboración de las razones brindadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando ha tenido que apartarse de un precedente. En el caso "Lawrence v. Texas", 539 US 558 (2004), esta Corte consideró inconstitucional una ley de Texas que criminalizaba la sodomía apartándose de su precedente en "Bowers v. Hardwick", 478 US 186 (1986). Para ello, la mayoría en "Lawrence" discutió con la de "Bowers" la afirmación contenida en este caso respecto de que la prohibición de la sodomía tenía raíces ancestrales en Norteamérica. En cambio, sostuvo que dicha afirmación no era cierta respecto de las parejas homosexuales, ya que ese tipo de normativa no se desarrolló hasta el último tercio del siglo XX. En segundo lugar, indicó que en los años posteriores a la decisión en "Bowers" las deficiencias de este caso se hicieron más notorias. Por ejemplo, de los veinticinco Estados que al momento de "Bowers" criminalizaban la sodomía, ocho años después sólo trece lo hacen, de los cuales cuatro sólo hacen cumplir esta ley en contra de los homosexuales. En tercer lugar, en la medida en que "Bowers" se apoyó en valores compartidos con una civilización más amplia que la de los Estados Unidos, la Corte consideró

En un caso reciente, la Corte Suprema se ha hecho eco de la argumentación sobre el precedente expuesto. En "Barreto" este tribunal sostuvo que "es deseable y conveniente que los pronunciamientos de la Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos"<sup>114</sup>. Dado que en este caso la Corte cambiaría el precedente, necesitó recalcar que "esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión"<sup>115</sup>. De todos modos, sostuvo el tribunal, para que la modificación jurisprudencial se encuentre

---

relevante el hecho de que la Corte Europea de Derechos Humanos y otras naciones hayan afirmado el derecho de los homosexuales adultos de participar en conductas consensuales e íntimas como la sodomía. Finalmente, sostuvo que la racionalidad de "Bowers" no resiste un análisis pormenorizado y que esta sentencia, incluso en el momento de haber sido decidida, fue incorrecta. Cada una de estas afirmaciones se encuentra respaldada con información empírica detallada. Por su parte, la Corte estadounidense en el caso "Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey", 505 US 833 (1992), hace referencia a una serie de consideraciones prudenciales y pragmáticas que deben examinarse a fin de testar la consistencia, en este caso, de rechazar la decisión anterior con el ideal del *rule of law*. En este caso, cinco disposiciones de la ley de Pensilvania sobre Control del Aborto fueron cuestionadas por inconstitucionales *on its face* conservándose de este modo el precedente en "Roe". Dichas consideraciones prudentes y pragmáticas analizadas por la mayoría en "Casey" a fin de no dictaminar en contra de "Roe v. Wade", 410 US 113 (1973), consisten, en primer lugar, en el hecho de que la norma principal no sea hallada impracticable; en segundo lugar, si la norma que limita el poder del Estado puede ser modificada sin que con ello se produzca una seria inquietud para aquellos que se han apoyado en ella o que no se genere un significativo daño para la estabilidad de la sociedad gobernada por el precedente; en tercer lugar, si el crecimiento de la ley en los años que siguieron a "Roe" ha dejado su decisorio principal como un anacronismo doctrinal considerado como tal por la sociedad; finalmente, si las premisas fácticas de "Roe" han cambiado tanto en el transcurso de dos décadas como para hacer que la regla establecida por el precedente sea de algún modo irrelevante o injustificable para lidiar con el asunto sujeto a discusión. Excepto por esta última consideración, las demás no han sido consideradas en el análisis de Petracchi. Es particularmente enriquecedor observar el nivel pormenorizado de diálogo que existe en los casos comentados y sus precedentes, algo apenas delineado y bastante ausente en la opinión de Petracchi y mucho más aún en la del resto de los jueces.

<sup>114</sup> "Barreto, Alberto Damián y otra v. Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", B.2303.XI del 21/3/2006, Fallos 329:759, consid. 6. Esta decisión fue unánime más la abstención de Fayt.

<sup>115</sup> "Barreto", cit.

justificada, tienen que existir "causas suficientemente graves, como para hacer incluídible tal cambio de criterio", así como mediar "razones de justicia al efecto", entre las cuales se encuentra "el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido" <sup>116</sup>.

Luego, la Corte agrega algo que no estaba presente en la argumentación de Petracchi en "Montalvo" cuando afirma que "los poderes del tribunal para preservar el rol preeminente e insustituible que le ha reconocido la Constitución Nacional, naturalmente desplazan el principio funcional de la perdurabilidad de su jurisprudencia". ¿Qué quiere decir que el rol de la Corte es preeminente e insustituible? ¿Qué rol? La Corte no abunda al respecto. Aquí surgen las mismas dudas que respecto de la supremacía judicial examinadas en el apartado anterior. Cuando la Corte dice "preeminente", ¿quiere significar que los jueces de la Corte son los intérpretes finales de la Carta Magna para todos, incluidas las autoridades democráticas? ¿Para las partes del caso? ¿La mención a "insustituible" implica que estos jueces son los únicos autorizados conferir a la Constitución su significado? Una vez más, estas son preguntas que los jueces supremos no han explorado en profundidad.

Se ha mencionado en algunos párrafos que anteceden cuáles son las razones, de acuerdo con Petracchi, para preservar el precedente. Merece especial atención la meta de mantener la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas. Ésta no es una idea nueva en el pensamiento de este juez. Ya en el caso "Sejean", Petracchi afirmó que "el efecto perdurable de las decisiones judiciales depende de la argumentación que contengan y de la aceptación que encuentren en la opinión pública, con la que los jueces se hallan en una relación dialéctica distinta de la que mantiene el legislador. Esta relación es también relevante, pues no poseen otro medio de imposición que el derivado del reconocimiento de la autoridad argumentativa y ética de sus fallos, y del decoro de sus actuación" <sup>117</sup>. Podría deducirse que la referencia al "efecto perdurable de las decisiones judiciales" apunta a la autoridad y legitimidad que debería emanar de ellas. Para Petracchi, dicha autoridad se encuentra en estrecha relación con la percepción que la opinión pública tenga de la integridad ética de las decisiones judiciales. Ahora bien, no queda

<sup>116</sup> "Barreto", cit. Aquí la Corte cita el caso "Barreta", cit., y el voto en disidencia del juez Petracchi en "Montalvo", cit.

<sup>117</sup> "Sejean", cit., p. 2303.

claro si por "argumentación" o "autoridad argumentativa" Petracchi quiso referirse a una técnica o habilidad particular con la que cuentan los jueces o al contenido de dichas decisiones judiciales.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido muy cuidadosa en su argumentación respecto de las consecuencias de poner en juego la vigencia de un precedente. En el caso "Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey" esta Corte debió establecer los criterios para conservar su jurisprudencia establecida en el caso "Roe v. Wade"<sup>118</sup>. De este modo, en "Casey" la Corte Suprema norteamericana sostuvo que un apartamiento de la decisión principal en el caso "Roe" implicaría un resultado injustificable bajo los principios del *stare decisis*. Además, afirmó el tribunal, las consecuencias de dicho rechazo al precedente significarían un debilitamiento serio de la capacidad de la Corte para ejercitar el poder judicial y para funcionar como la Corte Suprema de una nación dedicada al *rule of law*. "A fin de comprender por qué esto sería así", continuó el tribunal, "es necesario entender la fuente de la autoridad de esta Corte, las condiciones necesarias para su preservación y su relación con el entendimiento que el país tiene de sí mismo como una República constitucional"<sup>119</sup>. La fuente de dicha autoridad, según la Corte, yace en su legitimidad, la cual es "un producto de sustancia y percepción que se expresa en la aceptación que el pueblo haga de la judicatura como preparada para determinar lo que las leyes de la Nación significan y para declarar lo que demandan"<sup>120</sup>. Aquí se destaca el rol que la especial habilidad de la Corte tiene para determinar el significado constitucional de las normas y su cercana relación con la percepción y aceptación pública de la misma. Este punto podría concatenarse con la preocupación de Petracchi respecto de la aceptación pública de las argumentaciones de la Corte Suprema a fin de conferir autoridad a sus resoluciones.

Otro pasaje de "Casey" elabora sobre la sustancia que debe informar la decisión judicial. La Corte estadounidense sostuvo que "la Corte debe poner cuidado en hablar y actuar en formas que permitan a las personas aceptar sus decisiones en los términos que la Corte reclama para ellas, como asentadas verdaderamente en principios, no como concesiones por medio de presiones sociales y políticas que como tales no tienen

<sup>118</sup> "Casey", cit. Para un ejemplo de la racionalidad utilizada por este tribunal cuando debió rechazar su jurisprudencia en un caso similar véase el análisis del caso "Lawrence v. Texas" en la misma nota.

<sup>119</sup> "Casey", cit., p. 865 [mi traducción].

<sup>120</sup> "Casey", cit. [mi traducción].

entidad en las opciones de principios que la Corte está obligada a adoptar. Así pues, la legitimidad de la Corte depende de tomar decisiones legalmente principistas bajo circunstancias en las que su carácter principista es lo suficientemente plausible como para ser aceptado por la Nación"<sup>121</sup>. Aquí, a la particular preparación o técnica que tiene la Corte para determinar el significado de la norma se agrega la necesidad de que la sustancia de los fallos de la Corte esté fundada en principios y no en intereses políticos contingentes, dado que sólo de esta manera la gente legitimará las resoluciones del máximo tribunal. Incluso, me atrevo a asumir que este tribunal agregaría que no están de acuerdo con la decisión. Este punto contribuiría a complementar la mención de Petracchi sobre la autoridad argumentativa y ética de las decisiones judiciales.

Más allá de los déficit mencionados en la argumentación de Petracchi, resultan loables sus esfuerzos para intentar construir una teoría del precedente donde sólo existían algunas ideas sin coordinación ni sistematización de parte de la Corte. En este sentido, la meta de crear autoridad y legitimidad en las decisiones de los jueces es de suma importancia para una Corte que ha perdido –o nunca ha tenido– la confianza y el respeto de la gente. Por un lado, esto se debe en gran parte a los continuos cambios en la composición de este tribunal que lo hicieron dependiente de los intereses personales del Poder Ejecutivo. Pero también, en gran medida, obedece a la influencia de la tradición continental que ha contribuido a generar un sistema que no motiva a los jueces a fundar sus decisiones en razones. De todos modos, hay indicios para pensar que en los últimos tres años la Corte se ha hecho cargo de las críticas expuestas y ha intentado apuntalar estas debilidades con el objetivo de crear dicha legitimidad<sup>122</sup>.

<sup>121</sup> "Casey", cit., ps. 865 y 866 [mi traducción].

<sup>122</sup> Por medio de un conjunto de acordadas la Corte Suprema ha regulado sobre la participación pública en su esfera y sobre la publicidad y transparencia de sus actos de gobierno. De esta forma, la acordada 28/2004 (14/7/2004) autoriza, respecto de las causas en trámite ante la Corte y siempre que en ellas se ventilen cuestiones de trascendencia institucional o que resultasen de interés público, la actuación de los denominados amigos del tribunal a fin de que hagan saber sus opiniones o sugerencias sobre asuntos de aquella naturaleza y, con ese alcance, ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión de dichas causas. Complementando esta resolución, la acordada 14/2006 (3/5/2006) dispone que la difusión pública de las causas aptas para la actuación de *amicus curiae* se haga mediante su inclusión en la página web prevista en la acordada 1/2004 (11/2/2004). Esta acordada regula la publicidad de los actos de la Corte. Por su parte, a fin de regular el "alegado de oreja" en la Corte, la acordada 7/2004 (24/2/2004) establece que cuando los litigantes y profesionales soliciten audiencia con alguno de los jueces de dicho tribunal, ella tendrá lugar siempre que dichas personas obtengan la presencia

A esta altura del análisis corresponde subrayar la actualidad que tiene la discusión sobre la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. A pesar de que a la fecha no hay casos sobre este tema pendientes de resolución ante la Corte Suprema, muy seguramente en el corto plazo los haya <sup>123</sup>. Esto sería resultado de decisiones de tribunales inferiores que han ido restringiendo la jurisprudencia sentada en "Montalvo" <sup>124</sup>. Al respecto, es ilustrativa de esta tendencia la jurisprudencia de la sala 2ª de la Cámara Criminal y Correccional Federal que considera que "la reciente conformación de una nueva integración en el alto tribunal sugiere que se ha presentado la oportunidad de retomar la línea jurisprudencial abandonada de la manera cuestionada", haciendo referencia a la necesidad de volver a la jurisprudencia de "Bazterrica" <sup>125</sup>.

de la contraparte o de su letrado en la causa contenciosa de que se trate. Asimismo, cabe afirmar que nueva jurisprudencia de la Corte parecería evidenciar una preocupación creciente por la aceptación de la gente, véase *supra*, nota 11.

<sup>123</sup> No obstante, cabe mencionar el caso "Vega Giménez, Claudio s/tenencia simple de estupefacientes", sentencia del 27/12/2006, que, aunque no examinó la constitucionalidad del art. 14 de la ley 23.737, estableció que "la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir 'inequívocamente' de la 'escasa cantidad y demás circunstancias' no puede conducir a que si 'el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga' quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple". En otro de los últimos casos en los que la Corte hubiera podido analizar la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia para consumo personal, la Corte absolvió al acusado por no haberse respetado las garantías constitucionales del imputado sin detenerse a analizar dicha constitucionalidad. Ver el caso "Peralta Cano, Mauricio", Fallo P.1666, XLI 3/5/2007.

<sup>124</sup> Ver nota siguiente.

<sup>125</sup> Conforme la causa "S. T." del 9/5/2006. Aquí la Cámara declaró atípica la tenencia de estupefacientes que originó el sumario dado que no se constató la situación de peligrosidad para la salud que caracteriza al delito del art. 14, párr. 2º, ley 23.737. Por su parte, en la causa "Nonikov, Alejandro s/sobresesimiento" de la misma fecha y del mismo tribunal anterior, los jueces Horacio Cattani, Eduardo Luraschi y Martín Irurzun sostuvieron que "resulta constitucionalmente exigible atender al contexto en que se verificó la tenencia de la droga destinada al uso personal, para determinar si la actividad concreta que se analiza puede reputarse representativa del riesgo para la salud pública que se atribuyó a la conducta descrita en el art. 14, párr. 2º, ley 23.737". Dadas las particularidades del caso, concluyeron que existía tal afectación y procesaron a Nonikov. En el caso "Thomas", misma fecha y mismo tribunal, los jueces indicaron que la tenencia de drogas para consumo no es delito en sí misma, sino que sólo debe pensarse en los casos en que, por el contexto en que se produce, afecta la salud pública. Para los camaristas, si la droga iba a ser utilizada en privado, la conducta no afecta en modo alguno la salud pública. Para un comentario de estos últimos dos fallos véase CARRIÓ, A., "Tenencia de drogas para uso personal: ¿Razonabilidad, privacidad, autonomía o qué?", LL 2006-D-

Finalmente, no puede soslayarse la sanción de la ley 26.052 del mes de julio de 2005 sobre "Competencia. Desfederalización. Modificaciones a la ley 23.737". El art. 1° de esta ley, que sustituye el art. 34 de la ley 23.737, permite a las provincias la opción de asumir su competencia en los casos de comercio y tenencia de estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor para su uso personal. Por su parte, la ley 13.392, dictada por la provincia de Buenos Aires, receptó en forma favorable dicha opción. Al considerar una ley referida al tema discutido aquí, el Congreso decidió no modificar en lo sustantivo la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal del art. 14 de la ley 23.737. Por ello, es dable preguntarse si este desarrollo normativo no debe ser interpretado como una aceptación por parte del Congreso, en este caso tácita, de la prohibición referida.

## VI. ALGUNAS REFLEXIONES

La modificación, con el consiguiente aumento, de la composición del máximo tribunal que se llevó a cabo durante el gobierno de Menem erosionó gradualmente toda legitimidad que la Corte había comenzado a obtener durante los primeros años de democracia. Esta Corte "agrandada" sirvió a los intereses de la clase gobernante con tanto ahínco que fue capaz de desestimar la credibilidad que estaba empezando a construirse durante esos primeros años de transición. Así, la falta de independencia de los jueces en cuanto a sus intereses personales y políticos generó en la gente una fuerte aprehensión hacia el Poder Judicial que aún hoy subsiste.

Actualmente, la Corte Suprema está atravesando una fase de transición y de redefinición, donde su objetivo principal debería consistir en construir su identidad institucional de forma tal que su accionar irradie confianza y respetabilidad en la sociedad. Por lo tanto, ante un contexto de enorme descrédito y desconfianza hacia el Poder Judicial, la prioridad de los ministros de la Corte debe consistir en la construcción y consolidación de la legitimidad y autoridad de sus decisiones. Esta construcción requiere, por un lado, dar algún grado de continuidad y permanencia a sus opiniones. Por el otro, precisa que los jueces hagan expresas las razo-

295. Por otra parte cabe agregar que este mismo tribunal el 29/4/2007 en el caso "XX" estableció que si la tenencia de drogas para consumo personal es realizada con fines terapéuticos, ello no configura delito. Véase "Si es con fin terapéutico, no es delito", *Página 12* del 30/5/2007.

nes que fundamentan la solución de sus fallos. Todo esto en virtud de que tanto la predictibilidad jurisprudencial, en definitiva ideológica de la Corte, como la sustancia razonada de sus sentencias contribuirán a la aceptación pública de su actuación. Petracchi destaca la relevancia de estos elementos cuando en su opinión en "Montalvo" reconoce que es imperiosa la necesidad de asegurar la permanencia y estabilidad de las decisiones de la Corte Suprema con el objeto de mantener la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas.

Un componente central en la construcción de dicha fe pública en la autoridad judicial consiste en la percepción y aceptación que el público realice de la decisión judicial. Para Christian Courtis, "[p]arte de la legitimidad de la actuación judicial está cifrada en la aceptación de sus decisiones, de su imagen y de su conducta por parte de la ciudadanía. [...] Se trata, simplemente, de un correcto ejercicio de prudencia política por parte de los jueces"<sup>126</sup>. Ello porque la autoridad judicial para hacer cumplir la Constitución depende en última instancia de la confianza de los ciudadanos<sup>127</sup>.

El "correcto ejercicio de prudencia política" es la misma estrategia que Alexander Bickel entiende necesaria a fin de que las decisiones judiciales se alcen con la aceptación popular referida. Al respecto, este autor señala que "[l]a primera obligación de la Corte consiste en moverse cautelosamente, en forzar las decisiones de a poco, más dudosa de negar principios sostenidos por algunos segmentos de la sociedad que lista en afirmar otros más abarcativos para todos, consciente del rol dominante que les está permitido a las instituciones políticas, y siempre ansiosa por inventar acuerdos y aceptaciones antes que declarar principios firmes y carentes de ambigüedad"<sup>128</sup>. Sin embargo, afirma Bickel, una vez que la Corte Suprema reconoce esos límites de su trabajo, se enfrenta con la cuestión de decidir una contienda constitucional de manera desapasionada y razonada, "justificando los principios que pronuncia hasta el último punto decimal y racional posible"<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> COURTIS, C., "Reyes...", cit., en BERGALLI, R. - MARTYSHUK, C. (comps.), *Filosofía...*, cit., p. 323. "De allí que -agrega este autor- en contextos de ausencia o corrupción de las instituciones representativas, o de notoria ausencia de su legitimidad de ejercicio, el papel activista y políticamente sensato del Poder Judicial tienda a ganar legitimidad ante la ciudadanía".

<sup>127</sup> POST, R. - SHULZ, R., "Roe Rage...", cit.

<sup>128</sup> BICKEL, A., *The Morality of Consent*, Yale University Press, New Haven, 1977, p. 26 [mi traducción].

<sup>129</sup> BICKEL, A., *The Morality...*, cit.

La construcción de autoridad judicial requiere además que la Corte reconozca que su palabra no es la única ni la última fuente de validez del derecho, sino que también los poderes políticos, más una multiplicidad de actores (medios, ONGs, academia, movimientos sociales, instituciones de la sociedad civil, etc.), son parte del proceso de decidir qué es el derecho. La rama judicial obtendrá la confianza de la gente sólo si sus jueces ejercen sus funciones con moderación, comprometiéndose e involucrándose en un diálogo constructivo sobre el significado de la Constitución Nacional con el resto de los actores políticos, no sólo con los poderes políticos formales, sino más ampliamente con el público en general. Como es sugerido por Petracchi, esta aceptación de la gente solamente puede encontrarse en argumentos bien justificados en razones y, agregaría, en la predisposición de la Corte de leer, escuchar, interactuar y acomodar sus propios intereses e ideas a las de los otros actores políticos relevantes. Esto último podrá hacerlo sólo en la medida en que reconozca que la palabra de otros actores institucionales en una democracia también cuenta y nutre de significado a la Constitución.

Para muchos autores, cuando los jueces invalidan una decisión de los poderes políticos actúan en contra de las preferencias de la mayoría. Esta posición enfatiza el carácter contramayoritario del Poder Judicial<sup>130</sup>. Barry Friedman ha objetado esta descripción y, por el contrario, ha afirmado la conexión que hay entre la opinión pública y el control judicial de constitucionalidad<sup>131</sup>. Este autor sostiene que investigaciones en el campo de las ciencias sociales sugieren que hay una congruencia sustancial entre la opinión popular y las decisiones de los jueces del máximo tribunal<sup>132</sup>. Además, otras investigaciones muestran un apoyo popular hacia la institución del control constitucional ejercido por los jueces. Pero la conexión entre la opinión pública y los jueces, conforme Friedman, es

<sup>130</sup> Véase por ejemplo a BECKER, A., *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1986.

<sup>131</sup> FRIEDMAN, B., "Constitucionalismo popular mediado", *Revista Jurídica de Palermo*, año 6, no. 1, octubre de 2005, p. 123.

<sup>132</sup> En este sentido cabe destacar la importancia de la investigación empírica a la hora de entender los procesos que acompañan y definen las cuestiones objeto de análisis. Como afirma Christian Courtis, "[l]a pregunta por la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto; requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político y el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan los jueces. Así, el análisis de la legitimidad de la actuación judicial supone la necesaria comparación con el análisis de la legitimidad de la actuación de los demás poderes", en COURTIS, C., "Reyes...", cit.

de naturaleza mediada, es decir que por medio de distintos mecanismos institucionales se establece cierta distancia entre los jueces y el pensamiento mayoritario. Algunos de esos mecanismos son: 1) el hecho de que los jueces no son elegidos por el pueblo; 2) la relación entre la opinión pública y los jueces se lleva a cabo a través de los representantes que pueden o no hacer lo que la ciudadanía reclama; 3) los medios de comunicación también sirven como filtro en dicha relación, donde muchas veces los ciudadanos no están siempre bien informados<sup>133</sup>. Para este autor es algo positivo que la adjudicación constitucional no sea tan inmediatamente proclive a, y receptora de, la voluntad popular como son otros aspectos del diseño constitucional. Entonces, según su descripción del control judicial de constitucionalidad, "la mayoría de las decisiones más importantes de la Corte Suprema está en línea con la opinión popular predominante, y cuando ello no es así el público no obstante apoya la práctica del control judicial"<sup>134</sup>.

Roberto Gargarella destaca el rol que les cabe a los jueces como promotores de la deliberación pública y propugna una idea del constitucionalismo popular según el cual "las decisiones públicas serían el resultado de un proceso de deliberación colectiva; la ciudadanía podría reservarse la última palabra en materia de interpretación constitucional; y los jueces podrían contribuir al enriquecimiento del proceso deliberativo a través de la provisión de nuevos argumentos (indebidamente ignorados o desplazados del proceso de toma de decisiones), o a través de la impugnación de otros ya dados (resultantes de la falta de información, el prejuicio, o impulso de índole meramente perfeccionistas)"<sup>135</sup>.

Comparto con Gargarella el rol que le asigna a los jueces en una democracia. Sin embargo, creo que este autor comete el mismo error que los partidarios del control judicial supremo de constitucionalidad al considerar algo positivo que algún actor institucional, en su caso la ciudadanía, tenga la última palabra en la asignación de significado constitucional. La idea

<sup>133</sup> FRIEDMAN, B., "Constitucionalismo...", cit., p. 139.

<sup>134</sup> FRIEDMAN, B., "Constitucionalismo...", cit. Esto es lo que él denomina constitucionalismo popular mediado. Por otra parte, el aspecto normativo de la teoría Friedman se ensambla con aquel del constitucionalismo popular o democrático que entiende que la justificación para el control judicial es que fomenta el diálogo social y democrático. Véase FRIEDMAN, B., "Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella", *Revista Jurídica de Palermo*, año 6, nro. 1, octubre de 2005, p. 172.

<sup>135</sup> GARGARELLA, R., "Acerca de Barry Friedman y el 'constitucionalismo popular mediado'", *Revista Jurídica de Palermo*, año 6, nro. 1, octubre de 2005, p. 165.

de algo así como "la última palabra" desconoce que la deliberación democrática a la que hace referencia implica múltiples interacciones y un proceso público y continuo/continuado (*ongoing*) de entendimiento, de creativa apropiación, reapropiación y transformación de ideas y significados.

La idea que aquí quiero esbozar se relaciona con lo que Seyla Benhabib llama "iteraciones democráticas", es decir, "procesos complejos de argumentación, deliberación, e intercambio público a través de los cuales se cuestionan y contextualizan, invocan y revocan, afirman y posicionan reivindicaciones y principios de derecho universalistas, tanto en las instituciones legales y políticas como en las asociaciones de la sociedad civil. Éstos pueden darse en los cuerpos públicos 'fuertes' de las Legislaturas, el sistema judicial y el Ejecutivo, así como en los entes públicos 'débiles' de asociaciones de la sociedad civil y los medios"<sup>136</sup>. Estas iteraciones democráticas "[n]o solo cambian ideas establecidas sino que también transforman lo que pasa por ser la visión válida o establecida de un precedente autorizado"<sup>137</sup>. Aquí, cabe entender a la democracia como el marco que permite la realización de un valor tan complejo y substantivo como es el autogobierno colectivo<sup>138</sup>. Si se entiende a la democracia de esta manera, entonces el constitucionalismo popular y —cierta— idea de supremacía judicial no son excluyentes sino que se complementan.

Los jueces de la Corte Suprema argentina, al hacer referencia al carácter final que tiene la interpretación que ellos realizan de la Constitución, parecieran estar reclamando la autoridad no sólo para mirar dentro del significado de la Constitución como una guía para sus propias acciones, sino también, y más importante, para decir cuál es el significado de la Constitución para ellos y para toda la comunidad<sup>139</sup>. Sin embargo, el

<sup>136</sup> BENHABIB, S., *El derecho de los otros*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 130. Benhabib aquí hace referencia a Robert Cover y su idea de política jurisprudencial. Esta idea, dice Benhabib, "hace referencia a actos iterativos a través de los cuales un pueblo democrático que se considera sujeto a ciertas normas y principios rectores se reapropia y reinterpreta los mismos, mostrándose así no sólo como el sujeto sino también el autor de las leyes. [...] La política jurisprudencial es señal de un espacio de interpretación e intervención entre las normas trascendentes y la voluntad de las mayorías democráticas. Las reivindicaciones de derechos que enmarcan la política democrática deben, por un lado, verse como que trascienden los pronunciamientos específicos de las mayorías democráticas en circunstancias específicas; por el otro lado, tales mayorías democráticas reiteran estos principios y los incorporan en procesos de formación de voluntades democráticas a través de la argumentación, la contestación, la revisión y el rechazo" (p. 131).

<sup>137</sup> BENHABIB, S., *El derecho...*, cit.

<sup>138</sup> POST, R. - SIEGEL, R., "Popular Constitutionalism...", cit., p. 1036.

<sup>139</sup> Conforme WHITTINGTON, Keith, *Political Foundations...*, cit.

concepto de supremacía judicial no significa que los jueces tienen el poder para determinar las creencias de los ciudadanos sobre la Constitución. Tampoco autoriza a los tribunales a que impidan a los ciudadanos que intenten conferir autoridad jurídica a sus creencias constitucionales. En definitiva, la discusión sobre la supremacía judicial consiste en determinar el alcance del poder que tiene la Corte Suprema para borrar toda distinción entre sus propias opiniones de interpretación de la Constitución y la Constitución misma.

Desde ya que si se piensa, como lo hace la Corte argentina, que el máximo tribunal es el intérprete final de la Constitución para todos, no habría dudas en afirmar que aun ante la oposición de los poderes políticos y la ciudadanía, este tribunal debería de todos modos insistir con su interpretación constitucional independientemente de la posición de los otros actores. Sin embargo, si se piensa que en una democracia ningún actor institucional debería arrogarse semejante poder final y que las continuas "iteraciones" que se dan en una democracia son mucho más complejas que el mero hecho de conferir en cabeza de un órgano (sea el Congreso, el Ejecutivo, la Corte Suprema, los tribunales supranacionales, o el pueblo) la potestad decisoria definitiva, entonces, habrá una mayor predisposición de parte de los jueces para tomar en cuenta otros elementos en esta discusión como es la construcción de la legitimidad y el respeto de sus propias decisiones.

Cabe tener presente, tal como expresa Friedman, que "las afirmaciones sobre la supremacía judicial son en el mejor de los casos exageradas. En una democracia en la que [...] los jueces no tienen ni la bolsa ni la espada, sería una sorpresa descubrir que la palabra de los jueces es la última. Raramente —si es que alguna vez sucede— ella lo es"<sup>140</sup>. Post y Siegel, en igual sentido, señalan que son los actores no judiciales quienes en definitiva terminan definiendo los límites de estos valores en conflicto<sup>141</sup>. Es por ello que el valor de la racionalidad expuesto por Bickel debe armonizarse con el hecho de la existencia de otros configuradores democráticos de significado constitucional. Conforme Kramer, la Corte es "responsable de interpretar la Constitución de acuerdo a su mejor juicio, pero con el conocimiento de que existe allí afuera una autoridad superior con poder suficiente para cambiar sus decisiones"<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> FRIEDMAN, B., "Las posibilidades...", *cit.*, p. 171.

<sup>141</sup> POST, R. - SIEGEL, R., "Popular Constitutionalism...", *cit.*, p. 104.

<sup>142</sup> KRAMER, L., *The People...*, *cit.*, p. 253.

Por supuesto, Petracchi no estaría de acuerdo con una concepción más expansiva y abarcativa de democracia expuesta, ya que para él la última palabra acerca del significado de la Constitución le corresponde a la Corte Suprema. Creo que éste es uno de los puntos más débiles del Tribunal Supremo argentino, no tener en cuenta que la democracia implica aceptar que la determinación del significado de la Constitución tiene por partícipes a una gran variedad de actores que van configurando dicho significado a través de distintas instancias y acciones que tienen lugar en momentos, es decir, líneas temporales, superpuestos y/o sucesivos. La Corte debería ser consciente de que en el proceso de construcción de su autoridad no sólo es determinante el contenido justo o correcto de una decisión, o la utilización de una específica habilidad argumentativa razonada, sino que también debe tomarse en cuenta el contexto político en el que dicha decisión es adoptada, o no es adoptada, en virtud de consideraciones respecto de sucesos y características del caso que muchas veces exceden su sustancia o su técnica de decisión.

Teniendo en cuenta este marco de análisis, cabe preguntarse si la decisión de la Corte en "Montalvo" no fue la adecuada. Desde un punto de vista netamente sustantivo vinculado a la amplitud de la protección conferida al principio de autonomía, me inclino a pensar que el decisorio en "Bazterrica", y no en "Montalvo", es el correcto. Ahora bien, si se tiene en cuenta que sólo un año antes de este último caso y sólo tres años después de "Bazterrica" el Congreso insistió con la criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal, y si a esto se le suma el reconocimiento de que este tema es un caso constitucional al que le cabe la caracterización de "difícil"<sup>143</sup>, ya que no existe un acuerdo generalizado entre los expertos médicos, los juristas y abogados que trabajan el tema sino, por el contrario, existe un gran disenso, entonces, no pareciera ser tan desacertada la deferencia hacia las mayorías que "Montalvo" pareciera-

<sup>143</sup> Un "caso difícil" se presenta cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución; en este caso, el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido. Cuando ninguna norma previa resuelva un caso, Dworkin entiende que es muy posible que, a pesar de ello, una de las partes tenga derecho a ganarlo, y que, independientemente de la existencia de la laguna legislativa, será el juez quien deba descubrir qué derechos tienen las partes. Cada una de las partes en el caso puede tener buenas razones a favor de su reclamo; no obstante, jueces, abogados y juristas competentes y razonables pueden estar en profundo desacuerdo respecto de qué parte debe ganar el caso. Véase DWORKIN, R., *Taking Rights...*, cit.

ra demostrar como signo de cautela y oportunidad política en una materia tan controvertida.

El problema de "Montalvo" no es que haya validado la punición de la posesión de estupefacientes para consumo personal, sino que no lo hizo por las razones correctas. Fue un error que la mayoría de la Corte anclara su decisión en el argumento relativo a que la criminalización no es violatoria del principio de autonomía en virtud de que consideraciones acerca del bienestar colectivo autorizan a hacer una lectura más restrictiva del mismo. En lugar de revertir la interpretación del principio de autonomía efectuado en "Bazterrica" fundada en argumentos perfeccionistas restrictivos de la libertad personal, la Corte podría haber reconocido que a pesar de que la lectura sustantiva de "Bazterrica" es la adecuada, debían prevalecer otras consideraciones de tipo institucionales, políticas y procesales (como es el reconocimiento de la insistencia legislativa y de la complejidad que el caso presenta, donde no se vislumbra que exista cierto acuerdo sustancial en la comunidad sobre el tema), ello en pos de la construcción a más largo plazo de la legitimidad del tribunal y, en definitiva, de la democracia constitucional argentina.

Cabe aclarar que el tipo de movilización y deliberación democrática que se da en la historia de "Bazterrica-Montalvo" no involucra tanto una participación masiva y concreta de la sociedad civil en el tema, sino que la discusión se ha ubicado más intensamente, usando la terminología de Benhabib, en los cuerpos públicos "fuertes" como la Legislatura (a través de las leyes en la materia que ha sancionado) y los tribunales inferiores (al restringir la interpretación de la ley del Congreso que lleva a desconocer la jurisprudencia de "Montalvo" al solicitar explícitamente el retorno a "Bazterrica")<sup>144</sup>.

No obstante, el tema, aunque creo que un poco en menor medida, también es objeto de discusión en los medios y en la sociedad civil. Los medios han receptado esta discusión de manera bastante visible y exten-

<sup>144</sup> A pesar de la crítica que pudiera hacerse respecto de la falta de credenciales democráticas de los jueces, creo que igual son actores democráticos. En el juego de las iteraciones democráticas todos los actores que participan de este juego tienen un lugar importante en la interpretación y conformación del significado de la Constitución. Si se tiene en cuenta que la supremacía de la Corte Suprema sobre quienes más debería impactar es sobre los jueces inferiores (dada la jerarquía que se da al interior de esta institución, donde aquí sí reina la obediencia y no sólo la deferencia, como en el caso de las autoridades democráticas y de los ciudadanos), es especialmente destacable su desafío a la autoridad jurisprudencial del máximo tribunal. Agradezco mucho los comentarios de Paola Bongallo sobre este punto y el siguiente.

dida (artículos periodísticos y de opinión en revistas y diarios de circulación masiva, marchas a favor de la legalización de la marihuana, programas de opinión que invitan a expertos que están a favor y en contra de la despenalización, el hecho de que una gran cantidad de gente consume drogas de manera social sin ser necesariamente adictos, también son signo de la movilización, o al menos del cuestionamiento popular del entendimiento actual del art. 19 de la Corte y del Congreso). Ahora bien, la medición de la percepción y visibilidad del tema que existe en la opinión pública requiere una tarea exhaustiva de investigación empírica que excede el espacio de este trabajo. Por ello, aquí sólo me atrevo a afirmar que mi percepción del tema indica una gran presencia en la opinión pública del tema de la descriminalización de la tenencia de drogas para uso personal.

La mayoría en "Montalvo" ha abdicado de su rol de decisor último del significado de la Constitución para dar lugar a un conjunto de iteraciones democráticas que aún están en el proceso de decidir cuál es el alcance de protección que según la Constitución tiene la acción de poseer drogas para consumo personal. Como se ha intentado mostrar en este trabajo, en los últimos años, el Congreso y los tribunales inferiores han confluído en un profundo y serio debate sobre la cuestión. Esto sin desmedro de que en el caso de la tenencia simple de estupefacientes para consumo personal tal vez ya sea hora, luego de tanto debate inter e intra poderes en curso sobre la materia sumado al tiempo transcurrido, que la Corte lea y tome en consideración estas múltiples interacciones en juego y agregue su opinión en este proceso de iteración democrática.

No ha sido sino hasta hace poco que se han dado las condiciones que permitirían a la Corte Suprema argentina definir su papel institucional en un contexto democrático constitucional. El nuevo mecanismo implementado para nombrar a los miembros de este Tribunal Superior, el hecho de que cuatro jueces respetables fueran nombrados durante el año siguiente a la creación de este mecanismo, las medidas adoptadas por la Corte a fin de hacer más públicos, transparentes, accesibles y participativos sus fallos, el control exhaustivo que la sociedad civil está ejercitando sobre la Corte, sentencias donde se le exige al Poder Ejecutivo el efectivo respeto por los derechos humanos que muestran a una Corte más comprometida y un fallo donde se admitió la necesidad de dirimir la controversia suscitada en audiencias públicas con la participación de actores que trascienden a las partes concretas en el conflicto (p. ej., permitiendo la opinión de expertos), facilitan la tan esperada y necesitada auto-redefinición del papel que debe cumplir la Corte en un país caracterizado por

un pasado plagado de interrupciones institucionales, de pobreza, de continuas crisis económicas, políticas y sociales, de una cultura autoritaria y de discriminación de importantes sectores de la población.

En este contexto favorable, es fundamental que los jueces de la Corte Suprema se pregunten seriamente qué es la Constitución, pregunta que presupone adoptar una posición respecto del grado de incumbencia que tendrá el control judicial de constitucionalidad. Para ello, este tribunal debería explicitar en sus decisiones las razones, los motivos y métodos que guían su actuar y su concreta relación con lo político. No obstante, en la medida en que los jueces supremos sigan considerándose supremos, es decir, con la última voz en cuanto a la definición del contenido de las cláusulas constitucionales, entonces las oportunidades de que la Corte se afiance como un actor creíble y respetado por la comunidad se verán mermadas.

de la vida

que el hombre

tiene de

de la vida

## CAPÍTULO X

# DE LA ALQUIMIA INTERPRETATIVA AL MALTRATO CONSTITUCIONAL. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN MANOS DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Por ROBERTO GARGARELLA

### I. INTRODUCCIÓN

Hace poco tiempo, tuve la oportunidad de leer un interesante trabajo sobre interpretación jurídica escrito por el profesor Néstor Sagüés<sup>1</sup>. En el mismo, Sagüés daba cuenta de la notable diversidad de criterios interpretativos utilizados por la Corte Suprema argentina a lo largo de su historia. El escrito me resultaba, en lo personal, muy atractivo, dado que proveía de buen apoyo empírico a una línea de investigación en la que, junto con varios colegas y jóvenes colaboradores, veníamos trabajando desde hacía tiempo. Según lo que sosteníamos en dichas investigaciones, la tarea de interpretación resulta, por un lado, extraordinariamente compleja (justamente, debido a las diversas –y en ocasiones opuestas– teorías interpretativas existentes), y por otro, es generadora de graves riesgos institucionales (fundamentalmente, riesgos de abuso y discrecionalidad judicial)<sup>2</sup>. El trabajo de Sagüés, entonces, ratificaba nuestros temores, a la vez que dejaba en claro de qué modo los riesgos que preveíamos aparecían expresados en la práctica constitucional argentina. Por lo demás,

<sup>1</sup> SAGÜÉS, N., *Interpretación constitucional y alquimia interpretativa (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

<sup>2</sup> Destaco algunos de estos problemas en mi trabajo sobre interpretación constitucional incluido en ALBANESE, S. - DALLA VIA, A. - GARGARELLA, R. - HERNÁNDEZ, A. - SANSAY, D., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004.

el escrito en cuestión relucía como un buen trabajo descriptivo —me animaría a agregar, uno de los pocos intentos serios de dar cuenta de las dificultades que aparecen a la hora de interpretar el derecho—. Ahora bien, del mismo modo en que puede decirse que el artículo de Sagüés brilla como un buen ejercicio descriptivo, el mismo resulta notable en su pretendida abstinencia normativa. Quiero decir, llama mucho la atención que el profesor Sagüés no haya desarrollado una esperable "segunda parte" del mismo, sometiendo a un análisis crítico los hallazgos a los que hace referencia a lo largo de su texto. Por supuesto, cualquier autor tiene todo el derecho de concluir su trabajo cuando quiere, y del mismo modo tiene el derecho a examinar su objeto de estudio desde un punto de vista exclusivamente descriptivo, si es que así lo prefiere. De todas formas, dada la importancia que, según entiendo, tiene ese análisis evaluativo, a continuación presentaré algunos comentarios que, en mi opinión, pueden derivarse más o menos naturalmente del trabajo citado.

## II. LA DESCRIPCIÓN DE LA PRÁCTICA INTERPRETATIVA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA, SEGÚN SAGÜÉS

Conforme al trabajo bajo examen, a lo largo de su historia, la Corte Suprema argentina utilizó en sus decisiones una amplia gama de recursos interpretativos. Según Sagüés, dichos recursos incluyen variaciones como las siguientes<sup>3</sup>:

- Interpretación literal. Conforme a la misma, a la hora de interpretar el derecho, los intérpretes deben seguir, ante todo —y mientras la misma sea clara— "la letra de la ley" (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 324:1740, 3143, 3345).
- Interpretación "popular". En otras ocasiones, la Corte sugiere "leer" las palabras de la ley de un modo lo más cercano posible al entendimiento más común o "popular" de las mismas (*i.e.*, Corte Sup., "AFIP v. Povo", Fallos 324:3345).
- Interpretación "especializada". En ciertas circunstancias, la Corte ha preferido interpretar las normas de un modo más técnico, es decir, de

<sup>3</sup> A continuación, tomaré en cuenta la gran mayoría de los criterios enumerados por Sagüés, pero no todos ellos, ni necesariamente en el mismo orden, de modo tal de facilitar la lectura de tales criterios, y organizar de un modo más apropiado la presentación de los mismos. Siguiendo al autor, no haré aquí distinciones entre interpretaciones de distintos niveles de normas.

acuerdo con "la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico en el que dicha ley se inserta" (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 320:2319).

- Interpretación "intencional". A veces, la Corte sugiere dejar de lado interpretaciones cercanas al texto de la ley, como las anteriores, para inclinarse por otras vinculadas con la intención que, según se estima, tuvieron los creadores de la norma al dictarla (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 323:3139). Sin embargo, aclara Sagüés, la Corte ha sugerido, en ocasiones, optar por esta vía sólo de modo excepcional, mientras que en otros casos ha actuado como si dicha opción fuera la más obvia (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 323:212).

- Interpretación "voluntarista". De modo similar, en ocasiones la Corte ha propuesto como primera regla interpretativa la de "respetar la voluntad del legislador", evitando la tentación de reemplazarlo (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 324:1481). Para conocer la voluntad expresada por el legislador, la Corte ha recomendado, ante todo, la lectura de los debates parlamentarios.

- Interpretación "justa". De modo más radical, en ciertos casos la Corte sostuvo que la interpretación "auténtica" de la ley era la que seguía fundamentales principios de justicia (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 322:1699). De modo similar, en ocasiones ha hecho referencia a la necesidad de seguir la "recta razón" de la Constitución, es decir a la necesidad de guiarse por lo que determine una aplicación "racional" de la misma. Ello así, aun cuando interpretar las normas de ese modo implique desviarse de lo que parece ser el sentido natural de las palabras de la ley (*i.e.*, Corte Sup., "YPF v. Corrientes", Fallos 3315:158).

- Interpretación "orgánico-sistemática". La Corte propuso también apartarse de lo dicho expresamente por la norma cuando ello sea necesario para respetar el sentido pleno u orgánico de la Constitución —es decir, el sentido que se inferiría del juego armónico de los distintos artículos que componen la Constitución— (*i.e.*, Corte Sup., "Chadid", Fallos 291:181).

- Interpretación "realista". En ocasiones, la Corte sugirió acercarse a la letra de la norma haciendo prevalecer la "verdadera esencia jurídica y económica" de forma tal que —según Sagüés— en caso de existir diferencias entre "la denominación dada a algo por el autor de la norma, y la realidad, deberá prevalecer esta última" (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 318:676).

- Interpretación que asume la existencia de un "legislador perfecto". Por otra parte, ha sido habitual que la Corte se acerque a las normas presuponiendo, detrás las mismas, la existencia de un legislador perfecto, lo que implica presumir que el derecho es claro, preciso, coherente, sin lagunas (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 324:2153).

• Interpretación "dinámica". En otros casos, la Corte ha propuesto ir más allá de (una mayoría de) criterios como los citados —criterios que la llevarían a "mirar hacia atrás", en busca de los orígenes de la norma— para proponer una interpretación "dinámica" que "actualice" el sentido de la Constitución, adecuándola a "la realidad viviente" de la época (*i.e.*, Corte Sup., "Chocobar", Fallos 310:3267).

• Interpretación "teleológica". Descartando posibilidades como las anteriores, la Corte ha sugerido a veces tomar como primer criterio interpretativo el relacionado con los "fines" perseguidos por la Constitución (*i.e.*, Corte Sup., Fallos 311:2751).

• Interpretación conforme a la autoridad "externa". En ciertos casos, la Corte ha tomado como criterio rector de sus decisiones las opiniones de la doctrina o, fundamentalmente, la jurisprudencia extranjeras (*i.e.*, Corte Sup., "Lino de la Torre", Fallos 19:236). En una mayoría de casos, la jurisprudencia que se ha tomado en cuenta es la estadounidense, aunque en materia de tratados internacionales —dice Sagüés— la influencia que ha predominado es la proveniente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*i.e.*, Corte Sup., "Ekmekdjian v. Sofovich", LL 1996-E-409).

• Interpretación "constructiva". La Corte sostuvo a veces que, a la hora de interpretar el derecho, era necesario optar por una lectura capaz de mantener a salvo los poderes del Estado, facilitando su eficaz desempeño (*i.e.*, Corte Sup., "Verrocchi", Fallos 322:2598)<sup>4</sup>.

• Interpretación "continuista". A veces, la Corte enfatizó la necesidad de que la decisión del caso sea fundamentalmente compatible con el respeto de los precedentes judiciales (*i.e.*, Corte Sup., "González v. ANSeS", Fallos 323:555). Sin embargo, destaca Sagüés, en otros casos sostuvo todo lo contrario, afirmando que el precedente debía ser dejado de lado cada vez que el mantenimiento del mismo se mostrara inconveniente (*i.e.*, Corte Sup., "Almaraz", Fallos 317:312).

• Interpretación "objetiva". También ha sido común que la Corte diga que la norma debe ser interpretada, ante todo, teniendo en cuenta el sentido "objetivo" de la misma, lo que implica afirmar —*a contrario sensu*— que debe rechazarse toda posibilidad de interpretarla conforme a criterios "subjetivos" (*i.e.*, Corte Sup., "Volpe", Fallos 316:352).

Este permanente, despreocupado, ir y venir entre criterios interpretativos que apuntan en direcciones muchas veces opuestas entre sí resulta, como mínimo, muy preocupante. Curiosamente, sin embargo, muchos

<sup>4</sup> Sagüés denomina a este criterio, y a los que siguen, "reglas" correctivas de la interpretación.

leen esta diversidad de criterios a la que recurre la Corte como una muestra más de la amplia paleta de recursos técnicos desarrollados por nuestros hábiles jueces<sup>3</sup>. Por fortuna, Sagüés está lejos de optar por una actitud celebratoria ante aquel muestrario. Sin embargo —y contra lo que era, tal vez, esperable o deseable—, el profesor Sagüés opta por concluir su artículo con una evaluación muy modesta o austera de la actuación de la Corte. Señala entonces algunas dificultades que pueden inferirse de la labor interpretativa del máximo tribunal, para luego, y en cada caso, balancear lo dicho señalando ya sea la imposibilidad que tiene la Corte para actuar de otro modo, lo común que resulta en el mundo este ir y venir interpretativo, o lo explicable que es ese accionar oscilante que muestra el tribunal.

Así, y ante todo, nos dice que la diversidad de criterios interpretativos existente le permite a la Corte producir fallos “harto diferentes”. Agrega además que la existencia de este “arsenal impresionante” de criterios en manos de la Corte tiene como consecuencia que “el producto final [sea] decididamente no pronosticable” —algo que, señala, vendría a contradecir la idea común según la cual las decisiones de la Corte responden a “un trabajo casi técnico”, “regular”, “previsible”, “claramente delineado”, y “sometido a directrices armónicas”—. Inmediatamente, sin embargo, Sagüés se apresura a rechazar toda posibilidad de atribuir mala fe (un carácter “maquiavélico”) a los miembros de la Corte. Por el contrario, nos dice, el análisis histórico de lo actuado por el tribunal nos muestra que el mismo ha sido el producto de criterios que “fueron surgiendo paulatina, casuística y aluvionalmente, desde tiempo atrás”.

<sup>3</sup> Cabe anotar, sin embargo, que una amplia lista de criterios interpretativos como la recién examinada no da cuenta de la diversidad de criterios utilizados por la doctrina contemporánea, ni recoge muchas de las mejores concepciones interpretativas hoy dominantes. Al respecto, y sólo como ejemplo, ver: BIX, B., *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet and Maxwell, Londres, 1996; BORK, R., *The Tempting of America*, Simon & Schuster, Nueva York, 1990; DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977; DWORKIN, R., “Comment”, en SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1997; DWORKIN, R., “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, *Fordham Law Review*, vol. 65 (1997), ps. 1249 a 1268; DWORKIN, R., “Reflections on Fidelity”, *Fordham Law Review*, vol. 65 (1997), ps. 1799 a 1868; DWORKIN, R., *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000; ESKRIDGE, W., “Dynamic Statutory Interpretation”, *135 University of Pennsylvania Law Review* (1987), p. 1479; LESSKI, L., “Fidelity in Translation”, *71 Texas Law Review* (1993), p. 1165; SUNSTEIN, C., *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999; WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Por otra parte, Sagüés reconoce que la existencia de esta amplia variedad de criterios interpretativos no es buena para la seguridad jurídica pero agrega que, de todos modos, la situación que nos aqueja dista de ser excepcional dentro del mundo jurídico moderno. Critica, por lo demás, que la Corte se autocontradiga a veces, y que en otros casos parezca "manipular" los criterios interpretativos existentes. De todos modos, afirma que el modo en que actúa la Corte es perfectamente explicable dado que refleja, en definitiva, la presencia de discusiones de larga data, aún no cerradas. Más todavía, Sagüés destaca que muchos de los parámetros utilizados por la Corte son en algunos casos valiosos en sí mismos, y en otros directamente necesarios. Y sugiere —recurriendo a la doctrina comparada, y en defensa del tribunal— que el uso consistente de determinadas pautas interpretativas merece ser abandonado si ello es necesario para producir decisiones más "útiles" frente a los problemas que la sociedad enfrenta. Su consejo final es el de un mayor sinceramiento jurídico por parte de la Corte. Es decir, propone que la misma admita abiertamente que se aparta de los criterios que sigue de modo más habitual, cada vez que las circunstancias le exijan que así lo haga.

### III. PRIMERAS NOTAS CRÍTICAS SOBRE LOS MODOS EN QUE LA CORTE INTERPRETA EL DERECHO

A la hora de examinar críticamente los modos en los que actúa la Corte en materia interpretativa, convendría señalar, en primer lugar, que la diversidad de criterios interpretativos utilizados por ella refleja menos la capacidad analítica del tribunal —su capacidad para hacer finas distinciones entre teorías interpretativas diferentes— que una cierta irresponsabilidad cívica por parte de sus integrantes. Ello así, porque es deber de los mismos hacer el máximo esfuerzo para asegurar la consistencia de sus decisiones, y así garantizar el igual trato a los ciudadanos. Enfrentados a sus decisiones, en cambio, los ciudadanos preocupados por respetar el derecho no pueden saber bien a qué atenerse, no pueden reconocer claramente cuál es la ley vigente en el país, ni quedan capacitados para anticipar si sus conductas van a ser objeto del elogio o del reproche público. Decir esto implica reconocer la existencia de un consistente maltrato institucional por parte de la esfera más alta de la justicia, hacia los ciudadanos. Por supuesto, para señalar lo anterior resulta completamente irrelevante entrar en consideraciones acerca de la buena o mala fe de los integrantes de la Corte. Finalmente, no importan cuáles son las motivaciones

últimas de sus miembros a la hora de firmar las decisiones que firman, si es que las mismas tienen resultados como los que aquí se examinan.

### 1. Distintos criterios interpretativos, distintos resultados

Los problemas que se derivan de una práctica interpretativa como la que desarrolla la Corte no se vinculan con el hecho, tal vez banal, de que los jueces escojan argumentos de tipo "x" en lugar de argumentos de tipo "y", como fundamento último de sus decisiones. El problema surge porque dicha particular selección de argumentos es completamente determinante de la decisión final que luego va a firmar la Corte, frente al caso concreto. De allí que es imperativo que, al menos, los jueces hagan un esfuerzo por justificar ante nosotros la peculiar selección de criterios interpretativos que utilicen en el caso concreto.

Permítanme ilustrar lo dicho en el párrafo anterior con algunos ejemplos. Imaginemos, por caso, que la Corte tiene que decidir si el consumo personal de estupefacientes es una conducta que puede ser jurídicamente reprochada o no, y que para hacerlo tiene que interpretar el sentido de las palabras de la Constitución cuando, en el art. 19, le otorga protección a las acciones que no ofendan la "moral pública". Pues bien, en este caso, como en cualquier otro, y dependiendo de cuál sea el criterio interpretativo que escoja privilegiar, su respuesta se va a inclinar en un sentido (considerar que la conducta no es antijurídica) o en otro completamente opuesto al anterior (considerar que sí lo es). Si, por ejemplo, la Corte privilegiase el criterio de la "intención" del legislador, a la hora de interpretar las palabras en cuestión, podría decir que (y ésta es sólo una posibilidad) cuando, en 1853, el convencional correntino Ferré pidió agregar la idea de "moral pública" en el art. 19, lo hizo a partir de la visión más conservadora posible respecto de la esfera de las libertades personales que debían considerarse constitucionalmente protegidas. Si en cambio, y frente al mismo caso, la Corte optase por una interpretación "orgánico-sistemática", ella podría llegar a decir (otra vez, posiblemente) que tal lectura de la idea de la "moral pública" debe disolverse dentro del comprometido espíritu liberal que siempre ha distinguido a nuestra Constitución, tomada ella en su conjunto. Ahora bien, si el criterio interpretativo por el que se decidiese la Corte fuera el "dinámico", entonces sus integrantes podrían llegar a decir (y ésta es, nuevamente, sólo una posibilidad) que "en la actualidad", una mayoría de miembros en la sociedad argentina defiende una visión muy poco tolerante en lo que hace al consumo de estupefa-

cientes. Sin embargo, si el criterio interpretativo dominante dentro de la Corte fuera el de recurrir a la "razón" y, consecuentemente, a las mejores teorías normativas disponibles, a la hora de reflexionar sobre ideas como las de "moral pública" o "libertad personal", entonces su conclusión podría ser (otra vez, ésta es sólo una posibilidad) que, de acuerdo con posturas como las defendidas por John Rawls<sup>6</sup> o Ronald Dworkin<sup>7</sup>, la defensa de la autonomía personal debe gozar de máxima prioridad pública y requiere bloquear cualquier impulso perfeccionista por parte del Estado.

Por supuesto, lo que ocurre con ideas tan complejas como la de "moral pública" es lo mismo que ocurre con otras nociones y otros derechos aparentemente menos polémicos. El derecho de libertad de expresión puede ser extraordinariamente inclusivo si lo interpretamos a la luz de las mejores teorías jurídicas disponibles, o puede dejar de serlo si lo leemos, por caso, teniendo en cuenta las peculiares necesidades de los poderes del Estado. La idea de "castigo cruel" puede ser objeto de interpretaciones muy conservadoras o muy progresistas según recurramos, para precisar su significado, a concepciones "historicistas" o "dinámicas". La noción constitucional de "igualdad" puede ser entendida de modo muy restrictivo, si se la lee teniendo en cuenta las intenciones que tenían al respecto muchos de nuestros "padres fundadores", mientras que puede desarrollar una radical potencia si la interpretamos tomando en consideración la doctrina o la jurisprudencia internacional más avanzada en la materia.

En definitiva, y según nos ayudan a ver ejemplos como los anteriores, la Corte puede llegar a una conclusión determinada o a otra exactamente contraria a la anterior, dependiendo de cuál sea el criterio interpretativo que elija priorizar. Es decir, la Corte puede hacer casi lo que quiere con el caso que tiene frente a sí, gracias a la enorme variedad de parámetros interpretativos a los que puede, indistintamente, apelar. De allí que sea tan importante prestar atención a los criterios que usa la Corte cuando se aproxima a un caso: en esa selección de criterios reside, en buena medida, la resolución del caso.

## 2. ¿"Combinar" distintos criterios interpretativos en cada caso?

Imaginemos que, con el fin de evitar situaciones como las descritas en la sección anterior, que parecen abrir un gran espacio al abuso del de-

<sup>6</sup> RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

<sup>7</sup> DWORKIN, R., *Taking Rights...*, cit.

recho, la Corte propusiera "combinar" en cada uno de sus fallos una diversidad de criterios interpretativos. La Corte podría alegar que, de este modo, sería capaz de reducir grandemente los riesgos de manipulación del derecho. Ahora, cada decisión final resultaría fundada en una multiplicidad de criterios que, conjugados, la forzarían a decidir de un determinado modo. De hecho, la Corte argentina ha optado muchas veces por este tipo de estrategias afirmando, por ejemplo, que "No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, y en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del derecho, en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo" (Corte Sup., "Echeverría v. Instituto de Obra Social", Fallos 324:3602).

Ahora bien, en relación con esta estrategia, ocurre que (y esta conclusión ya debiera resultarnos obvia a esta altura) la misma sólo puede potenciar aún más nuestro nivel de incertezas. Y es que, en principio, el recurso —por ejemplo— a la interpretación "histórica" tiende a ser contradictorio con el recurso a la interpretación "dinámica;" y la interpretación "apegada a la letra de la ley" tiende a estar en tensión con otra de tipo "voluntarista". Uno se pregunta, entonces, cómo es que hace la Corte para derivar resultados unívocos a partir de componentes que apuntan en direcciones más bien contrarias. Notablemente, sin embargo, la Corte insiste en "combinar" criterios interpretativos con la pretendida excusa de mostrarnos que su interpretación se encuentra bien fundada, desconociendo a veces (o, lo que es peor, ocultando) que, en realidad, lo que muestra como resultado inequívoco de una sumatoria de criterios interpretativos es el producto de una serie de recortes y selecciones que de ningún modo ha justificado frente a nosotros. La decisión que presenta como consecuencia "natural" de los múltiples criterios utilizados no es más que la opción preferida, de ningún modo obvia, que surge de combinar del modo en que quiere criterios que no suelen llevarse bien entre sí.

### 3. ¿Un solo criterio interpretativo para todos los casos?

Imaginemos que, como forma de calmar nuestra desesperación al reconocer los riesgos de discrecionalidad que aparecen frente a la tarea interpretativa, el Tribunal Superior nos dijese que, de ahora en más, va a comprometerse con una sola (o fundamentalmente con una sola) línea de interpretación de entre todas las posibles. ¿Aquietaría así nuestras quejas? No, en absoluto. Y ello así porque, según anticipara más arriba, nin-

guno de los criterios interpretativos que quiera seleccionar –cualquiera que sea el mismo– va a permitirle llegar a conclusiones únicas. Para aclarar lo dicho, permitanme volver al ejemplo anterior sobre el consumo de estupefacientes. No es nada obvio que si la Corte utilizara siempre, por ejemplo, un criterio “historicista” para leer la idea de “moral pública” ella llegaría siempre a la misma decisión final. Por ejemplo, en el caso citado más arriba, imaginaba a la Corte seleccionando la opinión del convencional Ferré para llegar a una lectura restrictiva de la idea de “moral pública”. Ahora bien, si en ese mismo caso, e insistiendo con su interpretación “historicista”, la Corte optase por apoyarse no en la opinión de Ferré sino, digamos, en la de alguno de los tantos convencionales liberales (pongamos, Benjamin Gorostiaga), entonces ella llegaría a conclusiones opuestas a las anteriores. El punto es, en definitiva, el siguiente: criterios como el “historicista” son también, en sí mismos, compatibles con decisiones muy diversas, a veces contradictorias entre sí. O, en otras palabras, ni siquiera optando *para todos los casos futuros* por un solo criterio interpretativo, la Corte nos daría las seguridades que tenemos derecho a exigir.

Obviamente, lo que ocurre con criterios como el “historicista” es lo que ocurre con todos los demás criterios. Pensemos, por ejemplo, que la Corte optase por decidir todos los casos futuros a partir de argumentos “dinámicos”. Enfrentada al caso del consumo de estupefacientes, ella podría llegar a conclusiones muy diferentes. Tal vez, apelando a la opinión de la ciudadanía en la actualidad (una forma posible de “actualizar” la Constitución), ella nos diría que la ciudadanía defiende una noción muy amplia de la idea de “moral pública”, que implica la condena al consumo personal de estupefacientes. Pero si, para “actualizar” el significado de la Constitución tomase en cuenta, pongamos, los criterios defendidos mayoritariamente por la sociedad, en los últimos veinte años (otra forma posible de hacer una lectura “actualizada” de la Constitución), ella podría llegar, quizás, a resultados opuestos a los anteriores. Y tal vez podría llegar todavía a otra conclusión si prestase atención no a la opinión actual de las mayorías populares, sino a la opinión actual de *los representantes* de las mayorías actuales (otra forma posible de “actualizar” la Constitución).

El mismo tipo de dudas y dificultades se abrirían si la Corte optara (y para citar un tercer y último ejemplo) por apoyar todas sus decisiones basándose en las mejores teorías disponibles de filosofía política y jurídica. Y es que, así como podría citar, digamos, a Rawls, Dworkin o Nozick en apoyo de posturas liberales (en lo relativo a la moral personal), ella podría citar otras teorías y a otros autores de mucha reputación (por ejemplo, al profesor de Oxford John Finnis, o al filósofo y teólogo canadiense

Alaisdair McIntyre), para fundar decisiones claramente opuestas a las anteriores, y de carácter distintivamente conservador.

En definitiva, aun si la Corte nos dijera (algo que nunca nos va a decir) que "de ahora en más, y a fin de evitar cualquier posible discrecionalidad, vamos a optar por el empleo consistente de un solo criterio interpretativo", ella no sería capaz de apaciguar nuestros temores frente a los riesgos de discrecionalidad, ya que —conforme viéramos— cualquiera de los criterios escogidos sería compatible, a su vez, con varias conclusiones posibles, muchas veces contradictorias entre sí.

#### IV. INTERPRETACIÓN DISCRECIONAL Y AUSENCIA DE CONTROLES

Un aspecto notable relacionado con la práctica descrita es que, como resulta obvio, los integrantes de la Corte no pueden ser sancionados de ningún modo a resultas de la peculiar selección de argumentos que opten por hacer. La idea de promover algo así como un juicio político contra jueces que utilizan hoy argumentos interpretativos "dinámicos" y mañana otros "historicistas", y pasado mañana una particular "combinación" de ambos, y más tarde aún criterios "teleológicos", es simplemente impensable. La mera sugerencia de tal posibilidad —que implicaría, válgame Dios, "juzgar a los jueces por el contenido de sus sentencias"— suele ser considerada una herejía. Sin embargo, conviene advertir que lo que está en juego es el conocimiento de las mismas normas que luego se van aplicar con el máximo rigor sobre cada uno de nosotros, tanto como el derecho a ser tratados como iguales, y el derecho que todos tenemos a no quedar sujetos a tratos arbitrarios, discrecionales o abusivos. Nada de esto importa, según parece, porque los jueces deben gozar de la máxima libertad posible a la hora de pensar y decidir sus sentencias. En definitiva, lo que ocurre es que se toma partido por resguardar la completa libertad decisoria de los jueces, aun a pesar de que ello implique la permanente incerteza de todos nosotros acerca del significado del derecho, y la permanente posibilidad de que los jueces nos traten de modo desigual y de acuerdo con su discrecional voluntad (aun, repito, cuando los jueces no tengan una disposición a actuar de mala fe).

Las dificultades, por supuesto, se muestran todavía más graves cuando comprobamos que problemas como los señalados se extienden, de modo obvio, desde la Corte Suprema hacia todas las instancias judiciales inferiores. En cada caso se repiten los mismos riesgos de un uso discrecional del derecho. El efecto es que, dependiendo del juez que a uno le toque en

suerte o desgracia, la sentencia final —el veredicto acerca de qué es lo que, “realmente”, dice el derecho frente al caso concreto— podrá tener un contenido, u otro completamente opuesto. En todos los casos, el riesgo que en última instancia enfrentamos es el de que —amparados en la amplia discrecionalidad que tienen para escoger criterios interpretativos, y la total ausencia de controles institucionales sobre dicho proceso de selección— los jueces *definan primero (de acuerdo con sus gustos personales, costumbres, o intereses) de qué modo quieren decidir el caso, y luego opten por un criterio o una serie de criterios interpretativos que, leídos de cierta manera, le permitan dar apoyo a la decisión que de antemano habían seleccionado como preferible.*

La situación descripta, cabe notarlo, es bastante peor que la que a veces se describe bajo la noción de “gobierno de los jueces” —una situación de por sí inaceptable para cualquiera que tenga una mínima preocupación por preservar el sistema democrático y honrar consecuentemente el compromiso con la regla mayoritaria<sup>8</sup>—. Quedamos sujetos, en definitiva, más que a un reprochable “gobierno de los jueces”, a un, todavía peor, “gobierno *discrecional* de los jueces”.

Es importante, en mi opinión, que seamos insistentes con este tipo de críticas que, en definitiva, vienen a ayudarnos en la demanda de límites, frente a un accionar público potencialmente abusivo. Es en este sentido que uno puede echar en falta una mirada más crítica o menos contemplativa en el citado texto de Sagüés. Frente a las conclusiones por él expuestas uno podría señalar, por ejemplo, que la *explicación* histórica o sociológica que uno pueda dar acerca de por qué la Corte tiende a decidir como *decide, no justifica o excusa* en absoluto las oscilaciones que se advierten en sus fallos, ni el uso más o menos irresponsable de argumentos que suele ser marca distintiva de su jurisprudencia. Del mismo modo, el hecho de que el problema bajo estudio se repita en otros países (cosa que es en parte cierto y en parte no, dado que en muchos de tales países los jueces muestran una seria preocupación por dar solidez y consistencia a sus decisiones, algo que no siempre se evidencia en nuestro país)

<sup>8</sup> Ello así, debido a que los jueces —sobre todo los de la Corte Suprema— no son elegidos ni removidos directamente por la ciudadanía, ni —como vimos— se encuentran sujetos a controles institucionales significativos a partir de los criterios con los que ellos fundan sus sentencias. Cabe aclarar, aunque esto requeriría de una reflexión mayor, que problemas como los que aquí describo no se solucionarían con el recurso a procesos de elección directa de los jueces (y mucho menos si esa elección directa mantuviera intocada la estabilidad de los jueces en sus cargos, de por vida).

tampoco libera de responsabilidad a nuestros jueces: como es obvio, que un mismo error se repita en otros contextos sólo extiende las responsabilidades del caso, sin reducir las de nadie. Es decir, todos los jueces que actúan discrecionalmente deben hacerse cargo de los modos reprochables de su actuación, sean tales jueces pocos o muchos, nacionales o extranjeros. Por último, si los jueces de la Corte ejercieran su labor —como les pide Sagüés— con más sinceridad y transparencia, ello sería sin dudas muy saludable, sobre todo teniendo en cuenta la opacidad, el misterio, y el completamente injustificado halo de “cientificidad” con que suelen revestir sus decisiones. Sin embargo, en todo caso, dicho sinceramiento no removería el problema de fondo: es preferible que las injusticias sean visibles, pero lo que interesa realmente es que ellas no existan. Un gobernante arbitrario es siempre indeseable, y el hecho de que sus actos gocen de mayor o menor visibilidad representa un detalle importante, pero un detalle al fin, teniendo en cuenta la gravedad del problema en juego.

#### V. ¿QUEDA ALGO POR HACER?

El objetivo principal de este texto fue el de avanzar algunas consideraciones críticas sobre los modos en que la Corte interpreta el derecho. De todos modos, y llegados a este punto, alguien me podría decir, con razón, que así como yo echaba en falta, en el trabajo descriptivo de Sagüés, una “segunda parte” evaluativa y más crítica, mi trabajo también se ve afectado por una objeción similar. La objeción sería que mi escrito resulta, en efecto, evaluativo y crítico, pero no —como alguien podría esperar— propositivo. Un comentario de este tipo resulta en principio acertado, por lo que invitaría a que alguien escriba la “tercera parte” de esta historia, que, en todo caso, luego uno podría suscribir o no.

De todos modos, como tengo algunas intuiciones respecto de los contornos que podría tener esta “tercera parte” propositiva, quisiera terminar mi trabajo dejando esbozadas algunas ideas sobre el tema. Ello así, aun a sabiendas de que el tema requiere un desarrollo mucho más amplio y detenido —desarrollo que en este espacio no puedo llevar a cabo—. En primer lugar, entiendo que problemas como los que genera la interpretación constitucional no son, lamentablemente, de fácil solución. Más aún, es muy posible que nunca lleguemos a estar de acuerdo respecto de cuáles son los criterios interpretativos más apropiados. Sin embargo, decir esto me urge a avanzar algunas consideraciones adicionales. Ante todo,

el hecho de que siempre vayamos a estar divididos por genuinos desacuerdos interpretativos no significa que cualquier posible interpretación del derecho vale lo mismo que cualquier otra. Por el contrario, creo que existen criterios para distinguir entre concepciones interpretativas buenas, malas y muy malas. Por esta misma razón, la existencia de divergencias razonables de ningún modo puede amparar el "carnaval" interpretativo al que en ocasiones nos exponen nuestros jueces –un "carnaval" que, cabe decirlo, no produce necesariamente *cualquier* resultado, sino que suele terminar con predecibles víctimas y vencedores–. En segundo lugar, creo que justamente debido a lo irresoluble de ciertas divergencias interpretativas, debemos abandonar el (siempre presente, pero siempre injustificado) presupuesto según el cual la *última palabra* interpretativa debe estar en manos de la Corte, es decir, en manos de personas poco vinculadas con nosotros, y sobre las cuales carecemos de toda forma sensata de control. La interpretación constitucional debe volver –como señala parte de la doctrina, como señalaron en su momento algunos de los constitucionalistas más notables de la historia– a la ciudadanía<sup>9</sup>. Ello no es lo mismo que decir –como algunos podrían decir, trivializando lo dicho hasta aquí– que la interpretación final debe ser el resultado de decisiones plebiscitadas, de encuestas o "aplausos" masivos (o, peor aún, el producto de una Corte "elegida por el pueblo"). Sostener que la interpretación final debe volver a la ciudadanía quiere decir que esta última debe recuperar control sobre el derecho, y que el derecho debe comenzar a vincularse con igualitarios procesos de discusión pública, hoy completamente ausentes de nuestro horizonte democrático. Llegar a soluciones como la sugerida puede requerir, por parte de los jueces, un cambio de actitud y de motivaciones: ellos deben comenzar a entender que ocupan un lugar subordinado a la ciudadanía, y que –en principio– no deben reemplazarla como habitualmente lo hacen (aun cuando con las palabras lo nieguen). Contra lo que acostumbran hacer, los jueces deben ponerse al servicio del debate público, y en tal sentido aportar al debate los puntos de vista, argumentos, ideas o reclamos que la deliberación colectiva no haya sabido procesar o no haya podido o querido escuchar. Finalmente, como no es esperable que los jueces, voluntaria y amablemente, cambien su actitud al respecto<sup>10</sup>, perdiendo

<sup>9</sup> Ver KRAMER, L., "Popular Constitutionalism, Circa 2004", 92 *California Law Review* (2004), p. 959; TUSHNET, M., *Taking the Constitution away from the Court*, Princeton University Press, Princeton, 1999; WALDRON, J., *Law...*, cit.

<sup>10</sup> GRABER, M., "The Law Professor as Populist", 34 *University of Richmond Law Review* (2000), p. 373; TUSHNET, M., *Taking the Constitution...*, cit.

do mucho del fabuloso poder del que hoy gozan, es necesario comenzar a concebir diseños institucionales diferentes, que nos ayuden a la producción de resultados como los sugeridos. Dichos resultados, capaces de devolver la Constitución a la ciudadanía, no pueden ni deben depender de la buena voluntad de nadie, ni deben quedar sujetos al veto institucional o al bloqueo de aquellos que se benefician con la distribución de poder hoy vigente.



## CAPÍTULO XI

### EL NACIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Por ROBERTO GARGARELLA

#### I. INTRODUCCIÓN

La reciente aparición del libro *The People Themselves* –escrito por el actual decano de la Universidad de Stanford, Larry Kramer– representa una excelente oportunidad para prestarle atención a un poderoso cuerpo de literatura jurídica que ha ido emergiendo en los últimos años, y al que hoy se hace referencia con el nombre de “constitucionalismo popular”. El “constitucionalismo popular” agrupa a un notable conjunto de juristas. Entre ellos, encontramos a autores como Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet<sup>1</sup>, todos ellos reunidos por una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al Poder Judicial. En este escrito, y

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, LEVINSON, S., “Constitutional Populism: Is It Time for ‘We the People’ to Demand an Article Five Convention”, 4 *Widener Law Symposium Journal* (1999), ps. 211 y 214; GRABER, M., “The Law Professor as Populist”, 34 *University of Richmond Law Review*, 373 (2000); REED, D., “Popular Constitutionalism: Toward a Theory of State Constitutional Meaning”, 30 *Rutgers Law Review*, 871 (1999); BALKIN, J., “Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson”, 38 *Tulsa Law Review* (2003), p. 553; BALKIN, J., “Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution”, 39 *Tulsa Law Review* (2004), p. 485; BALKIN, J. - LEVINSON, S., “Understanding the Constitutional Revolution”, *Virginia Law Review*, vol. 87, nro. 6 (2001); KRAMER, L., “The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court”, 115 *Harvard University Press*, 4 (2001), ps. 130 a 158; TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

tomando como punto de partida el libro de Kramer, intentaré exponer algunas de las ideas principales del "constitucionalismo popular".

## II. UNA HOJA DE RUTA PARA ACERCARSE AL "CONSTITUCIONALISMO POPULAR"

Partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que a la justicia), los "populistas" pueden ser reconocidos en la defensa de criterios como los siguientes<sup>2</sup>:

### 1. Desafiar la supremacía judicial: quitando la Constitución de las manos de los tribunales

Dentro de la obra reciente del "constitucionalismo popular", *The People Themselves* es el texto que mejor se ocupa de la importante distinción entre las ideas de revisión judicial de las leyes —la capacidad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas y, eventualmente, declararlas inválidas— y supremacía judicial —referida al carácter de los jueces como "últimos intérpretes" de la Constitución—. Ambas nociones se consolidaron juntas, como implicando la misma cosa, especialmente a partir del famoso fallo "Marbury v. Madison". En dicho caso, y por un lado, la Corte Suprema estadounidense declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una decisión del Legislativo. Por otro lado, en dicha oportunidad se impuso la visión del *chief justice* Marshall por sobre la del entonces presidente Thomas Jefferson, respecto de las relaciones que debían prevalecer entre el poder político, el Poder Judicial y la Constitución. Para Marshall, la decisión de la Corte representaba la última instancia institucional respecto de los conflictos constitucionales que pudieran surgir dentro de la comunidad. Contra dicha visión, el entonces presidente Jefferson se mostraba hostil frente a la idea de la supremacía judicial y defendía un papel más prominente de los poderes políticos en la definición y puesta en práctica de la Constitución. En definitiva, esta última

<sup>2</sup> La lista que sigue no pretende ser exhaustiva, ni viene a delinear la teoría política del "constitucionalismo popular". Lo que ella pretende, más bien, es reflejar los "mínimos comunes denominadores" que pueden encontrarse leyendo los materiales de distintos autores identificados a o vinculados con el "constitucionalismo popular".

visión –conocida como teoría “departamentalista” o “concurrente”– sostenía que ninguna de las ramas del gobierno podía arrogarse superioridad sobre las otras, a la hora de interpretar el significado de la Constitución<sup>3</sup>. Examinando estos debates, y a lo largo de todo su libro, Kramer deja en claro dos cosas: el arraigo de dicha distinción en la historia estadounidense, y el consistente rechazo de la última posibilidad –la supremacía judicial– en la etapa fundacional del constitucionalismo estadounidense (y aún más allá de dicha etapa)<sup>4</sup>. Al mismo tiempo, sugiere una diversidad de vías a través de las cuales reorientar la historia constitucional estadounidense hacia un mundo jurídico en donde ya no exista la supremacía judicial<sup>5</sup>. Ahora bien, así como en el mundo jurídico que visualiza Larry Kramer lo que ha quedado abolido es la supremacía judicial<sup>6</sup>, en la visión de otros autores cercanos al “constitucionalismo popular”, como Mark Tushnet o Jeremy Waldron, la impugnación parece ser todavía más radical, y alcanzar a toda forma de control judicial de constitucionalidad. Para Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad, la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (tribunales cuyos miembros también están divididos por desacuerdos profundos, y que también deciden a

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo, POST, R. - SIEGEL, R., “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, 92 *California Law Review* (2004), p. 1027.

<sup>4</sup> En su opinión, “tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de nuestra historia, el constitucionalismo americano le asignó a los ciudadanos comunes un rol central en la tarea de implementar su Constitución”, dejando la “autoridad interpretativa final” en el propio pueblo. Ver KRAMER, L., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

<sup>5</sup> Kramer hace referencia, entonces, a una serie de medidas que quizás no estén a la altura de su cuidadoso análisis anterior. Así, alude a la introducción de reformas destinadas a acercar el funcionamiento del sistema judicial estadounidense al más politizado modelo europeo (KRAMER, L., *The People...*, cit., p. 250), limitando también la duración del mandato de los jueces, y tomando más flexible a la Constitución, además de otras medidas más dramáticas, aunque amparadas por la propia Constitución existente: desde limitaciones en la jurisdicción de la Corte, pasando por restricciones económicas, la reducción o ampliación del número de sus miembros, y hasta el *impeachment* a los jueces más hostiles frente a la voluntad ciudadana (ibidem, p. 249).

<sup>6</sup> Aquí –y para decirlo en términos de Kramer– “los jueces de la Corte Suprema pasarían a verse en relación con la gente, como hoy se ven los jueces inferiores en relación con la Suprema Corte: como responsables en la tarea de interpretar la Constitución conforme a su mejor juicio, pero al mismo tiempo conscientes de que existe allí fuera una autoridad más alta, con el poder de imponerse sobre sus decisiones” (KRAMER, L., *The People...*, cit., p. 253).

través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible<sup>7</sup>. Para Tushnet, el principal objetivo de un "populismo constitucional" como el que él defiende es el de "quitar la Constitución de las manos de los tribunales"<sup>8</sup>.

## 2. Contra una "sensibilidad antipopular"

Para el "constitucionalismo popular", muchas de las posturas mantenidas por los miembros más prominentes de nuestra comunidad jurídica –coronadas habitualmente con una encendida defensa de la revisión judicial de las leyes– se basan en una distintiva "sensibilidad antipopular"<sup>9</sup>. Robert Unger resumió adecuadamente esta visión, al sostener que el "pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea" está dado por su "disconformidad con la democracia"<sup>10</sup>. Esta disconformidad se expresa, según Unger, en una "incesante identificación de límites sobre la

<sup>7</sup> WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999. En directa polémica con el trabajo de Ronald Dworkin –autor fundamental en la defensa de la *judicial review*–, los escritos de Waldron sirvieron para plantear que aun desde una postura seriamente preocupada por la preservación de los derechos individuales debía resistirse el control judicial de las leyes. Ello así, por un lado, en razón de la existencia de profundos e irresolubles desacuerdos (*the fact of disagreement*) respecto del contenido y la forma de los derechos individuales (un reclamo que implicaba una puesta en cuestión de las teorías contemporáneas sobre la interpretación constitucional). Y también, y por otro lado, porque esa preocupación por los derechos no podía sino partir del reconocimiento del igual estatus moral y la igual capacidad de cada uno, lo cual implicaba dejar de lado toda visión que, directa o indirectamente, pretendiera colocar a los jueces como expertos concededores del contenido de los derechos. En otras palabras, las mismas razones que daban base a la preocupación por los derechos debían servir para bloquear cualquier intento de dejar a la ciudadanía sin la posibilidad de discutir francamente sobre sus derechos y los límites de los mismos.

<sup>8</sup> Tushnet define el "populismo" como "un derecho orientado a realizar los principios de la Declaración de la Independencia y el Preámbulo de la Constitución. De modo más específico, es un derecho comprometido con un principio de derechos humanos universales justificable por medio de la razón y al servicio del autogobierno". Ver TUSHNET, M., *Taking the Constitution...*, cit., p. 181. Esto implica una visión "fina" o "estrecha" de la Constitución, que se contrapone a la lectura más "robusta" o "abarcativa" hoy dominante.

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, PARKER, R., "Here, the People Rule, a Constitutional Populist Manifesto", *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, no. 3, (1993), pp. 531 a 584; KRAMER, L., "Popular Constitutionalism, Circa 2004", *California Law Review*, 2004; BALKIN, J., "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", 104 *Yale Law Journal* (1995), p. 1935.

<sup>10</sup> UNGER, R., *What Should Legal Analysis Become?*, Verso Press, Londres, 1996, p. 72.

regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes, como responsabilidad principal de los jueces y juristas; y consecuentemente en la hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios; en la oposición a todas las reformas institucionales, particularmente a aquellas orientadas a expandir el nivel de compromiso político popular, lo cual es visto como algo que amenaza el sistema de derechos..."<sup>11</sup>. Jack Balkin también exploró esta peculiar "sensibilidad antipopular" que encontró no sólo como propia de las élites jurídicas dominantes, sino también del *progressivism* o "progresismo" norteamericano. Ambas visiones, en su opinión, muestran una profunda desconfianza hacia las "preocupaciones de la gente común, un inflado sentido de la superioridad, un desdén por los valores populares, un temor frente a la regla de la mayoría, una confusión entre la capacidad técnica y la capacidad moral, y un *hubris* meritocrático"<sup>12</sup>. Frente a este elitismo, el "constitucionalismo popular" pretende recuperar y reconocerle su merecida importancia y peso institucional a los valores propios de la "cultura popular".

### 3. Interpretación extrajudicial

En los puntos anteriores se encuentra ya esbozada una idea que resulta central dentro del "constitucionalismo popular", y que tiene que ver con el lugar protagónico que le debe corresponder a la ciudadanía en la interpretación constitucional. De lo que se trata es de reservar un papel fundamental a la llamada "interpretación extrajudicial" de la Constitución. Larry Kramer, por ejemplo, define al "constitucionalismo popular" como la visión conforme a la cual "quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante

<sup>11</sup> UNGER, R., *What Should...*, cit., ps. 152 y 153.

<sup>12</sup> BALKIN, J., "Populism...", cit., p. 1951. Balkin sitúa la confrontación populismo-progresismo dentro del arco de la izquierda. Ambos movimientos favorecen la adopción de reformas, pero difieren fundamentalmente en su actitud hacia "las creencias, actitudes y acciones de la masa de los ciudadanos comunes" (*ibidem*, p. 1945). El movimiento "populista" sería de origen rural, desconfiado de las grandes organizaciones y de la burocracia, crítico de la centralización del poder, de los privilegios, del poder de los técnicos. El "progresismo", en cambio, tiene un origen urbano, y se muestra favorable a un gobierno de técnicos y expertos actuando en pos del bien público. Como los "populistas", los "progresistas" también rechazan las políticas conservadoras y corruptas, pero sin embargo no se alinean con aquellos en el rechazo a la concentración y centralización del poder —medidas ambas que, según entienden, pueden ser necesarias para la promoción de políticas de avanzada—.

sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente"<sup>13</sup>. Desde tiempo atrás, varios juristas defendieron y desarrollaron ideas semejantes. Así, por ejemplo, encontramos concepciones de este tipo en los trabajos de Bruce Ackerman, enfatizando el papel de *We the People* en la creación, desarrollo e interpretación de la Constitución (aunque manteniendo la centralidad y supremacía del Poder Judicial en la tarea interpretativa); y Akhil Amar, subrayando el principio de la soberanía popular, el carácter "mayoritario" (y no "individualista") de los derechos constitucionales no-enumerados, y (a diferencia de lo que ocurre en el trabajo de Ackerman) el rol protagónico que, históricamente, se le reservara a la ciudadanía y los órganos políticos en la interpretación y aplicación de tales derechos<sup>14</sup>. De modo similar, el profesor Stanford Levinson se ocupó de mostrar de qué modo una discusión como la anterior revela la oposición entre dos cosmovisiones a las que célebremente denominara concepciones "católica" o "protestante" de la Constitución<sup>15</sup>. Conforme a la primera, la tarea interpretativa es vista como "provincia exclusiva" del Poder Judicial, mientras que la segunda considera a la interpretación como una tarea difundida de modo igual entre todos los ciudadanos (volveré sobre este punto más adelante)<sup>16</sup>. El "constitucionalismo popular" se propone defender una alternativa obviamente más cercana a la segunda de las opciones mencionadas<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> KRAMER, L. "Popular Constitutionalism...", cit., p. 962.

<sup>14</sup> ACKERMAN, B., *We the People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991; AMAR, A., "Of Sovereignty and Federalism", 96 *Yale Law Journal* (1987), p. 1425; AMAR, A., "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V", 94 *Columbia Law Review* (1988), p. 457.

<sup>15</sup> LEVINSON, S., *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton, 1988.

<sup>16</sup> El propio Frank Michelman parece claramente persuadido por una visión "protestante" del constitucionalismo, según lo que muestran sus últimos trabajos. MICHELMAN, F., "Constitutional Authorship by the People", 74 *Notre Dame Law Review* (1999), p. 1605; MICHELMAN, F., "Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System", 72 *Fordham Law Review* (2003), p. 345. Ver también, comentando dicha aproximación de Michelman al "constitucionalismo popular", y mostrando formas de perfeccionar dicho encuentro, BALKIN, J., "Respect-Worthy...", cit.

<sup>17</sup> Ver, por ejemplo, WHITTINGTON, K., "Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses", 80 *North Carolina Law Review* (2002), p. 773.

#### 4. Una relectura crítica sobre los efectos del control judicial

Los "populistas" apoyan el punto anterior, normativo —referido al lugar que debe asumir la ciudadanía en la interpretación constitucional— con una serie de estudios, descriptivos, que en buena medida desacralizan y desmitifican las visiones dominantes en torno al impacto de las decisiones de los tribunales, y en particular de la Corte Suprema. Una parte significativa de estos estudios se ha dirigido a mostrar la limitada capacidad (y disposición) de los tribunales para frenar o revertir las políticas adoptadas por los poderes Ejecutivo y Legislativo, o para imponer directamente su propia agenda. En el ámbito estadounidense (donde la fascinación ejercida por la tarea de los tribunales resulta particularmente saliente), esta visión crítica encontró un punto de apoyo importante en el trabajo del cientista político Robert Dahl, quien dejó tempranamente en claro que el Poder Judicial se movía de modo demasiado cercano a los poderes políticos —es decir, que ni representaba la amenaza "contramayoritaria" que sus detractores temían, ni solía actuar con la autonomía e independencia teórica que sus defensores le atribúan<sup>18</sup>—. Más contemporáneamente, escritos como los de Gerald Rosenberg ayudaron a ver que siquiera casos tan resonantes como "Brown v. Board of Education" —una decisión contra la discriminación racial, que aparece al tope de las preferencias entre quienes glorifican la tarea judicial— tuvieron la importancia y efectividad que se les atribuyen. En su opinión, "Brown" "virtualmente, no produjo ningún efecto en lo relativo a la discriminación". La idea es que el cambio se tornó posible "[s]ólo cuando las ramas legislativa y ejecutiva actuaron de manera conjunta con los tribunales"<sup>19</sup>. Esta visión se vincula, más recientemente aún, con estudios como los de Stephen Griffin, demostrando que "el significado de la Constitución, en su mayor parte, es determinado a través de la política ordinaria", es decir, a través

<sup>18</sup> DAHL, R., "Decision-Making in a Democracy: The Role of the Supreme Court as a National Policy-Maker", 6 *Journal of Public Law* (1957), p. 279.

<sup>19</sup> ROSENBERG, G., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, The University of Chicago Press, Illinois, 1991. De todos modos, conviene ver, al respecto, y por ejemplo, el interesante intercambio crítico entre Michael McCann, un autor considerado central dentro del "constitucionalismo popular", y Gerald Rosenberg, cada uno examinando críticamente el trabajo del otro. MCCANN, M., "Causal vs. Constitutive Explanations", 21 *Law & Social Inquiry* (1996), p. 457; ROSENBERG, G., *Positivism, Interpretivism, and the Study of Law*, University of Chicago Press, Illinois, 1996. McCann objeta el esquema analítico de Rosenberg como *top-down* y *court-centered*. MCCANN, M., "Reform Litigation on Trial", 17 *Law & Social Inquiry* (1992), ps. 715 y 743.

de las acciones "del presidente y del Congreso, y no de la Corte Suprema"<sup>20</sup>, o los de Mark Tushnet, para quien el proceso de revisión judicial de las leyes representa poco más que *noise around zero*<sup>21</sup>. En el trabajo de Tushnet, la referencia a trabajos empíricos demostrando el limitado impacto de las decisiones judiciales se acompaña con ejemplos que demuestran de qué modo, en una diversidad de naciones en donde no se existe la *judicial review*, se puede asegurar igualmente un adecuado nivel de respeto hacia los derechos individuales. En definitiva, estudios empíricos como los referidos contribuyen a remover los temores sobre lo que puede implicar "un mundo sin control judicial de las leyes".

## 5. El derecho fuera del derecho

Las preocupaciones prácticas de los "populistas" encuentran expresión, además, en otros dos puntos de interés. Por un lado, sus trabajos muestran la indiferencia (si no la hostilidad) que suelen mantener los tribunales (y la comunidad académica, en general) respecto del modo en que la propia ciudadanía, en los hechos, genera "sentido jurídico". Por otro lado, ellos se interesan en mostrar, justamente, la forma en que la sociedad influye en, reconstruye y a veces directamente socava el valor de las decisiones judiciales<sup>22</sup>. Uno de los antecedentes más interesantes de este tipo de posturas se encuentra en el muy reconocido trabajo de Robert Cover, *Nomos and Narrative*<sup>23</sup>. En dicho trabajo, Cover exploraba los "indisciplinados impulsos jusgenerativos", provenientes de movimientos sociales alternativos, y mostraba de qué modo la tarea judicial más característica no era la de "crear, sino la de eliminar [ciertas visiones sobre el] derecho"<sup>24</sup>. En opinión de Cover, los jueces –confrontando la existencia de cientos de tradiciones legales alternativas– venían a decir "que *esta tradición es derecho*, mientras destru[ían o trataban] de destruir a las res-

<sup>20</sup> GRIFFIN, S., *American Constitutionalism*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 45.

<sup>21</sup> TUSHNET, M., *Taking the Constitution...*, cit., p. 153.

<sup>22</sup> MINOW, M., "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", 96 *Yale Law Journal* (1987), p. 1860. Ver también McCANN, M., "How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives", en GELMAN, H. - CLAYTON, C. (eds.), *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.

<sup>23</sup> COVER, R., "The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative", 97 *Harvard Law Review*, 4 (1983).

<sup>24</sup> COVER, R., "The Supreme...", cit., pp. 67 y 53.

tantes". Contra dicha visión, Cover sostenía que "[l]as historias que cuentan quienes resisten al derecho, las vidas que viven, el derecho que hacen" debían pasar a jugar un rol más importante a la hora de definir el contenido y el significado del derecho<sup>25</sup>. "El significado del derecho constituye un enriquecimiento desafiante de la vida social, una potencial limitación al poder y la violencia arbitrarias. Debemos dejar de circunscribir al *novus*; debemos invitar la llegada de nuevos mundos jurídicos" –concluía Cover–. Trabajos como los de los profesores Reva Siegel y Robert Post refuerzan un enfoque similar sobre la tarea del constitucionalismo<sup>26</sup>. Junto a estos trabajos, estudios como los de Wayne Moore han ayudado a mostrar las formas específicas en que la ciudadanía "crea y mantiene normas constitucionales –incluyendo normas 'legales'– que no encajan inmediatamente dentro de las narrativas profesionales"<sup>27</sup>. Otros, como los de Michael McCann exploran de qué modo los "ciudadanos reconstruyen las normas legales, transformándolas en recursos para propósitos distintos a los que los jueces apuntaban"<sup>28</sup>; y otros más se empeñan por entender los modos y las razones en que la ciudadanía hace uso del derecho<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> De modo similar, autores como Jack Balkin han enfatizado el efecto constitucionalmente enriquecedor (antes que anárquico o simplemente disruptivo) de las interpretaciones que la ciudadanía avanza –en desafío de las que fija la Corte– por medio de los partidos políticos y los movimientos sociales (BALKIN, J., "Respect-Worthy...", cit., p. 505). Según Balkin "[l]as interpretaciones constitucionales protestantes cumplen un papel crucial en la construcción de límites y en la distribución de posiciones políticas razonables". Ellas ofrecen "un fundamental mecanismo de retroalimentación que contribuye a dar forma al desarrollo de la doctrina constitucional en el largo plazo" (ibidem, 508).

<sup>26</sup> POST, R. - SIEGEL, R., "Protecting the Constitution From the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", 78 *Indiana Law Journal* (2003), p. 33; SIEGEL, R., "Text in Contest: Gender and the Constitution From a Social Movement Perspective", 150 *University of Pennsylvania Law Review* (2001), p. 297. Para algunos "populistas", entre las implicaciones de esta nueva mirada en torno al derecho se encuentra el de la "derrotabilidad" de las decisiones judiciales, que pasan a ser vitales, exclusivamente, como decisiones merecedoras de un "respeto presunto" y quedan sujetas a constates y múltiples desafíos (que incluyen la desobediencia a las mismas) por parte de la población (PARKER, R., "Here, the People Rule...", cit.).

<sup>27</sup> MOORE, W., *Constitutional Rights and Powers of the People*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 11; REED, D., "Popular Constitutionalism: Toward a Theory of State Constitutional Meaning", 30 *Rutgers Law Review* (1999), pp. 871 y 880.

<sup>28</sup> MCCANN, M., "Reform...", cit., p. 733.

<sup>29</sup> ERICK, P. - SILBEY, S., *The Common Place of Law*, Chicago University Press, Illinois, 1998; GRABER, M., "The Law Professor as Populist", 34 *University of Richmond Law Review* (2000), p. 373.

## 6. Democracia y participación

Todos los rasgos anteriores nos hablan de la común preocupación de los "populistas" por impulsar una mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas. Esta preocupación los distingue especialmente de otras corrientes "progresistas" (en el sentido arriba definido) que ven dicha participación como riesgosa. En efecto, y según los "populistas", la lucha que los "progresistas" emprenden contra el parroquialismo, la parcialidad y la ignorancia, es una lucha dirigida, en buena medida, contra las mayorías populares, a quienes responsabilizan de los sesgos o parcialidades que pueden afectar al proceso político. Finalmente, ocurre que "progresistas" y "populistas" difieren radicalmente en cuanto a los ideales de la democracia que defienden: mientras los "progresistas" favorecen la "soberanía de la razón", los "populistas" levantan el ideal de la "soberanía del pueblo". El primer ideal puede llevar a los primeros a defender, por ejemplo, ideas de la democracia basadas en "la persuasión, la discusión, el diálogo racional" (ideas éstas vinculadas normalmente con lo que hoy se tiende a llamar "concepción deliberativa de la democracia"). Los "populistas", en cambio, se manifiestan escépticos frente a dichas propuestas, y sobre todo frente al sesgo elitista que detectan en ellas. En su defensa de la soberanía popular, tienden a valorar más las manifestaciones propias de la "cultura popular", con lo que ella pueda incluir de "indisciplinado", "vulgar", o no refinado<sup>30</sup>. Institucionalmente hablando, y como resultado de su confianza en la ciudadanía —de su desconfianza en las élites— los "populistas" favorecen herramientas y medidas tales como la rotación en los cargos, los mandatos cortos, la descentralización del poder.

## III. DISCUTIENDO CON LARRY KRAMER

Dentro de una línea de trabajo como la examinada hasta aquí, el reciente libro de Larry Kramer se destaca por lo meticuloso de su análisis histórico y lo provocativo de sus tesis principales. Su obra representa además, sin lugar a dudas, una de las expresiones más sistemáticas, elaboradas, y mejor justificadas del "constitucionalismo popular". El trabajo consiste fundamentalmente en una "historia revisionista del control judicial" en el que se desafía el entendimiento habitual según el cual la Corte Su-

<sup>30</sup> BALKIN, J., "Populism...", cit., p. 1948.

prema (norteamericana) *es y ha sido siempre, y de modo indisputable, el "último intérprete de la Constitución"*. Kramer combate dicho criterio en sus dos aspectos principales mostrando que la Constitución fue escrita en un contexto marcado por el populismo, dentro del cual "el argumento a favor de la supremacía judicial sólo emergió hacia fines de 1790, siendo decisivamente repudiado tanto antes como después de esa fecha". El autor da cuenta tanto de las numerosas derrotas sufridas por los defensores de la supremacía judicial (por ejemplo, en la pérdida de la elección presidencial de 1800; en el rechazo a la *Judiciary Act* de comienzos del siglo XIX), como de la diversidad de instrumentos ideados para poner límite al poder de los jueces (la elección popular de los mismos; la paulatina codificación del derecho; las iniciativas para promover la revocatoria de los mandatos judiciales). Kramer destaca, especialmente, el modo en que –todavía hoy– las discusiones sobre el control judicial "privilegian las posiciones de personas que sufrieron derrotas políticas abrumadoras [Marshall, Webster, Story] cada vez que intentaron establecer su postura", dejando de lado las "visiones de Jefferson, Jackson y Van Buren" –como también Lincoln o Roosevelt– que, desde posiciones privilegiadas –la propia presidencia del país– desarrollaron visiones ("departamentalistas") muy críticas sobre el papel que le correspondía a jugar a los jueces en el proceso de toma de decisiones públicas.

Dicho esto, es importante dejar en claro que no todos los autores que pueden considerarse parte de esta corriente "populista" suscriben plenamente el núcleo de las ideas defendidas por Kramer. En este sentido, el ejemplo de trabajos como el de Robert Post y Reva Siegel resulta bien ilustrativo. Post y Siegel comparten las principales tesis de Kramer, en cuanto a que "el derecho constitucional debe encontrar su legitimidad, finalmente, en la cultura constitucional de los actores no-judiciales"<sup>31</sup>. Ellos también consideran que "el pueblo [debe retener] la última palabra sobre el significado de la Constitución"<sup>32</sup>. De todas formas, Post y Siegel piensan que es posible mantener dichos compromisos sin renunciar a la idea de supremacía judicial –es decir, piensan que es posible encontrar un "balance viable" entre ambos propósitos–. Así sostienen, por ejemplo, que los ciudadanos pueden tratar de modificar las decisiones de la Corte que entienden contradictorias de la Constitución por una diversidad de medios (que incluyen desde la promoción de cambios políticos destinados a ejercer presión sobre la Corte, hasta otras vías más directas, como el avan-

<sup>31</sup> POST, R. - SIEGEL, R., "Popular Constitutionalism...", cit., p. 1029.

<sup>32</sup> POST, R. - SIEGEL, R., "Popular Constitutionalism...", cit., ps. 1042 y 1043.

ce de enmiendas constitucionales destinadas a modificar la decisión de la Corte o, en los casos más extremos, el directo desafío –la “negación de obediencia”– frente al mandato de la justicia). Medios como los referidos permiten vislumbrar formas de convivencia posible entre el ideal de la soberanía popular y el respeto de la supremacía judicial.

Desde “fuera” de este movimiento jurídico, las voces que se expresaron sobre el libro de Kramer lo hicieron en un tono mucho más crítico. En particular, quisiera hacer referencia aquí a dos notables críticas, que destacan tanto por la calidad e influencia de sus autores, como por la proveniencia de los mismos de lados ideológicos opuestos, dentro de la academia jurídica contemporánea. Me refiero a los comentarios escritos por Richard Posner –un académico identificado con el liberal-conservadurismo– y Lawrence Tribe –un académico normalmente asociado con el progresismo–<sup>33</sup>. Tanto Posner como Tribe se muestran escépticos frente a la reconstrucción histórica propuesta por Kramer. Posner, que prefiere dejar dicha tarea a “historiadores profesionales”, sugiere una (simplista, más “clásica”, si se quiere, pero tal vez también mejor orientada) visión de la historia estadounidense que emula el “modelo de tres etapas francés” de “Mirabeau-Robespierre-Napoléon” –es decir, revolución burguesa (en el caso estadounidense liderada por los federalistas), que despierta una reacción extremista y antiburguesa (liderada por los republicanos Jefferson y Jackson luego de 1800), y una restauración burguesa (en los Estados Unidos, luego de la derrota de Van Buren)–. Esta restauración, según Posner convirtió a los Estados Unidos en la “quintaesencia de la República burguesa que aún sigue siendo, con derechos de propiedad y contratos garantizados por jueces profesionales, y con un derecho constitucional que es visto como derecho ordinario, más que como un emergente de la voluntad popular”. Para él, la vuelta a la etapa del “constitucionalismo popular” sugerida por Kramer resulta tan poco esperable como el retorno de Francia a la etapa Termidoriana. Con ironía, se pregunta entonces en qué *town meeting* se podrían reunir millones de personas, y por qué apoyarse en el juicio de “ciudadanos ordinarios” que “no han leído nunca la Constitución”. Y aunque se muestra comprensivo frente a las “náuseas” que parecen sentir Kramer y algunos de sus colegas frente a la centralidad adquirida por los tribunales, y a su burocrático e inatractivo modo de actuar, Posner simplemente no advierte cómo puede ser desca-

<sup>33</sup> POSNER, R., “The People’s Court”, *The New Republic*, 10/7/2004, p. 32; TRIBE, L., “The People Themselves: Judicial Populism”, *New York Times Sunday Book Review*, 24/10/2004.

ble (o posible) la alternativa del "constitucionalismo popular" a la que define como *populismo tout court*.

Tribe es más duro aún en sus juicios contra el "constitucionalismo popular" de Kramer, y denuncia a la "izquierda" que se empeña en objetar las funciones desarrolladas históricamente por la Corte Suprema. Para él, dicha actitud se explica porque a estos críticos les resulta muy difícil objetar —como quieren hacerlo— el extremo conservadurismo de la "Corte Rehnquist", defendiendo a la vez las mejores decisiones de las Cortes más progresistas (las denominadas "Corte Warren" y "Corte Burger"). Trabajos como los de Kramer se basan, en su opinión, en una lectura sesgada de la historia que culmina con la "equiparación de la revisión judicial con el monopolio judicial sobre la verdad constitucional". Para Tribe, por otra parte, "la influencia sobre decisiones individuales que Kramer le concedería al pueblo implica un poder de decir la última palabra que el pueblo nunca ha tenido, y que nunca se le podría permitir que tenga" —al menos, si al mismo tiempo no se renuncia al derecho constitucional, y se vacía de todo sentido a la Constitución—. En la línea más severa de su comentario, Tribe denuncia el riesgo de que Kramer termine encantando a un "amplio y potencialmente impresionable universo de lectores y estudiantes"<sup>34</sup>.

Según entiendo, las objeciones que se le hacen al "constitucionalismo popular" —versión de Kramer— en cuanto a la reconstrucción histórica de la que parte, se encuentran parcialmente justificadas. Mi propia lectura de la historia constitucional estadounidense se asemeja mucho más al bosquejo que, gruesamente, sugiere Richard Posner en su crítica. Sin embargo, así como es posible que autores como Kramer magnifiquen la presencia de un "constitucionalismo popular" a lo largo de dicha historia, parece también cierto que la "historia oficial" desdibuja tales rasgos progresistas, hasta convertir a la misma en una historia montada sobre una evidente ausencia: la del propio pueblo estadounidense. La de ellos es una historia de abogados y jueces, en la que la ciudadanía sólo resulta invocada, pero no tiene voz. Esfuerzos como los de Kramer resultan, en tal sentido, muy valiosos, al tratar de reconectar la historia constitucional estadounidense —y así, los orígenes de la revisión judicial de las leyes— con movimientos sociales y luchas de raíz popular.

Por otra parte, tampoco parece bien fundada la desconfianza que se manifiesta frente a los aspectos menos descriptivos y más normativos del

<sup>34</sup> En una carta al *New York Times Book Review* de 21/11/2004, Kramer lamenta dicha acusación y la atribuye, justamente, al poco respeto que parecen mostrar autores como Tribe frente a la capacidad e independencia de juicio de sus lectores.

"constitucionalismo popular". A la hora de pensar en la deseabilidad de un retorno a este tipo de constitucionalismo, son varios los datos que autores como los revisados aquí aportan, y que merecen ser tenidos en cuenta en la discusión: i) la historia de la revisión judicial es muy ambigua en sus resultados, respecto del ideal de mantener la inviolabilidad de los derechos individuales; ii) los efectos de las decisiones judiciales resultan fundamentalmente insignificantes sin el apoyo de las otras ramas de gobierno, y sin una recepción adecuada por parte de la ciudadanía; iii) existen países que carecen de una práctica de revisión judicial de las leyes sin que ello en absoluto obste al mantenimiento de un alto nivel de respeto hacia los derechos individuales. Tales datos sólo refuerzan un acuerdo teórico cada vez más extendido y profundo, en torno a la dificultad de seguir justificando que las decisiones constitucionales más importantes para la vida de la comunidad no sean decididas como debieran serlo, es decir, por ella misma, y a la luz de sus más meditadas convicciones.

## GARANTÍAS Y PROCEDIMIENTO JUDICIAL



## CAPÍTULO XII

# DERECHO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Por JOSÉ IPOHORSKI

### I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende hacer una aproximación a algunas cuestiones vinculadas con el derecho penal, una aproximación moderna del pensamiento republicano y su relación con el sistema de las garantías que fijan un límite para el ejercicio del poder punitivo. No pretendo ser original, ni mucho menos exhaustivo en los temas; otros autores se han ocupado del tema, como es el caso de las obras de Luigi Ferrajoli<sup>1</sup> o de Julio B. J. Maier<sup>2</sup>, o en las aproximaciones que Roberto Gargarella se encuentra realizando en la actualidad<sup>3</sup>. La intención de este aporte, con miras a su utilización como material de estudio por parte de quien recién se acerca a estos temas, es señalar cómo muchas de esas garantías se insertan en esa tradición, en tanto ponen énfasis en la necesidad de evitar una situación de dominación de unas personas sobre otras y una vocación por evitar todo posible uso arbitrario del poder.

Para ello, habré de hacer una aproximación a la inserción del sistema de garantías en el marco de un Estado constitucional, una breve referencia de la perspectiva republicana en la actualidad, el funcionamiento

<sup>1</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997.

<sup>2</sup> MAIER, J., *Derecho procesal penal*, t. I, "Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

<sup>3</sup> GARGARELLA, R., *Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (I y II)*, inéditos.

de las garantías y su relación con la jurisprudencia de la Corte Suprema, pero sin dejar de señalar cómo algún tipo de respuesta punitiva estaría justificada desde esta visión, frente a algunas manifestaciones de abuso de poder en nuestras sociedades.

## II. EL SISTEMA DE GARANTÍAS Y LA CONSTITUCIÓN

Antes que nada, debe recordarse que un sistema de garantías se inserta en un esquema constitucional, y toda Constitución supone una forma de regulación de la relación de mando y obediencia en el seno de cualquier sociedad organizada, que decide de manera deliberada su existencia como entidad política concreta. Toda Constitución implica una manera especial de ordenación política y social, ya que en la realidad social no se da ninguna ordenación sin supra y subordinación, más allá de la forma concreta que asuma esa relación, democracia, monarquía, aristocracia o las distintas definiciones que se quiera asumir sobre la cuestión<sup>4</sup>.

Los modernos Estados constitucionales se han organizado bajo la forma de repúblicas constitucionales, que implican algo más que la organización de un régimen de poder. A través de esta forma de gobierno que, por definición, persigue el bien común, el pueblo es libre, se tiende a la igualdad entre los súbditos, se aseguran derechos pero también se imponen deberes, y se establece un gobierno mixto, es decir, sin preeminencias de sectores o grupos sociales por sobre otros, lo que busca asegurar la existencia de gobiernos estables y duraderos.

En un sentido mínimo, ya la organización básica del poder político y la correspondiente relación entre el Estado y los individuos implica determinada restricción sobre la actividad de quienes detentan el mando y por ende una limitación a su actividad legislativa normal. Por ello, a ese esquema mínimo de constitucionalismo se opone otro, denominado pleno, que no solamente establece la forma en que se organiza el poder, sino que también determina la existencia de determinadas exigencias de procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública que deben ser respetadas. En este sentido se ha señalado, siguiendo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de

<sup>4</sup> SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, 2ª reimpr., trad. de Francisco Ayala, Alianza, Salamanca, 1996, p. 30.

poderes está determinada, no tiene una Constitución<sup>3</sup>. Aquellas sociedades que han optado por plasmar su organización política en documentos escritos fijan su forma de gobierno, las aspiraciones del Estado que se organiza, la división de las funciones estatales y la particular conformación de su esquema de derechos.

Dentro de este esquema de constitucionalismo pleno, podemos advertir que, en un aspecto procedimental, los destinatarios de las normas buscan contar con algún grado de consentimiento de su parte en la conformación de esas normas y, en un aspecto sustantivo, limitar el ejercicio de ese poder de acuerdo con criterios valorativos, generalmente plasmados en cartas de derechos, que funcionan como valla frente a la experiencia histórica de abusos en el ejercicio del mando por parte de quienes circunstancialmente lo detentan en una sociedad determinada.

Pero aun asumiendo que existen buenas razones para considerar que los destinatarios de las normas tienen que tener alguna forma de participación en su establecimiento y que existen límites para ese poder ordenador, ello no nos asegura que este sentido pleno del constitucionalismo nos aleje de la tensión que lo trasvasa, dado que no toda decisión pública que suponga algún grado de participación de sus destinatarios necesariamente irá a consultar los intereses de todos los integrantes de esa asociación. Bien puede suceder que decisiones asumidas por mayorías circunstanciales limiten de manera más o menos intensa los derechos de aquellos que no lograron conformar esa mayoría. Los límites de la imposición de esas decisiones, su eventual necesidad de tolerarlas y las maneras de cuestionar lo decidido, como también quién y con qué criterios habrán de hacerlo han sido motivo de permanente discusión en las modernas sociedades democráticas que han adoptado esquemas constitucionales que, en líneas generales, aceptan un sentido pleno del ideal constitucional.

La propia dinámica de ese documento supone dotarlo de un mecanismo especial de su propia reforma, dando por sentado que esa clase de decisiones reviste una importancia que trasciende la de aquellas decisiones de gobierno coyunturales. Las dilaciones y demoras establecidas para ello están previstas para oponerse a los impulsos repentinos y las pasiones pasajeras de las mayorías circunstanciales, que carezcan de la prudencia indispensable para adoptar una decisión de esas características. Se trata de una autolimitación colectiva a la que se asume adoptada en un momento de lucidez para no dejarse llevar por esos arrebatos pasajeros.

<sup>3</sup> Niso, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 2 y 4.

Además, se establecen distintas relaciones entre los diversos departamentos del Estado para evitar los peligros del régimen de mayorías y de la concentración del poder de decisión, pudiendo hacer las instituciones más independientes entre sí —separación de poderes— o hacerlas más dependientes las unas de las otras —frenos y contrapesos—, aunque generalmente se adopta un esquema que consulta distintos aspectos de estos mecanismos.

Pero tampoco de esta manera se resuelve uno de los mayores problemas de ingeniería institucional que las modernas sociedades democráticas plantean: la Constitución no resuelve nada si no está dotada de un sistema de interpretación y aplicación. Para ello, debe estar dotado de un mecanismo menos dispendioso que aquel que suponga la convocatoria a una nueva convención constituyente cuando se trate de determinar los límites y alcances de sus cláusulas como las tensiones que puedan existir entre las normas que la componen. Como ya se ha mencionado, quién o quienes y con qué criterios habrán de realizar esta tarea, es una cuestión de profundas implicancias políticas, dado que habrá de privilegiarse un sistema que suponga mayor o menor participación de los sujetos involucrados en la decisión final que se adopte al respecto.

Generalmente se ha dado a los jueces, funcionarios públicos que no son seleccionados de acuerdo con mecanismos democráticos directos, la potestad de definir el sentido último de las normas constitucionales y su labor, sobre todo en aquellos tribunales superiores, ha sido caracterizada como la breve intervención de filósofos reyes en el gobierno democrático<sup>6</sup>, ya que ellos deberán fijar los límites de la actuación estatal y los grados de intervención que permitan la consecución de objetivos sociales sin postergar el resguardo de los valores jurídicamente protegidos plasmados en los derechos reconocidos a sus habitantes.

### III. BREVE APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO REPUBLICANO

La visión republicana no se queda únicamente en el diseño de las instituciones estatales y el ideal del constitucionalismo. Su impronta determina también una manera de concebir el derecho y la aplicación que hagan sus órganos puesto que es una doctrina política que asume una determinada concepción de la libertad del hombre en sus relaciones reci-

<sup>6</sup> ALVAREZ GONZÁLEZ, J., "Otra mirada a la Constitución discrecional", en *Estado de derecho y democracia*, SELA 2000, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 184.

procas y con el Estado, generalmente poniendo énfasis en la virtud como un sesgo a fomentar en los individuos a través de la ley<sup>7</sup>. Su aspiración no es promover la existencia de sujetos aislados, sino aunarlos en una empresa común —la república—, y para ello muestra confianza en que cada uno de sus integrantes sabrá cómo “perseguir su propia felicidad”<sup>8</sup> de la manera que mejor consulta sus intereses, pero sin postergar su inserción en un marco social, que permita el desarrollo de esa libertad. Es decir, se persigue y fomenta el ejercicio de la libertad de los seres humanos, pero esta libertad en la comunidad, fundada en el derecho, visto como requisito y condición para su ejercicio y no como límite para su desarrollo, teniendo como objetivo también evitar preeminencias de algunos sujetos sobre otros, lo que resulta tan peligroso para la libertad como la existencia de un Estado omnimodo.

Peró antes que nada conviene formular algunos reparos respecto de la vigencia de los ideales republicanos en el mundo que nos toca vivir, cuando parece que hoy en día no se encuentran satisfechas las condiciones iniciales que permitieron su consolidación como doctrina política.

En efecto, ya sea en las incipientes democracias griegas, en la Roma preimperial, en las ciudades-Estado italianas de la baja Edad Media y el Renacimiento o en las colonias de la Nueva Inglaterra, aparece como que el compromiso con los ideales republicanos suponía un alto grado de exclusión en la deliberación y participación en el debate público, dado que no se incluían dentro de la ciudadanía con aptitud para ello tanto a los esclavos como a las mujeres y los extranjeros. Además, este tipo de reflexiones, en principio, sólo era posible en sociedades de tipo agrario, donde el proceso de industrialización y el comercio eran apenas incipientes y no el modo de producción dominante.

En efecto, si tomamos en cuenta a autores como Maquiavelo podemos advertir que éste veía en la pobreza de los ciudadanos una aspiración y una condición para el sostenimiento del Estado. A su juicio, era necesario que el pueblo se mantuviera en esa situación como condición necesaria para asegurar el funcionamiento adecuado de una república<sup>9</sup>. Del mismo modo, varios siglos después, Thomas Jefferson, entre otros,

<sup>7</sup> MAQUIAVELO, N., *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza, Madrid, 1987, p. 291.

<sup>8</sup> La frase es extraída de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América.

<sup>9</sup> Allí, el autor señalaba que “[...] la disposición más útil que puede tomarse en un Estado libre es mantener pobres a los ciudadanos...”, ver MAQUIAVELO, N., *Discursos...*, cit., p. 371.

advertía sobre los riesgos de la industrialización y el comercio en la conformación del carácter de los ciudadanos necesarios para un adecuado funcionamiento de las instituciones<sup>10</sup>.

Como puede verse, las democracias de masas actuales y la creciente tecnificación y complejidad de las sociedades post industriales aparecen muy alejadas de las comunidades que tenían en miras diversos autores que se reconocen insertos dentro de esta tradición de pensamiento, como para trasladar sus ideas y observaciones a nuestras prácticas institucionales. Las repúblicas demandaban pobreza material y frugalidad en las costumbres, lo que forzaba la búsqueda de los honores en la vida pública. ¿Qué puede esperarse de esa noción en nuestros días, donde el comercio y la industria, las constantes innovaciones tecnológicas, la prestación de servicios a gran escala, las grandes campañas políticas, nos llevan a la opulencia y la ostentación como bienes deseables y modelos sociales a imitar?

Sin embargo, este sesgo elitista no impediría fomentar un ideal igualitario que, en vez de restringir, tienda a ampliar la base de participación política, o mejorar la calidad de su intervención, a distintos sectores sociales históricamente postergados en la conformación del debate público. Por ende, esta objeción "originaria" no es incompatible con una ampliación de las bases de participación y hasta se puede decir que pugna para que así se haga. En este sentido, sus aspiraciones permanecen vigentes, demandando su adecuación a los tiempos actuales, a fin de rescatar aquellos aspectos de este ideal que pueden orientar y otorgarnos un punto de vista susceptible de analizar no sólo las relaciones entre los diversos grupos sociales, sino también el sentido de la actuación estatal y los límites de su intervención.

Debe rescatarse con particular énfasis dentro del ideal republicano aquella impronta que busca fomentar el compromiso de los ciudadanos en la atención de los asuntos públicos, sobre todo si las consecuencias de esas decisiones habrán de repercutir con mayor intensidad sobre ellos. Es más, dada la íntima relación que existe entre la decisión política y determinadas prácticas de gobierno y su relación con el concepto de persona o ciudadano que se busca promover, ello también tendrá claras implicancias en un correlato de deberes y cargas de determinados actores, ya sea habitantes, ciudadanos, funcionarios públicos y otros sujetos que circunstancialmente se encuentren en una especial situación de privilegio.

<sup>10</sup> Ver el análisis que realiza Gargarella sobre esta cuestión en GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999, ps. 170 y 171.

A partir de todas estas consideraciones se impone establecer si esta línea de pensamiento republicana tiene implicancias que permitan discernir y establecer una suerte de baremo para la crítica de la actividad —o inactividad— de cualquiera de los órganos de gobierno, dato que por cierto requeriría un análisis de precisión mayor al que se pretende en este trabajo. No obstante las dificultades y el desafío intelectual que conlleva, ello no nos debe impedir aunar esfuerzos para intentarlo.

Ya señalada la importancia del factor igualitario, debe mencionarse que diversos autores han puesto énfasis en un aspecto importante del ideal republicano que apunta a las condiciones del ejercicio de la libertad de las personas. La noción acerca de este punto es fundamental, por cuanto tendrá consecuencias inmediatas respecto del sentido y alcance de los límites legales que puedan establecerse a las personas en el ejercicio de esa libertad.

El acento se ha puesto en la circunstancia de que el autogobierno colectivo sólo puede lograrse a partir de generar en sus ciudadanos una situación de autogobierno propio, lo que se traduce en la idea de no estar sujeto a merced de voluntad alguna, es decir, una libertad con responsabilidad plena no sujeta al poder de ordenación de otros. Así, se ha sostenido que la libertad debe ser entendida como una situación de no-dominación, por oposición a una concepción de la libertad como no-interferencia, fomentada por una posición estrictamente liberal. El ideal de no-dominación asume que algunas interferencias en nuestro ámbito de libertad pueden estar justificadas, en tanto y en cuanto no signifiquen otorgar a otra persona, grupo o al Estado una situación de preeminencia sobre mis decisiones y mi situación como persona. La nota distintiva entre una concepción de la libertad que pone el acento en la no dominación y otra que la enfatiza la no-interferencia se puede advertir en una relación amo-esclavo, donde claramente el amo tiene señorío sobre su esclavo que, por definición, es su propiedad y sujeto de su voluntad. Pero bien puede suceder que ese propietario esclavista no ejerza esa situación de preeminencia (por el motivo que sea), es decir, no interfiera en la esfera de libertad de su esclavo, aunque en cualquier momento, y por su sola voluntad, podría revertir esa circunstancia en perjuicio del (hasta el momento) afortunado siervo. Es decir, la suerte, el cálculo estratégico, la adulación de quien se encuentra en una situación de dominación puede evitar una interferencia en su libertad. De más está decir que no parece ser ésta la clase de virtudes que sean convenientes y necesarias para la conformación del carácter de aquellos individuos que habrán de participar en el gobierno colectivo.

Una concepción de la libertad como no interferencia considera disvaliosa toda intervención en las decisiones de las personas, fundada en el motivo que sea, ya sea por otros sujetos y más aún si es decidida por el Estado. En cambio, una postura que reivindica el ideal de la no dominación asume que bajo ciertas condiciones es lícito interferir en la libertad de las personas, máxime cuando esas intervenciones, y solamente en esos casos, están fundadas en la necesidad de satisfacer los intereses comunes de los ciudadanos y promover un estado de cosas que asegure una situación de no-dominación respecto de otros integrantes de la sociedad. Así, para una posición claramente libertaria, la ley es una interferencia en la libertad de las personas, y el derecho es visto como un mal necesario para asegurar la convivencia pacífica entre los individuos. En cambio, para una posición republicana como la que aquí se describe, la ley es fundante y condición necesaria para el ejercicio de la libertad<sup>11</sup>.

En este sentido, la no-dominación, pretende proscribir esas situaciones de preeminencia injustificada, pero puede implicar interferencias en nuestra libertad, las cuales estarán autorizadas en la medida en que no asuman la nota de arbitrariedad, la que ha sido caracterizada como una interferencia controlada por la voluntad o el juicio de quien interfiere, sin que este último se vea forzado a atender los intereses y las interpretaciones de quien o quienes la padecen<sup>12</sup>.

Como ya se esbozara más arriba, una nota característica de lo republicano es la existencia de deberes, como correlato del reconocimiento y ejercicio de los derechos, dentro de una comunidad. Ahora bien, parece necesario dejar en claro que la existencia de estos deberes sociales irá de la mano del grado de privilegio y prerrogativas que suponga el ejercicio de derechos, puesto que aparecería como una demasia la exigencia proporcional de mayores sacrificios a aquellos menos privilegiados en una comunidad. Así, debe verse que la posibilidad de exigir el cumplimiento de ciertos deberes es directamente proporcional al grado de privilegio o satisfacción de condiciones de existencia con que se cuente en una comunidad, de tal manera de no subvertir el esquema de derechos, privilegiando sus notas libertarias por sobre aquellas que demandan una acción más equitativa. Por otro lado, no sólo debe entenderse por deberes aquellas prestaciones de tipo positivo que se pueda imponer sobre los habitantes, sino también el conjunto de limitaciones que pesan sobre estos

<sup>11</sup> PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999, ps. 41 y 58; ver también GARGARELLA, R., *Las teorías...*, cit., p. 163.

<sup>12</sup> PETTIT, P., *Republicanism...*, cit., p. 350.

sujetos, que funcionan como una manera de garantizar y evitar el uso desviado de esa especial situación de privilegio.

#### IV. EL DERECHO PENAL Y LA IMPRONTA REPUBLICANA

Es evidente que se advierte una situación de dominio injustificado y a todas luces arbitrario por parte de quien lleva adelante una conducta definida como criminal sobre alguna persona, circunstancia que es clara en aquellos casos en que se atenta –en especial mediante el uso de violencia– contra su vida, su integridad física, su libertad ambulatoria y sexual, sus bienes, entre otros derechos. La clase de respuesta que se propone para estos casos desde una perspectiva republicana destaca la necesidad de otorgar reconocimiento a la calidad de víctima de quien ha sido objeto de esa dominación, su reparación y la renovación de la seguridad de la comunidad de que el delincuente dejará de ser la amenaza que fue cuando cometió el crimen<sup>13</sup>.

No obstante, debemos ser conscientes de que una ilimitada vocación por pretender una seguridad absoluta contra estos ataques no nos haga incurrir en los males mayores que desde hace siglos se han tratado de evitar a través de ese sistema de garantías<sup>14</sup>. Estos riesgos han adquirido una dramática actualidad, sobre todo cuando es el propio Estado quien recurre al terror como mecanismo del control social. La respuesta que el derecho penal puede brindar para sancionar este tipo de violencia estatal, la manera de implementarla y los problemas que traen aparejados estos fenómenos, también debería ser motivo de consideración en estudios posteriores, aunque no será motivo de análisis en este trabajo.

Parece necesario aclarar que la mayoría de los Estados, y así se advierte en diversos compromisos internacionales existentes sobre la materia<sup>15</sup>, se asume que el derecho penal es el sistema utilizado para dar una respuesta a aquellos ataques más intensos a las normas establecidas para asegurar la convivencia pacífica entre los individuos. No obstante, no

<sup>13</sup> PERRY, P., *Republicanism...*, cit., p. 206.

<sup>14</sup> Sobre este punto, Carl Schmitt, con franco escepticismo señala: "Generalmente, los hombres no suelen buscar ni la verdad ni la realidad, sino tan sólo la sensación de hallarse seguros" (ver SCHMITT, C., "Interpretación europea de Donoso Cortés", en SCHMITT, Carl, *Teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, "Prólogo" y selección de textos de Héctor Orestes Aguilar, p. 228).

<sup>15</sup> Ver, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (art. 7°) y el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos (art. 14), entre otros.

entraré a ahondar acerca de su eficacia y efectos colaterales que pugnarían por su abolición. En este trabajo habrá de asumirse la existencia de un sistema penal, equilibrado por un sistema de garantías que funcione como condicionante de la legitimidad de la imposición de castigos a los individuos.

A su vez, debe señalarse que los conflictos que atraviesan toda la discusión referente a la aplicación de las leyes penales y el sistema de garantías supone un dilema frente al cual se debate el ejercicio más intenso del poder del Estado, esto es, la aplicación de una pena —la privación de bienes jurídicos valiosos— a sus habitantes ante la posibilidad de que esa pena pueda llegar a ser aplicada a un inocente. Así, la existencia de límites para el ejercicio de esta potestad asume que algunos culpables puedan escapar al reproche y castigo, alternativa que resulta preferible a que por error ese poder se descargue sobre un ciudadano inocente. Estos riesgos han llevado a que el pensamiento republicano más moderno ponga el acento señalando una desconfianza en el crecimiento desmedido del derecho penal, poniendo en duda las habituales justificaciones disuasorias y retributivas de la pena estatal, pero advirtiendo que sus representantes históricos no han brindado mayores pautas para limitar su ejercicio, más allá de los límites a los arrestos y castigos arbitrarios de las monarquías absolutas<sup>16</sup>. Es por ello que estas aproximaciones han destacado la idea de mínima intervención en lo que se refiere al recurso del derecho penal en la sociedad, la necesidad de que existan límites infranqueables al Estado que funcionen como una valla frente a su violación y que el sentido de la pena esté orientado a que el individuo internalice pautas de reproche y reprobación de la conducta en que ha incurrido<sup>17</sup>.

También se ha puesto énfasis en la advertencia de que el derecho penal conlleva riesgos de una aplicación sesgada en términos de raza, género o clase, lo que emparenta esta observación con la de otros autores que han puesto el acento en cómo esta manifestación del poder estatal generalmente se descarga sobre sectores más vulnerables de la sociedad<sup>18</sup>.

La posibilidad de que desde el Estado se pueda formular un reproche a determinadas personas por su conducta, incluso privando de bienes

<sup>16</sup> PETTI, P., *Republicanism...*, cit., p. 205.

<sup>17</sup> Ver GONZÁLEZ BERTOMÍU, J., *Aportes para la discusión de una teoría del castigo. El enfoque republicano de Braithwaite y Pettit*, inédito, p. 23; el autor también alerta respecto del posible sesgo perfeccionista de esta concepción de la pena (p. 43).

<sup>18</sup> GARGARELLA, R., *Memo... (II)*, cit., p. 2; ZAFFARINI, E. R. - ALACIA, A. - SLOKAR, A., *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 15 y ss.

jurídicos valiosos a esos individuos, puede llegar a ser un recurso válido para promover el bien común y asegurar los beneficios de la cooperación social, sobre todo frente a graves manifestaciones criminales que colocan en situación de incertidumbre y temor a los ciudadanos, como sería en los casos de secuestros u otros ataques violentos contra las personas. En este sentido, el derecho penal, como manifestación del poder estatal, aparecería como un recurso válido en cuanto reencauza la respuesta punitiva reafirmando el rol de ese Estado en su determinación e imposición, dado que de otra manera esa respuesta violenta se haría presente por vías informales, arbitrarias y salvajes, que incluso serían costosas para los ciudadanos, ya que tal vez éstos deberían pagar por su protección a organizaciones armadas al efecto, con los riesgos de que esa violencia descontrolada e irresponsable caiga sobre individuos ajenos a los hechos o de manera desproporcionada sobre sus verdaderos perpetradores<sup>19</sup>.

Desde otro punto de vista, debe tenerse presente que si determinadas personas pueden permanecer impunes frente a la violación de las leyes, ello puede generar una sensación de desasosiego moral en el resto de los habitantes, ya que la idea de que alguien o un grupo de personas gozan de preeminencias sobre los demás, que le permiten sustraerse a sus consecuencias. Esto potencia o puede dar pie a generar situaciones de abuso y dominación que un Estado republicano debe intentar proscribir.

## V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS PENAS

Uno de los primeros aspectos que pueden verse delimitados por una impronta republicana es el límite de la privación de los derechos de los individuos por las faltas cometidas. En este punto, no pueden dejar de señalarse las críticas a las que han sido sometidas las penas de encierro en establecimientos carcelarios, por su efecto degradante respecto de quienes allí se alojan, la pérdida de todo contacto con su círculo de pertenencia social y la posibilidad de que ello contribuya a una situación de resentimiento que acentúe, y no limite, la reincidencia en el delito, probablemente con mayor eficacia<sup>20</sup>. También ha sido cuestionada la necesidad

<sup>19</sup> El profesor Luigi Ferrajoli señala que el derecho penal estaría justificado para evitar los riesgos de una venganza desenfrenada frente a la violencia que genera el delito (FERRAJOLI, L., *Derecho...*, cit., ps. 332 y 335).

<sup>20</sup> Es interesante cómo algunos trabajos han puesto el acento en que las penas de prisión no debe superar los diez años de encierro, justamente para evitar todos los efectos adversos de esta clase de sanciones (ver FERRAJOLI, L., *Derecho...*, cit., p. 414).

de recurrir al derecho penal para sancionar conductas cuando de su prohibición previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, cuando la percepción del sujeto se encuentra profundamente conmovida, a causa de los motivos –individuales, sociales o económicos– de su violación, como por ejemplo en los casos de aborto, el adulterio, el concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia<sup>21</sup>.

Desde una perspectiva republicana, se ha puesto énfasis en la necesidad de establecer sanciones de tipo integrativas hacia la comunidad, como multas y servicios comunitarios, antes que otras de tipo excluyente, individualistas, basadas en el mero uso de la fuerza, dado que serían más favorables a establecer las condiciones sociales que promueven el autogobierno<sup>22</sup>.

La desproporción grosera con el mal cometido suele ser un indicador a tener en cuenta a la hora de evaluar si determinada consecuencia punitiva guarda coherencia en el sistema en que se encuentra inserto, considerando el tipo de valores protegidos por el legislador y la intensidad de la respuesta estatal de que se trate.

La Corte Suprema ha puesto límites a ciertas consecuencias irrazonables del poder punitivo estatal, descalificando las llamadas medidas de seguridad impuestas a quienes reincidieran en la comisión de delitos, tachando de inconstitucional la posibilidad de que esa consecuencia accesoria, nada menos que la reclusión por tiempo indeterminado en una prisión (art. 52, CPen.), no tuviera una relación de proporcionalidad con el hecho que la motivara, en el caso concreto, un ataque contra el derecho de propiedad (robo)<sup>23</sup>.

En otro caso, se contemplaba la aplicación de una pena cuyo mínimo era de nueve años de prisión, para el caso de incurrir en el robo con armas cuando el objeto del delito fuera un automotor. Allí se estableció que si bien no parecía objetable a primera vista que el legislador contemplara el mayor valor económico de los bienes a los fines de otorgarle protección especial –estableciéndose una mayor pena–, si lo era el haber circunscripto ese trato preferencial al caso de los automóviles, excluyéndolo irrazonable y arbitrariamente de la figura agravada otros obvios e innumerables objetos que poseen igual y aún mayor valor económico que aquéllos, y sin que surgiera de la exposición de motivos de la norma impug-

<sup>21</sup> FERRARELLI, L., *Derecho...*, cit., p. 473.

<sup>22</sup> GIARDARELLA, R., *Idem...*, cit., p. 10.

<sup>23</sup> CAUSA "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa - causa 1573", del 5/9/2006 (Fallos 329:3680).

nada cuál sería la razón que habría conducido a dicha exclusión. Además, se tuvo en cuenta que el mínimo legal de pena privativa de la libertad para el caso del homicidio de una persona, donde justamente la vida humana es la afectada, era de ocho años de prisión (art. 79, CPen.)<sup>24</sup>.

Dicho temperamento fue luego dejado sin efecto por la Corte, en una nueva integración, argumentándose que lo único que nos indicaba la diferencia entre las distintas respuestas punitivas era el tratamiento diferente otorgado por el legislador a distintas conductas reputadas criminales. Que un determinado delito puede estar penado con una mayor pena que otro, se argumentó, nada nos dice respecto de su desproporción o su irrazonabilidad, puesto que ese dato lo único que nos indica es que unos pueden estar penados en exceso y otros en defecto. En definitiva, se otorgó primacía a la opción legislativa<sup>25</sup>. No obstante, tal vez percibiendo la injusticia de esta disparidad en la respuesta punitiva, la agravante en cuestión fue derogada por la ley 24.721 (BO del 18/11/1996).

Es que más allá de las dificultades existentes a la hora de determinar cuándo la clase de respuesta o la medida de esa respuesta pueda ser cuestionada ante un órgano con un déficit democrático claro, como es el Poder Judicial, subyace en este punto de vista un problema que atiene a considerar que las personas evitarán incurrir en la clase de conductas —o lo harán en menor medida— cuando perciban un aumento en la pena del delito de que se trate.

Este tradicional enfoque de tipo economicista de la legislación penal ha sido objeto de muy agudos cuestionamientos, dado que se asume que la legislación penal se funda en un presupuesto antropológico y psicológico alejado de los más recientes hallazgos en materia de la motivación de las decisiones de las personas. Se ha cuestionado que las personas se manejen por la vida, en particular a la hora de abstenerse de determinadas conductas, como un *homo economicus*, es decir, asumiendo que su conducta habrá de estar determinada en función de incentivos y contraincentivos materiales o de costo-beneficio. La racionalidad implícita en este enfoque supone que a mayor expectativa de pena para un delito determinado, menor será su propensión a incurrir en esa conducta, ante la perspectiva de ser sancionado con una cada vez mayor privación de bienes jurídicos. Sin embargo, la complejidad del comportamiento de las perso-

<sup>24</sup> Fallos 312:826. Se consideró inconstitucional la agravante establecida en el art. 38 del decreto-ley 6582/1958, paradójicamente una norma dictada por un gobierno *de facto*.

<sup>25</sup> Fallos 314:424.

nas muchas veces se basa en criterios de tipo cooperativo, considerando el tipo de respuestas del entorno social en que se desenvuelve, ya que muchas veces las decisiones personales se encuentran más orientadas de acuerdo con pautas de reciprocidad, es decir, se habrá de actuar conforme a las razonables expectativas de que los demás actuarán de la misma manera y no tanto en consideración a un mero cálculo de costo-beneficio de un determinado curso de acción. Desde esta perspectiva, un aumento desmesurado de las penas, en un contexto social de desprecio por la legalidad, podría fomentar el comportamiento contrario, dándose la paradoja de que esa misma inflación penal será percibida como reveladora de la ineficacia del sistema en sancionar esa clase de conductas, y aun quienes no llevan adelante esta clase de actos se verían tentados de hacerlo frente a la falta de un contexto social que promueva el respeto de la ley<sup>26</sup>.

Una vez planteadas estas cuestiones en lo que concierne a las respuestas estatales a ciertas conductas de cierta gravedad, y por ello merecedoras de pena, en los puntos siguientes habré de realizar un desarrollo de distintas garantías constitucionales y su relación con el postulado republicano de la no dominación cuando un individuo es imputado de la comisión de un delito. Se tratará de hacer mención a algunos casos resueltos por la Corte Suprema, para ilustrar su desarrollo y consecuencias, pero también para orientar la discusión de los contornos de la garantía involucrada a quien pretenda profundizar sobre la cuestión.

## VI. LA AUTONOMÍA PERSONAL Y LA INTIMIDAD

Parece indispensable asumir que las personas deben contar con una razonable seguridad en poder ejercer su autonomía personal en lo que hace a la definición de aspectos claves de su vida y al desarrollo de su personalidad, acorde con sus ventajas y limitaciones. Si se busca acentuar el compromiso de las personas en el manejo de los asuntos de todos, aparece lógico y presupuesto indispensable de este ideal que se garantice y proteja un ámbito propio, exento de la autoridad de los magistrados —en la terminología del art. 19, CN— y de la interferencia de otras personas, en el manejo y la decisión de aspectos que atañen solamente al individuo, aunque trasciendan el espacio íntimo de nuestro hogar o el círculo

<sup>26</sup> KAHAN, D., "The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law", Public Law Research Paper no. 31; Yale Law & Economics Research Paper no. 281, Yale Law School, especialmente ps. 26 y 32.

de confianza. La tolerancia y los límites del consenso democrático respecto de la definición de lo privado en una comunidad, donde lo libre entra en conflicto con lo fraterno, es una cuestión de difícil solución. Tal vez habría que preguntarse acerca de los riesgos y daños de una determinada solución comunitaria, que puede ir desde la imposición de un servicio militar<sup>27</sup>, la obligación de votar periódicamente, de denunciar ciertos actos de los demás a la autoridad, hasta el apego a ciertos valores como el respeto de símbolos patrios<sup>28</sup> o la adopción de determinada práctica religiosa, o incluso algunas medidas que afectan la propia salud<sup>29</sup>; estas soluciones son consideradas fundantes en la formación y el sostenimiento de una comunidad, y las objeciones que se plantean frente a su imposición pueden resultar atendibles a los efectos de evitar que sean sentidas como una interferencia arbitraria sobre aquellos sobre quienes repercuten.

El compromiso del ideal republicano con cierta conformación del carácter necesaria para participar activamente en la vida pública no puede llevarnos a posturas que revelen una actuación estatal enderezada a imponer planes de vida a los individuos, más allá de sus propias inclinaciones naturales. El derecho a perseguir la propia felicidad, lo que implica una aspiración (nada indica que se pueda alcanzar...), es una clara manifestación libertaria que supone un límite a la actividad estatal, incluso en aquellos casos en que el Estado o la mayoría de los habitantes no comparta los puntos de vista involucrados.

No debe pasarse por alto que también es un valor a respetarse —e incluso promoverse— la necesaria diversidad de personalidades y actitudes ante la vida, que habrán de enriquecer el espacio común, y que también esas perspectivas, tal vez hoy no compartidas mayoritariamente, habrán de engendrar las soluciones para cuestiones y problemas que pudieran aparecer en el futuro. El espacio común supone debate y éste no es concebible si impera un único punto de vista; peor aun si es definido coactivamente.

A su vez, en un momento donde el desarrollo de tecnologías permite intromisiones potencialmente peligrosas en lo que atañe a nuestro derecho a "ser dejado a solas" y donde también se promueve públicamente una exposición sin límites de estos aspectos íntimos, debería analizarse que una relación fraterna con nuestros semejantes sólo aparece posible si se garantiza un ámbito robusto de protección de esa esfera íntima, donde

<sup>27</sup> Fallos 312:496.

<sup>28</sup> Fallos 304:1293.

<sup>29</sup> Fallos 316:479.

se obtiene, se procesa y se genera el ámbito de reflexión necesaria para interactuar con el mundo<sup>30</sup>. Es por ello que el domicilio y la distinta información personal y del círculo íntimo de relaciones personales debe encontrarse a suficiente resguardo, evitando que se encuentre sujeto a invasiones no consentidas, tanto estatales como privadas. Así, en el marco del proceso penal, sólo en casos de sospecha razonable podría invadirse ese recinto cuando una persona, o incluso un tercero, se encuentre involucrada en una investigación criminal, asegurándose límites que consulten la necesidad y proporcionalidad de esa intromisión<sup>31</sup>.

Muchas veces, el debate sobre estas cuestiones ha puesto el acento en el tipo de conducta que es cuestionada por entrar en conflicto con alguna norma estatal que la sanciona. Así, debe entenderse que por más que cualquiera de nosotros no llegara a compartir las prácticas o las conductas involucradas, lo que se intenta proteger no es esa conducta circunstancialmente cuestionada, sino el espacio íntimo en donde ella tiene lugar<sup>32</sup>; lo que debe protegerse y justamente no "valorarse" es el ámbito donde la conducta tiene lugar, en el sentido de no ser abarcada por el ordenamiento jurídico, justamente por tratarse de acciones que "[...] están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados" (art. 19, CN).

## VII. LA LIBERTAD AMBULATORIA DE LAS PERSONAS

Otra manifestación que debería analizarse con particular énfasis —por sus implicancias respecto de posibles interferencias arbitrarias estatales— es referente a la manera que tiene el Estado, a través de sus fuerzas de seguridad, de limitar la libertad ambulatoria de las personas en el marco de la averiguación de la comisión de un delito.

Este ámbito de la libertad, que muchos instrumentos internacionales reconocen como un derecho a la libertad y seguridad personales<sup>33</sup>, puede

<sup>30</sup> Fallos 306:1892.

<sup>31</sup> Fallos 306:1752.

<sup>32</sup> Ver voto de los ministros Petracchi y Zaffaroni en el caso "Spinosa Melo" del 5/9/2006 (Fallos 329:3617), consids. 8° y 9°.

<sup>33</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.1; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, art. 9.1. Se ha señalado, en relación con el art. 5° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales del Hombre y de las Libertades Fundamentales, que ambos conceptos carecen de un significado separado y que la frase empleada debe ser leída en su conjunto (ver HARRIS, D. J. - O'BOYLE, M. -

llegar a condicionar severamente el ejercicio de la autonomía personal, como así también la posibilidad de otorgar preeminencias a agencias de seguridad sobre los habitantes. Pettit señala que las fuerzas de seguridad, encargadas de garantizar el orden público, de vigilar el crimen y arrestar a los criminales, están expuestas a colosales tentaciones de abusar de esos poderes y su uso no está sometido sino a controles imperfectos<sup>34</sup>.

Por ello, se ha entendido que la mejor manera de proteger esta libertad básica, e imprescindible para el ejercicio de éste y otros derechos, es que su limitación provenga de funcionarios públicos que cuenten con cierto grado de independencia e imparcialidad en su actuación, esto es, los jueces. Pero en ciertas situaciones de urgencia, y ante la evidente imposibilidad de requerir de su parte las órdenes necesarias para ello, se autoriza su limitación por agencias de seguridad. No obstante, es necesario que esta atribución se vea limitada por estatutos legales precisos y un control judicial celoso de mantener esas limitaciones legales.

Toda limitación de la libertad ambulatoria, llamémosla aprehensión o detención por parte de una autoridad pública, implica una coerción psicológica sobre el individuo, toda vez que si la persona pretendiera irse, se utilizará la fuerza, y por ende no es libre de irse<sup>35</sup>. En tales condiciones deben fijarse las causas y las condiciones de la detención, para evitar un ejercicio arbitrario de esas atribuciones. La genérica invocación a razones de seguridad o lucha contra el delito o una desmedida confianza en las fuerzas encargadas de la aplicación de la ley difícilmente sea compatible con el ideal de la libertad como no dominación, sobre todo si se veda o se dificulta el control judicial posterior de esos presupuestos legales. Ello ocurriría en el caso en que se avalen detenciones fundadas en palpitos o criterios meramente subjetivos, y no en referencias objetivas reveladoras de rastros de la posible comisión de un delito<sup>36</sup>; peor aún cuando se termina avalando esta clase de interferencias a partir del éxito de la medida dispuesta, por ejemplo si se comprueba que la persona detenida terminó siendo culpable de alguna ofensa, pero a partir de pruebas obteni-

---

WARRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworks, Londres - Dublin - Edinburgh, 1995, pá. 97 y 103.

<sup>34</sup> PETTIT, P., *Republicanism...*, cit., quien a su vez señala que la policía moderna hoy en día representa una amenaza a los valores republicanos como lo hacían los ejércitos regulares en el pasado (p. 204).

<sup>35</sup> Ver GARCÍA, L., "Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso "Tumbeiro", LL. 2003-A-470.

<sup>36</sup> Fallos 327:3829, voto del juez Juan Carlos Maqueda.

das de su requisita posterior, cuando no se respetaron los presupuestos iniciales de la primera intromisión estatal. No suele tomarse en cuenta que se pone énfasis en los casos "exitosos", sin percatarse de que por cada uno de esos casos se esconden vaya a saber cuántas limitaciones a la libertad ambulatoria sin ningún fundamento, puesto que no llegaron a ninguna instancia posterior de investigación y no generaron queja alguna por parte de quienes resultaron afectados.

Es claro que una situación de estas características bien puede estar motivada por el celo profesional de obtener pruebas de la comisión de un delito por parte de las fuerzas policiales, pero lo más probable es que se encubran situaciones de abuso o desvío de poder que deben tratar de mitigarse.

## VIII. EL JUICIO

El ejercicio del poder punitivo estatal se encuentra subordinado a la previa realización de un procedimiento, revestido de ciertas formalidades, conocido como juicio o proceso. Este juicio aparece como una manera de establecer la verdad, de constatar en el caso concreto la existencia del presupuesto fáctico previsto a título de hipótesis abstracta en la norma penal. En este sentido, es una constante en todas las culturas y sociedades que siempre la imposición de una pena está precedida de alguna suerte de rito que le asigne legitimidad al padecimiento que supone la imposición de una pena<sup>37</sup>. Por otro lado, no cualquier procedimiento resultaría lícito, ya que éste debe estar guiado por un sentido de la indagación que no es otro que el establecimiento de la verdad. Este principio de verdad, no sujeto a ninguna autoridad, a diferencia de lo que ocurre en el establecimiento de la legislación, donde el consenso democrático fundamenta, en principio, la legitimidad constitucional de la decisión adop-

<sup>37</sup> "Decidimos quiénes son los individuos indicados mediante el mecanismo del juicio, una indagación pública acerca de la verdad de un acto específico. Organizados de modo distinto en distintas culturas, el juicio es una institución muy antigua; la encontramos en casi todos lados, distinguiéndose siempre por ser un procedimiento especial cuyo fin no es una opinión común ni una decisión política sino la enunciación de un juicio, una prueba, un veredicto [...]. Sin el veredicto, la coacción y el dolor no son sino malevolencia, y dando por supuesto que la malevolencia sea conocida, no implica estigmatización alguna" (ver WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa de la justicia y la igualdad*, trad. de Heriberto Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 280).

tada<sup>38</sup>, es la mayor garantía de seguridad con la que cuentan los individuos para no ser sometidos al arbitrio de ciertos grupos o del Estado mediante la utilización del sistema penal. Así como los jueces se encuentran vedados para analizar las bondades o el acierto de la legislación, los poderes legislativos están vedados para anticiparse al juicio fíctico que la indagación judicial habrá de realizar, a riesgo de inducir una "realidad" que no se compadece con la verdad material que surja de la evidencia obtenida en el caso concreto, puesto que se forzaría a los jueces a una injusticia<sup>39</sup>.

Tal vez la manera más clara de asegurar la justicia y la correspondencia de esa indagación con la verdad, evitando las condenas erróneas o arbitrarias y que a su vez comprometa a las personas en la suerte del gobierno de su comunidad, sea su participación en la aplicación de las normas dictadas. El jurado aparece así como una institución que fomenta la intervención de los ciudadanos en el proceso de plasmar las aspiraciones abstractas de la ley, delegando el legislador esa tarea en individuos concretos que son iguales –sus pares– respecto de aquellos sobre quienes habrá de recaer una pena por la comisión de un delito.

Mucho se ha hablado acerca del sentido del jurado, no sólo desde su necesidad de asegurar alguna forma de participación popular en la administración de justicia sino también sobre su orientación destinada a evitar la arbitrariedad de los jueces. Fue su privación uno de los tantos agravios a los que fueron sometidas las colonias inglesas por parte de la Corona y que se encuentra plasmada en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. En nuestro país, la impronta reformista de la legislación colonial –vista como fuente de atraso y sometimiento– que guió el proceso constituyente en 1853/1860 también advertía los abusos a los que eran sometidos los habitantes por parte de los jueces de paz, para promover el establecimiento de esta institución. No obstante, a ciento cincuenta años no se ha cumplido el mandato constitucional. La Corte señaló que incumbía al Congreso su establecimiento –sin establecer términos perentorios<sup>40</sup>– y algunos jueces señalaron esta omisión constitucional, argumentando que

<sup>38</sup> Neco, C., *Fundamentos...*, cit., p. 450.

<sup>39</sup> Ver las consideraciones que realizó en su disidencia al juez Carlos Bacqué en relación con la presunción *iuris et de iure* establecida en la ley 23.521, conocida como de "obediencia debida", limitando la atribución de los jueces de determinar si quienes resultaron beneficiados por esa norma cometieron graves violaciones a los derechos humanos o lo hicieron amparados por una causal de justificación o bajo una situación de coacción que les impedía analizar la legitimidad de los órdenes impartidas y por ende no podrían actuar de otra manera (ver Fallos 310:1162).

<sup>40</sup> Fallos 115:92.

el incumplimiento, luego de transcurridos tantos años, los imposibilitaba para dictar sentencia en los casos en los que les fue planteada la situación. En algunos casos, la solución adoptada fue la de archivar las actuaciones hasta tanto se estableciera esa institución<sup>41</sup>. Sin embargo, esta solución no advertía que justamente la función de los jueces es juzgar, resolviendo el conflicto que les es planteado, y no diferir su conclusión sin un plazo definido. De esta manera, se daba la paradoja de que, para cumplir el mandato constitucional impuesto al Congreso, se postergaba el cumplimiento del ejercicio de una competencia propia, consustancial al Poder Judicial y a los jueces que lo integran, esto es, "conocer y decidir" el caso, de acuerdo con el lenguaje del art. 116 de la Constitución Nacional.

No obstante, el debate no está cerrado, y existen numerosas iniciativas que buscan establecer algún grado de participación popular en la administración de justicia, a través de la intervención de jueces legos en ciertos asuntos de gravedad<sup>42</sup>. Sin embargo, habría que analizar la posibilidad de rescatar el sentido claramente educativo de esta institución imprescindible en la conformación del carácter de los ciudadanos en una república, ya advertido por Tocqueville<sup>43</sup>, pero sin dejar de considerar que la decisión corresponde al ámbito deliberativo, donde deben analizarse las alternativas existentes —jurados, escabinos, jueces técnicos— y los casos, condiciones, organización y alcances del establecimiento de esta institución.

Es que no debe perderse de vista que el juicio, más allá del sistema escogido para su organización, si bien —como se ha dicho— tiene como fin último la obtención de la verdad, también tiene una finalidad comunicativa donde esa verdad aparezca obtenida de tal manera que justifique ser compartida por quienes no participan directamente en el proceso. El clima de concordia social y sentimiento de comunidad en valores compartidos requiere esta clase de rituales objetivados en las normas de procedimiento de tal manera de generar la confianza en que la pena dictada —o la absolución— respetó reglas previamente establecidas a tal efecto<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Ver sentencia en la causa 1546 del 3/9/1991, en *No Hay Derecho*, nro. 5, Buenos Aires, 1991, con comentarios de Daniel Pastor y Germán Bidart Campos.

<sup>42</sup> Ley 9182 de la provincia de Córdoba.

<sup>43</sup> TOCQUEVILLE, A. de, *La democracia en América*, t. I, Sarpe, Madrid, 1984, ps. 275 y 276.

<sup>44</sup> "No es suficiente que el juicio haya logrado efectivamente su fin jurídico, vale decir, el de conducir al exacto conocimiento de la verdad, en cuanto se haya proplamente condenado al verdadero culpable y se lo haya condonado sólo en la medida que él merecía. Es necesario que esto sea creído por el pueblo" (CARRARA, F., *Programa del*

Para ello, tanto el juicio como lo decidido deben ser públicos, ya que ésa es la única manera de poder garantizar ese poder de comunicación de la decisión adoptada, sobre todo si tenemos en cuenta el efecto de resignificación social que distingue a la sentencia como una decisión que intenta reflejar una suerte de solidaridad social con la parte afectada por el delito, o con el sentido de justicia de la comunidad cuando no haya un agravio concreto que reivindicar en una persona o grupo identificado, a la vez que restaura el equilibrio social violentado, privando de ventajas a quien se benefició violando la ley, en tanto asumió una posición de dominación sobre la víctima o la sociedad.

## IX. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El poder penal presupone la existencia de leyes, generalmente adoptadas por los poderes legislativos de los Estados. Estas normas, de contenido general y abstracto, deben asegurar la necesaria deliberación pública que garantice una participación lo más amplia posible, que incluya el punto de vista de las personas o grupos donde podría repercutir el tipo de decisiones que se adoptarán<sup>45</sup>.

Mediante el dictado de las leyes se busca que todo individuo pueda prever, para ejercer su libertad de manera responsable, qué comportamientos están prohibidos y cuál es la pena correspondiente en caso de incurrir en esas conductas. Ese conocimiento de la acción prohibida y de las consecuencias habrá de justificar el reproche social que luego podría efectuársele por su violación. Para ello debe buscarse la mayor precisión en la descripción del núcleo de la prohibición establecida en los delitos. Es claro que una legislación penal dispersa e inflada conspira contra este ideal, máxime si se integra con normas fuera de los cuerpos legales que las compilan. Lo mismo sucedería en los casos de las llamadas leyes penales en blanco, en donde el legislador, en materias cambiantes y de alto contenido técnico, delega en otra agencia pública la integración de la norma penal.

---

*curso de derecho criminal. Parte general*, vol. II, trad. de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, par. 819, p. 195).

<sup>45</sup> Gargarella señala que la filosofía política republicana y una visión deliberativa de la democracia consideran que existe siempre un problema cuando la ley es creada sólo por unos pocos, y predice que las leyes que no son producto de un diálogo colectivo equitativo van a tender a maltratar a parte de la comunidad y a distinguirse por su contenido indebidamente parcial (GARGARELLA, R., *Ídem...*, cit., p. 12).

Si bien la discusión sobre esta cuestión es muy vasta, cabría condicionar la aplicación de estas clases de leyes solamente a aquellos sujetos de quienes se espera un mayor conocimiento de la materia regulada, y de quienes es factible exigir una mayor diligencia a la hora de conocer la normativa aplicable<sup>46</sup>.

Debe tenerse en cuenta que los lenguajes naturales en que se redactan estas normas suponen un cierto margen de indeterminación semántica por la vaguedad y ambigüedad que los caracteriza. Las conductas prohibidas deben tender a utilizar la mayor cantidad de elementos descriptivos en su formulación (apoderarse, matar, persona, morada, arma, etc.), a fin de permitir su verificación o refutación empírica en juicio. No obstante, a veces puede suceder que se recurra a consideraciones de tipo valorativo, que incluirán cuestiones de mayor o menor dificultad en su establecimiento. Es que el legislador, en su tarea, no puede prever anticipadamente todos los supuestos a los que la norma habrá de aplicarse, dada la generalidad y abstracción de las leyes. Ahora, la desidia de un legislador que no se toma el trabajo de concretar adecuadamente los límites de su prohibición no puede recaer en las personas sobre las que repercutirá la pena. La ley debe tener una determinación orientadora capaz de prevenir la arbitrariedad judicial, y un excesivo margen de aplicación que convierte al intérprete en quien decide los alcances de una acción prohibida supondría una delegación de competencias legislativas en el juez. En la medida en que haya posibilidad de integración, tratando de no dejar un excesivo margen de acción a quienes habrán de tener la última palabra sobre la cuestión o que dé lugar a una utilización teñida de prejuicios, este mandato de certeza en la descripción de la conducta se considerará razonablemente satisfecho<sup>47</sup>. No obstante ello, resulta claro que la noción de arbitrariedad no sólo supone quedar a merced de las valoraciones personales de los funcionarios de turno sino también que esos mismos funcionarios asumen atribuciones que no les corresponde por mandato constitucional.

<sup>46</sup> La Corte Suprema ha señalado que cabe esperar mayor conocimiento de las normas en caso de sujetos o empresas especializadas (Fallos 323:1146, consid. 8°).

<sup>47</sup> Es lo que sucede en los delitos culposos, en los que se subordina su aplicación a la determinación de la negligencia o la imprudencia de acuerdo con los usos o reglamentos de la actividad de que se trate. Más difícil aparece la cuestión en los casos de definición de un término como "obscenidad", discutido en Fallos 310:1909, en donde se hace una referencia a la necesidad de considerar el contexto valorativo condicionante de la aplicación del precepto a las circunstancias del caso.

## X. LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR Y LOS ÓRGANOS DE PERSECUCIÓN

Sobre todo en aquellos sistemas donde sean los funcionarios públicos —jueces técnicos— quienes habrán de decidir la suerte de una persona frente al derecho penal, la mejor manera de brindar seguridades a los individuos aparece mediante el establecimiento de mecanismos que aseguren la mayor imparcialidad del juzgador y que eviten la existencia, o su sospecha, de prejuicios frente al caso.

En los llamados sistemas inquisitivos, en los que el juzgador es el que asume una dirección y una iniciativa frente al sujeto enjuiciado, probablemente su impronta persecutoria en la búsqueda de la verdad tifa su actuación, convirtiéndolo en juez y acusador. Semejante situación debe ser evitada, permitiendo que la decisión final a adoptarse recaiga en un tercero, imparcial e independiente, en el marco de un proceso oral y público.

Como correlato de esta situación aparece necesario que ese juez asuma su carácter de árbitro ajeno a la contienda que dirige y controla, sin pretender suplantar la inacción acusatoria, puesto que ello contaminaría su imparcialidad, incorporando prácticas que no le incumben y que atentan contra esa seguridad que asiste a los habitantes, esto es, tener la confianza de que no serán perseguidos por quien se pretende que sea lo más neutral y objetivo posible en la contienda en donde se encuentra en juego su libertad<sup>48</sup>.

Ahora bien, la sola circunstancia de que el imputado en un proceso se encuentre perseguido por un órgano ajeno al que habrá de decidir su suerte, y que su juzgador sea lo más imparcial posible respecto de su caso, no garantiza en nada su seguridad ni lo ampara frente a posibles abusos si no cuenta con la posibilidad de defenderse de la imputación formulada. Para ello debe asegurarse de que la tarea de perseguir y acusar recaiga en un organismo especializado y separado funcionalmente de los jueces, generalmente organizado en un ministerio público fiscal encargado de canalizar la "venganza pública" en contra del imputado de un delito, evitando los males mayores que podrían sobrevenir por el ejercicio de la

<sup>48</sup> La Corte Suprema ha tenido oportunidad de señalar que no es objetivamente imparcial aquel juez que debe juzgar a una persona cuando ha participado en el dictado del auto de procesamiento y ha ordenado la elevación a juicio de su caso, sin necesidad de inmiscuirse acerca de la existencia de prejuicios personales en el magistrado (ver Fallos 328:1491).

venganza privada<sup>49</sup>, o las dificultades o represalias a las que estaría sometido un individuo en caso de intentar el castigo de su ofensor por sus propios medios<sup>50</sup>. Los miembros de este órgano, si bien no son imparciales —justamente porque no son jueces—, deben tener la objetividad necesaria para efectuar una suerte de anticipo de la jurisdicción, tendiendo a evitar que un celo acusatorio lleve a someter a molestias y perturbaciones innecesarias a aquellas personas sobre las que no existen mayores evidencias de que hubieran cometido un delito.

## XI. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA Y LA AUTOINCRIMINACIÓN

Sin embargo, esta situación de contienda que se plantea entre quien acusa y quien se defiende no tendrá ningún sentido si no se aseguran mínimas condiciones de paridad de intervención en el juicio. Difícilmente pueda asegurarse esa paridad entre un individuo y el aparato estatal si no se establece una situación previa que de alguna manera busque equiparar las obvias diferencias de ese punto de partida inicial divergente entre uno y otro sujeto del proceso.

El principio que tiende a asegurar esa paridad inicial viene dado por la circunstancia de considerar inocente a todo imputado de un delito. El fundamento último de esta calidad puede encontrarse en el hecho de que, hasta tanto no se haya celebrado el juicio previo demandado como condición para establecer una pena, el imputado merece ser tratado como inocente mientras no se demuestre lo contrario. De esta manera, esta presunción es una barrera imperativa frente a los abusos de poder que se harían posibles si la actividad acusatoria pudiera tomar como base las meras sospechas para imponerles una pena a los ciudadanos, estando así permanentemente obligados a demostrar su inocencia. Esto se manifiesta en el he-

<sup>49</sup> MAQUIAVELO, N., *Discursos...*, cit. Este autor también señalaba los riesgos de que se solicitara el auxilio de fuerzas extranjeras. Ver ps. 48 y 50.

<sup>50</sup> Acerca del origen de la persecución pública de los delitos en Roma, CARRARA señala: "Cuando el pueblo romano, privado por las usurpaciones del poder de toda facultad política, se adormeció en la obediencia pasiva, ningún ciudadano, salvo excepcionalmente los ofendidos, quiso ya asumir el odioso riesgo de acusar a los delincuentes. Esto volvía precario el magisterio penal y dejaba a la sociedad sin defensa contra los facinerosos. El rigor de la máxima que a nadie podía perseguirse por un delito si no había quien lo acusase, debió ceder frente a una imperiosa necesidad. Por ello, el tercer siglo de la era cristiana vio surgir el concepto de la persecución de los delincuentes ejercida de oficio por los magistrados..." (ver CARRARA, F., *Programa...*, cit., p. 246).

cho de que a toda persona se le permite mantenerse inactivo frente a la persecución penal, ya que la carga del Estado es probar los elementos objetivos de la falta que se le imputa —que estuvo en tal o cual lugar, que obró de tal o cual manera— y subjetivos —que conocía y quiso el resultado provocado— que condicionan la aplicación de una pena.

De la misma manera, si el Estado asume el costo de recabar las pruebas de la comisión de un delito, no lo puede hacer obligándolo a que se traicione a sí mismo, a través de medios violentos que lo lleven a autoincriminarse, ni sometándolo a juramentos que colocan al individuo en el dilema de declarar en su contra, rebelarse contra el tribunal o cometer perjurio<sup>31</sup>. El recurso a esta clase de métodos compromete el respeto y la dignidad que merece todo miembro de la comunidad. Además, la prohibición de imponer tormentos u otra clase de tratos crueles resulta contradictoria con el compromiso estatal de perseguir conductas disvaliosas mediante actos que ese mismo Estado está obligado a sancionar, condicionando la legitimidad moral de reproche formulado, lo que lleva a que no puedan utilizarse las pruebas así obtenidas en un juicio, sea cual fuera el medio o la fuente de su obtención<sup>32</sup>. Y por si ello fuera poco, tampoco se garantiza su eficacia, puesto que es altamente probable que quien es sometido a torturas consienta o confiese lo pretendido por quien lo atormenta, con tal de poner fin a su suplicio.

Sin embargo, debe haber un conocimiento adecuado del funcionamiento de esta garantía, que implique para el imputado que no sólo no tiene obligación de declarar, sino que no hacerlo tampoco perjudica sus posteriores chances de demostrar su inocencia<sup>33</sup>.

Ello no significa que el Estado se encuentre inerte frente a la comisión de un delito dado que cuenta con una amplia gama de medios que no implican someter al imputado a una coerción moral. Que de la negativa del imputado a suministrar el cuchillo con el que supuestamente asesinó a la víctima no pueda extraerse un indicio de su culpabilidad no impide a los órganos de persecución penal obtener sus huellas dactiloscópicas,

<sup>31</sup> En estos casos se comprometería la libertad de defensa del imputado, dado que su negativa a deponer bajo juramento como testigo terminaría por volverse en su contra como argumento de acusación (FERRAJOLI, L., *Derecho...*, cit., III, 9, nota 286, p. 678); ver también Fallos 281:177.

<sup>32</sup> Éste es el fundamento de la llamada exclusión probatoria establecida en el caso "Montenegro" (Fallos 303:1938).

<sup>33</sup> CARRIÓ, A., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 355.

tomarle fotografías, colocarlo en una rueda de personas para ser reconocido por la víctima de un delito<sup>54</sup>, extraerle muestras de sangre para analizar su compatibilidad con los rastros encontrados en la escena del crimen<sup>55</sup> o —llegado el caso— ingresar en su morada para encontrar ese cuchillo. El progreso de la técnica y la investigación científica, o las modernas técnicas de procesamiento de la información, deben funcionar como un aliciente para esclarecer hechos criminales más allá de toda colaboración del imputado.

En definitiva, la opción por considerar y tratar como inocente a toda persona hasta que se demuestre su culpabilidad y de no forzarlo a suministrar evidencias en su contra, o extraer consecuencias incriminantes de su silencio, no deja de ser una clara decisión política. No obstante ello, y como se ha esbozado anteriormente, el sentido inclusivo de las leyes en una república debe asumir que existen riesgos en la utilización del sistema penal: impunidad o castigo de inocentes. Este dilema es definido mediante reglas que imponen ciertas cargas a ser superadas a la hora de disponer la imposición de una pena, asumiendo como un valor indispensable en la vida social que algunos culpables tal vez escapen a su castigo, pero considerando ello un mal menor frente a la circunstancia de que se castigue a un inocente<sup>56</sup>. Ésa es la mayor seguridad que como individuos podemos tener para evitar ser objeto de ataques arbitrarios a nuestra libertad.

No puedo terminar este punto sin hacer referencia a los problemas que plantea la prisión preventiva. Parece difícil convalidar la privación de la libertad de una persona —en los mismos establecimientos en los que se imponen penas— si justamente no se ha llevado adelante ese procedimiento que nos asegura que una persona ha cometido un delito. Ya sea para garantizar la presencia del imputado cuando pretenda sustraerse al juicio, o bien evitar que entorpezca de alguna manera la indagación iniciada, a través de actos concretos de perturbación —y sólo en estas dos circunstancias—, ello no nos debe llevar a justificar detenciones, que en última instancia se fundan en predicciones del comportamiento futuro de las personas, a partir de cierta información con que se cuenta de su pasado<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Fallos 227:63.

<sup>55</sup> Fallos 318:2518.

<sup>56</sup> Ver disidencia del juez Enrique S. Petracchi en Fallos 314:1091.

<sup>57</sup> Ferrajoli pone en duda la existencia de estas necesidades procesales para justificar el encierro preventivo, más aún su prolongación por varios años y los problemas que plantea este instituto respecto de la vigencia del principio de inocencia (FERRAJOLI, L., *Derecho...*, cit., ps. 353 y ss.).

Generalmente ese tipo de predicciones se hace para asignar cargos u honores a las personas, pero hay serias dificultades para llevar adelante esta clase de anticipaciones, es decir, juzgar el "merecimiento" de alguien de permanecer encerrado hasta que se celebre el proceso en donde se establezca la culpabilidad por la falta cometida<sup>28</sup>. Mucho menos podrían establecerse, a través del consenso democrático, presunciones acerca de cómo la expectativa de una determinada pena de encierro en abstracto puede hacer creer que una persona concreta eludirá su participación en el juicio o perjudicará la investigación. De nuevo, este tipo de presunciones conlleva una intromisión del ámbito deliberativo en el ámbito de la verdad, cuyo establecimiento corresponde a los jueces. Si son estos funcionarios quienes habrán de tener la última palabra respecto de la libertad de las personas, luego de haberse celebrado el juicio, con mayor razón deben tenerla a la hora de determinar la existencia de los riesgos concretos que pudieran impedir su realización.

## XII. EL DERECHO DE DEFENSA

De nada sirve, si se asegura mi juzgamiento por un tercero imparcial e independiente, que el persecuidor público sea ajeno a quien habrá de definir mi suerte frente a la ley, que deba asumir la carga de probar mi culpa para efectuar un reproche o que se encuentren proscriptos ciertos medios para obtener la verdad o que mi silencio pueda ser utilizado en mi contra si el Estado no se asegura de que las distintas garantías que me amparan son efectivamente conocidas en el momento en que debo hacer uso de ellas, ya que no parece legítimo que el Estado se beneficie del error o la ignorancia de sus individuos para perseguir a quienes son acusados de un delito. Y para ello qué mejor que contar, desde un primer momento del inicio de las averiguaciones que me incriminan, con un conocimiento actual de ellas y con el asesoramiento de un abogado quien, conocedor de los límites de las atribuciones del Estado y de los alcances de mis derechos como individuo, permita la aplicación de la ley en su justa medida, contribuyendo también este profesional —desde su rol— con la administración de la justicia, puesto que para ello fue formado y el Estado fomenta y autoriza el ejercicio de su profesión. Sería una clara contradicción que se promueva y controle la formación de estos profesionales para luego no permitirles llevar adelante su tarea.

<sup>28</sup> Ver WALZER, M., *Los esferas...*, cit., p. 282.

Sin embargo, todas estas garantías de nada sirven si carezco del reconocimiento de disputar esa afirmación que me incrimina, si así lo estimo conveniente para el resguardo de mis intereses. De eso se trata mi defensa, esto es, la posibilidad de afirmar mi propia versión de los hechos frente a una acusación. En una sociedad donde cada uno de sus integrantes es visto como un valor en sí mismo, en tanto participa en la conformación de la vida pública, dicha versión aparece como un dato insoslayable a la hora de disponer alguna decisión que tenga alguna repercusión sobre su libertad. A su vez, la actuación responsable de los miembros de la República supone la necesidad de que, llegado el caso, se hagan cargo de manera consciente de las consecuencias de su obrar contrario a derecho.

Esto supone la obligación de establecer mecanismos institucionales destinados a que se permita oír a quien es circunstancialmente acusado de una ofensa y con posibilidad de que sus dichos tengan consecuencias que influyan en el pronunciamiento. Por ello, se impone la necesidad de que el imputado tenga un conocimiento acabado de la imputación formulada, claramente circunscripta en tiempo, modo y lugar, como así también los elementos de convicción en que se funda, para así permitirle no sólo controlar la validez y aptitud incriminatoria de esos medios de prueba sino también interferir en los razonamientos que llevan a una conclusión que lo perjudica. Así, se torna indispensable asegurar no sólo el control de esa prueba de cargo sino también poder suministrar aquella propia que eventualmente lo beneficie. En definitiva, es necesario que se permita disputar la existencia de ese hecho, pero no debe soslayarse el control de su adecuación legal, como así también el alcance y el monto de la pena que se aplique<sup>59</sup>.

A su vez, debe permitirse la revisión amplia de una decisión de condena<sup>60</sup>, vedándose la posibilidad de que se empeore la situación del imputado en ausencia de un recurso de la parte acusadora en aquellos casos en que esta alternativa se encuentre prevista por la ley<sup>61</sup>, así como la posibilidad de que se exponga nuevamente a los riesgos de ser perseguido por el mismo hecho quien ya hubiera sido juzgado con anterioridad<sup>62</sup>.

¿Y qué hay de la víctima? ¿Se puede argumentar su participación en el proceso penal aun cuando no conlleve una necesidad de reparación

<sup>59</sup> Ver el contenido y los alcances del derecho de defensa en juicio en MAIER, J., *Derecho...*, cit., ps. 539 y ss.

<sup>60</sup> Fallos 328:339.

<sup>61</sup> Fallos 329:1447.

<sup>62</sup> Fallos 327:4916.

patrimonial? El pensamiento republicano advierte sobre los riesgos de la tiranía de la venganza<sup>63</sup>, pero parece más enderezada a evitar posibles atropellos en caso de que ésta no sea debidamente encauzada, lo que no ocurriría si ella se canaliza a través del marco institucional del proceso penal. Si esta alternativa se encuentra prevista en las leyes, nada debe impedir que el agraviado, asumiendo los costos y las molestias que ello significa, intervenga en esos juicios o controle al órgano estatal de persecución, incluso solicitando la imposición de pena al acusado<sup>64</sup>. También se podrían favorecer alternativas de composición en estos casos, facilitando respuestas de tipo integrativo, justamente por el hecho de que su presencia en juicio las podría facilitar. Los riesgos de venganza, a los que no son ajenos otra clase de juicios donde las personas demandan la intervención de la justicia por sí mismos, bien pueden ser mitigados por la intervención de los jueces.

### XIII. ¿DEBEN PERSEGUIRSE ALGUNAS CONDUCTAS?

#### LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA, EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN

Como se señaló al principio de este trabajo, debe haber un compromiso estatal que promueva una plena vigencia de distintos derechos, sobre todo económicos y sociales, a fin de facilitar las condiciones de bienestar necesarias que garanticen la más amplia participación de las personas en la vida pública. De poco sirve un reconocimiento formal de distintos derechos, si no se encuentran satisfechas las condiciones materiales que justificarían su ejercicio. Es más que evidente que poco compromiso en el gobierno comunitario se puede pretender de alguien cuyas mínimas condiciones de bienestar material no están cubiertas.

Como es bien sabido, en las sociedades actuales cierto grupo de personas puede contar con determinadas ventajas en el campo económico que ponen en evidencia un acceso diferenciado a derechos de propiedad que, si bien pueden resultar de indudable ventaja para la maximización del bienestar general en la medida en que promuevan ventajas organizativas, innovación tecnológica y medios económicos para hacer frente a la satisfacción de múltiples y cambiantes necesidades de las personas, también

<sup>63</sup> PETTIT, P., *Republicanism...*, cit., p. 207.

<sup>64</sup> Fallos 321:2021. En este caso se admitió que la víctima, constituida como parte querrelante en el proceso permitiera la imposición de pena aun frente a la ausencia de acusación del Ministerio Público Fiscal.

pueden llegar a significar una posición de preeminencia tal que lleve a un abuso de esa particular situación de privilegio.

Debe tenerse presente que la protección de los derechos de propiedad no puede suponer una equivalencia automática entre los medios que el derecho destina a su protección y regulación. Distinto debe ser el tratamiento que se otorga a aquellos derechos que tienden a permitir un desarrollo de la personalidad o al establecimiento de condiciones mínimas de sustento que garanticen la participación en el gobierno colectivo, que a la propiedad de medios de producción, medios masivos de comunicación, concesiones de servicios públicos y otras formas de propiedad donde las decisiones de quienes los gestionen tendrán una alta incidencia en el interés general. Si bien se trata de analizar los contornos de un mismo derecho, es indudable que el tipo de relaciones que se dan entre uno y otro aspecto de las relaciones económicas involucradas conlleva consecuencias y riesgos en caso de abuso totalmente diferentes, que tienen que ser asimilados y objeto de una acción estatal específica, según sea el caso<sup>65</sup>.

Aquí los derechos de propiedad asumen un claro componente público, que no se limita a la mera relación de uso y disfrute de una cosa, material o intangible, con su dueño, adquiriendo una nota de poder político que en principio no estaría sujeto a las limitaciones del juego democrático<sup>66</sup>. Llegado el caso, aparece que cuando el dinero supera ciertas magnitudes, sus implicancias requieren limitaciones que de otro modo no estarían justificadas y se torna necesario establecer la manera de separar el mundo del gobierno y de los negocios, justamente por el riesgo que generan para la libertad en una república<sup>67</sup>.

En este sentido, no puede descartarse el recurso a algún tipo de sanciones para evitar ciertas prácticas tratándose de un abuso de una determinada situación económica. Es claro que en la conformación económica

<sup>65</sup> Ver las consideraciones que formula Nino respecto de las implicancias de los derechos económicos, su fundamentación filosófica y el alcance de sus limitaciones por posibles abusos (Nino, C., *Fundamentos...*, cit., ps. 362 y ss.).

<sup>66</sup> "Cuando el dinero conlleva el control no sólo de cosas sino también de personas, ha dejado de ser un recurso privado. No compra más bienes y servicios en el mercado: compra algo más, algo más donde (dada nuestra noción democrática de la actividad política) la compra y la venta están prohibidas. [El dinero] surte también efectos políticos más cerca de casa, en el mercado mismo...". Ver WALZER, M., *Las esferas...*, cit., p. 132.

<sup>67</sup> Pettit plantea que esta cuestión es uno de los mayores retos de la investigación de impronta republicana (PETTIT, P., *Republicanism...*, cit., p. 254).

de las sociedades actuales, las empresas y los conglomerados económicos han adquirido un papel sumamente importante en nuestras sociedades, incluso disponiendo de un poder económico mayor que numerosos Estados. Existen situaciones en que estas circunstanciales posiciones de privilegio económico pueden llegar a imponer costos sociales que requieren un intenso desarrollo regulatorio, e incluso el establecimiento de sanciones.

A los efectos de limitar esa situación de dominación, bien puede recurrirse a distintas medidas de corte punitivo, desde el cese de las conductas reputadas ilegales hasta la conminación con penas de tipo pecuniario, y en menor medida penas privativas de la libertad, a los efectos de que sean incluidas en el análisis de costo-beneficio que suele guiar la actuación de las empresas comerciales y también de las personas que las integran.

Muchas veces, en materia de fraudes y corrupción englobados dentro del llamado fenómeno de la criminalidad económica<sup>68</sup>, la mejor manera de fomentar una actuación de acuerdo con las reglas no escapa a los presupuestos generales de la motivación humana en cuanto a pautas de reciprocidad, sobre todo cuando se percibe que el cumplimiento de las reglas llevará a pérdidas económicas o incluso a la propia desaparición como actor en el mercado. Sin embargo, cuando se percibe que existe un incumplimiento generalizado de esas mismas reglas, muchas veces no queda otro remedio que el recurso a sanciones penales<sup>69</sup>. En estas condiciones, el tipo de respuesta estatal debe tomar en cuenta que las sanciones deberán ser lo suficientemente graves, proporcionadas, disuasorias de las prácticas que se busca erradicar, como para promover la confianza necesaria que establezca un clima de reciprocidad y cooperación social.

A su vez, debe tenerse en cuenta que existe un principio de justicia que demanda que los delitos no rindan beneficios. Desde la filosofía del derecho se ha señalado que los principios son estándares que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad que

<sup>68</sup> Para más desarrollo sobre este campo de estudio ver AA.VV., "Hacia un derecho penal económico europeo", *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1995; respecto del objeto de estudio de los delitos económicos y su distinción con los delitos contra la propiedad, por entenderse que los primeros constituyen un ataque a las condiciones del mercado, puede consultarse a DE LA RÚA, J., "Los delitos económicos", en *Doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 43 y 44.

<sup>69</sup> KAHAN, D., *The Logic...*, cit., p. 31.

subyace al ordenamiento jurídico y orienta determinadas soluciones, especialmente en casos complejos. En este punto en particular, Dworkin analizó el caso de un tribunal del Estado de Nueva York, el caso "Riggs v. Palmer", donde debía establecerse si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredarlo aunque, para hacerlo, lo hubiera asesinado. Para resolver el caso, ante la falta de una norma legal específica, se reconoció la existencia de un principio que establece que nadie puede beneficiarse de su propio delito<sup>70</sup>.

Existe literatura especializada que ha puesto el acento en el tratamiento diferenciado de los llamados delincuentes de "cuello blanco". Sin embargo, ya sea que se recurra al sistema penal propiamente dicho o a tribunales especializados que los mantengan fuera del tratamiento que se suele otorgar a los delincuentes comunes<sup>71</sup>, alguna clase de respuesta estatal será necesaria para inducir las condiciones necesarias que impidan la clase de conductas que impliquen ataques o riesgos a la libertad de la mayoría de la población.

Es claro que el tipo de respuesta punitiva habrá de recaer sobre estas sociedades y no tanto sobre sus miembros, cuando su actuación revele una actividad que pueda conllevar una situación de dominio sobre el resto de las personas. Puede que no sea posible identificar a un autor individual o bien que el reproche personal no pueda lograrse frente a la dispersión y multiplicidad de aportes personales en el marco de una empresa. También puede darse que, dado el carácter fungible de los ocasionales imputados, la organización se desprenda de ellos, permaneciendo

<sup>70</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993, ps. 72 y 22. Es también el principio adoptado por la Corte Suprema en el caso "José Tibold" (Fallos 254:320, consid. 13).

<sup>71</sup> Desde este enfoque, se ha destacado que la distinción entre delitos de "cuello blanco" y la delincuencia común no estriba tanto en diferencias sustanciales sino en la forma en que se aplican las leyes penales. Se ha sostenido que "Los delitos de clase baja están en manos de policías, fiscales y jueces y reciben sanciones penales en forma de multas, penas de prisión y penas de muerte. Los delitos de la clase alta o bien no son objeto de acciones oficiales o bien se transforman en litigios por daños en la esfera de la jurisdicción civil, o están en manos de inspectores, consejos de administración y comisiones, y sus sanciones penales suelen ser amonestaciones, ceses, expulsiones, pérdidas de licencias en determinados casos, y, sólo en casos extremos, multas o penas de cárcel. Por consiguiente los delincuentes de cuello blanco están administrativamente separados del resto de los delincuentes y, en gran parte por esto, no se consideran a sí mismos verdaderos delincuentes, ni son considerados como tales por el público en general o por los criminólogos". Ver SUTHERLAND, E., "El delito de cuello blanco", en *American Sociological Review*, vol. 5, febrero de 1940 (versión en castellano, p. 230).

incólumes la cultura y las prácticas, o los defectos de organización que posibilitaron hechos de estas características. Por tales motivos, diversas legislaciones y doctrina especializada han puesto énfasis en la necesidad de incriminar penalmente a las personas jurídicas, como una manera de combatir la llamada criminalidad de empresa<sup>72</sup>. Sobre este punto, se ha señalado que “[...] mientras ‘la disuasión general’ ha permanecido como una teoría disputada en gran forma, cuando hace referencia a los efectos de la penalización de las personas, parece ser que el *homo economicus*, a quien acudieron los más iluminados pensadores liberales (Beccaria, Smith, Bentham), es aún una perspectiva más realista en el mundo corporativo”<sup>73</sup>.

El núcleo del derecho penal tradicional está enfocado predominantemente sobre daños personales y con un acento importante en la protección de derechos de propiedad en su aspecto individual, considerando sus variadas formas de ataque, ya sea como desapoderamientos furtivos o violentos o fraudes de distinto tipo, cuya aplicación se deja en manos de jueces imparciales. En cambio, dentro del llamado fenómeno de la criminalidad económica o de empresa, muchas veces son agencias administrativas las encargadas de llevar adelante estos casos de grave repercusión social y económica. En estos casos, la efectividad de sus decisiones generalmente puede verse enmarañada por las incidencias o apelaciones de esos procedimientos, lo que conspira contra su eficacia.

En la actualidad, hay normas que buscan mitigar estos abusos, aunque su aplicación corresponde a funcionarios administrativos y no a los jueces, tendientes a evitar la elevación injustificada de precios, la creación artificial de etapas de distribución y comercialización, la negación o restricción de la venta de bienes y servicios, el acaparamiento de materias primas o productos, entre otras conductas que están enderezadas a asegurar el funcionamiento de las reglas del mercado, dados los riesgos de abuso y dominación sobre una mayoría de consumidores que conlleva este tipo de prácticas<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Ver BAJOÍN, D., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000; RUSCONI, M., “Persona jurídica y sistema penal: ¿Hacia un nuevo modelo de imputación?”, en *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 107, entre otras tantas obras sobre el tema.

<sup>73</sup> Ver PIETH, M. - LOW, L. - CULLEN, P. (eds.), *Un comentario sobre la Convención para Combatir la Corrupción de los Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Económicas Internacionales de 21/11/1997*, inédito.

<sup>74</sup> Es lo que sucede con la Ley de Abastecimiento (ley 20.680, BO del 25/6/1974), suspendida en su aplicación en la medida en que el Congreso no declare la existencia de

Otro caso sería el de las normas que tienden a asegurar el funcionamiento de los mercados en situaciones de competencia<sup>75</sup>, que sancionan prácticas tendientes a comprometer el libre juego de la oferta y demanda de bienes y servicios. Esta clase de normas sanciona el recurso a prácticas anticompetitivas (la colusión entre competidores, la limitación del ingreso de otros nuevos) o de abuso en una posición dominante en el mercado (la negativa de venta o provisión de un servicio a un precio artificialmente elevado, entre otras), pero se encuentran subordinadas a la acreditación de que se haya afectado el interés económico general en un mercado relevante, lo que podría llevar a que graves casos de abusos por parte de quienes cuentan con una posición de privilegio queden al margen de esta normativa, en la medida en que no se compruebe una afectación a las reglas de ese mercado, aunque tal vez con serios daños en los intereses económicos de quienes consumen esos bienes y servicios, por ejemplo a través de una elevación artificiosa de precios<sup>76</sup>.

Es que al estar condicionadas por la exigencia de consideraciones de tipo económico, se soslaya la circunstancia de que los valores que protege el derecho sólo deben encontrarse guiados por el ideal de justicia —aunque no siempre lo logre— y no por consideraciones ajenas, como sería la eficiencia económica<sup>77</sup>. El contenido de este principio, inmerso en el ideal republicano, debe tender a evitar preeminencias de unos individuos por sobre otros que socavan este ideal al promover o permanecer indiferentes ante un *status quo* que resulta incompatible con un ideal que busca promover la no dominación.

Vale la pena reiterar lo ya manifestado al iniciar este trabajo respecto de los alcances y el sentido de la intervención estatal a través de las

---

una emergencia de abastecimiento a nivel general, regional o sectorial (art. 4º, decreto 2284/1991, BO del 1/11/1991).

<sup>75</sup> Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, BO del 20/9/1999.

<sup>76</sup> Tal es la crítica que dirige Gabriel Bouzat a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "YPF", donde se aplicaron sanciones a esa empresa por aplicación de las leyes de competencia frente a la acreditación de ventas de gas licuado de petróleo al mercado interno a un precio notoriamente superior a aquel mediante el cual ese fluido era exportado, incluso negándose contractualmente la posibilidad de su reimportación. El autor considera que el recurso a esta normativa no era válido puesto que encubría un control estatal de precios y no una práctica que afectara las condiciones de competencia en el mercado (BOUZAT, G., "El abuso de posición dominante. Un comentario al fallo YPF SA", LL 2003-B-228).

<sup>77</sup> Ver FISS, O., "La autonomía del derecho", en *Estado de derecho y democracia*, SELA 2000, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, ps. 53 y 54.

leyes. Una concepción que asuma a la libertad, sobre todo con acento en sus aspectos económicos y en el reconocimiento de derechos de propiedad plenos, advertirá que esta clase de intromisiones estatales es una clara interferencia en la actuación de quienes ostentan una situación de privilegio. No obstante, desde una perspectiva republicana, que asuma que la libertad incluye la de aquellas asociaciones con fines económicos y comerciales, no habrá reparos en justificar la legitimidad de esta clase de sanciones, en la medida en que promueven un estado de cosas enderezado a evitar la dominación de unos respecto de otros.

Otro tanto corresponde decir respecto de aquellas conductas que suponen un abuso en la posición oficial por parte de quien circunstancialmente tiene a su cargo el manejo de los intereses de la comunidad. El fenómeno de la corrupción de los funcionarios públicos es motivo de variados esfuerzos de los Estados y la comunidad internacional en pos de erradicar esta práctica o llevarla a niveles tolerables y a fin de no subvertir la legitimidad de los gobiernos democráticamente elegidos<sup>78</sup>. Éste no ha sido un punto ajeno a la mirada republicana, debiéndose señalar que la austeridad en el ejercicio de los cargos públicos ha sido un valor rescatado por autorizada doctrina como el interés que debe tutelarse en la incriminación de algunas conductas ilegítimas<sup>79</sup>.

Desde una perspectiva republicana, el hecho de que las decisiones públicas que se adopten sólo tengan una apariencia de tales desde el momento en que se encuentran influidas por consideraciones extrañas a su finalidad —que no debe ser otra más que el bien común— es una grave alteración de las condiciones básicas de su sostenimiento. Además de las obvias implicancias del recurso a prácticas violentas, no debe olvidarse que cuando la política es vista como un ámbito de disputas por mayores beneficios ilegales por parte de sus ocasionales participantes, ello tampoco alentará la participación de aquellos ciudadanos virtuosos, quienes se replegarán en su ámbito de intereses con tal de no verse involucrados en prácticas reñidas con elementales pautas de convivencia ciudadana.

<sup>78</sup> Tal es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097), entre otros tantos instrumentos internacionales sobre la materia.

<sup>79</sup> Mario Magariños señala que la austeridad republicana es el bien jurídico tutelado en el delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos (art. 268, apart. 2º, CPen.), recogiendo el pensamiento republicano de Mariano Moreno y otros autores insertos en la tradición republicana (ver Magariños, M., "El delito de enriquecimiento ilícito. La posibilidad de una interpretación orientada desde principios constitucionales", Lexis Online 0003/1500004).

La venalidad de los funcionarios de una república es una práctica que debe merecer adecuada respuesta legal, tanto desde una perspectiva del derecho penal, pero también sin descartar la existencia de una adecuada ingeniería institucional que busque limitar los espacios de excesiva discrecionalidad, monopolio en la decisión, conflictos de intereses, ausencia de controles para quienes tengan el poder de otorgar beneficios o imponer cargas a los ciudadanos, que es el fermento ideal para la clase de delitos como el soborno y otras conductas disvaliosas.

Pero tampoco debe postergarse en el estudio de este complejo fenómeno a sujetos o empresas que gozan de poder económico dentro de nuestras sociedades. Muchas personas o empresas bien pueden pretender utilizar su influencia económica para beneficio propio, a costa del bien común, con lo que el énfasis también debe ser puesto sobre estos actores no estatales, a la hora de disponer las medidas necesarias para prevenir y erradicar la corrupción<sup>80</sup>. Debe tenerse en cuenta que la "captura" del Estado para beneficio propio de grupos o personas es una de las variantes más perniciosas para el gobierno democrático, por lo que ha sido objeto de diversos estudios para analizar su incidencia, en la medida en que se establezca que ya el mismo concepto de legalidad se encuentra teñido de parcialidad, esto es, que la misma noción de ley, como presupuesto y límite del ejercicio del poder y de los derechos, sea utilizada como medio para otorgar legitimidad a regulaciones sesgadas que no consulten el bien común<sup>81</sup>.

Tal vez en estos casos el derecho penal tradicional no sea el mejor remedio para este complejo fenómeno, dado que también es proclive a caer en las tentaciones que busca erradicar<sup>82</sup>. Si asumimos que muchas

<sup>80</sup> En este sentido, la Convención contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos en el ámbito de las Transacciones Económicas Internacionales (ley 25.319), pone énfasis en la persecución del delito de soborno por parte de las personas y empresas a la hora de obtener negocios en el extranjero. Es decir, se pone énfasis en la faz activa del delito y no tanto en la corrupción de los funcionarios públicos.

<sup>81</sup> HELLMAN, J. - JONES, G. - KAUFMANN, D., *Seize the State, Seize the Day. State Capture, Corruption and Influence in Transition Economies*, World Bank Institute, World Bank Policy, research paper no. 2444, 2000, ps. 10 y 14; ver también VIRGOLESI, J., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 259.

<sup>82</sup> Ver, en este sentido, lo señalado por Zaffaroni, al sostener que el combate contra la corrupción debe hacerse cerrando los espacios arbitrarios de poder mediante una mejor y constantemente renovada ingeniería institucional (ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 61, nota 158); también Pettit pone el acento en la idea de mecanismos institucionales generadores de oportunidades que impi-

veces la corrupción de los funcionarios públicos va a estar alentada por la obtención de beneficios económicos por parte de quienes los corrompen, nuevamente el recurso a incentivos de tipo económico sea la mejor alternativa para mitigar los efectos perniciosos de esta práctica. En este sentido, quizá la privación de los beneficios obtenidos de esta manera<sup>83</sup> sea la mejor manera de erradicar la corrupción y a la vez alentar ciertas prácticas favorables al autogobierno.

Ya sea el recurso a sanciones criminales, personales o a las organizaciones de que se trate, la privación de los beneficios obtenidos, o la existencia de una adecuada ingeniería institucional —o bien una ponderada articulación de todos estos medios—, algún tipo de respuesta es exigida por el pensamiento republicano para hacer frente a imposiciones abusivas por parte de quien ostente una determinada posición económica. Más aún cuando aquellos sobre quienes habrá de repercutir esta clase de imposiciones no tienen los medios necesarios para repelerlas o se ven forzados por sus circunstancias a padecerlas. En tanto se trata de claras interferencias dominadoras en la esfera de la libertad de numerosas personas, su limitación resulta indispensable en una república que pretenda fomentar un comportamiento fraterno entre sus miembros. Con ello quiero señalar que a veces ciertas manifestaciones o comportamientos abusivos deben ser objeto de una respuesta más intensa por parte del derecho, incluso justificando el recurso a sanciones penales. Siempre y cuando se respeten las garantías correspondientes, a fin de evitar los riesgos de un ejercicio tiránico de estas atribuciones, el pensamiento republicano no aparece como un límite para ello, sino todo lo contrario.

---

dan prácticas corruptas, lo que va a ser logrado mediante innovaciones institucionales (ver FETTER, P., *Republicanismo...*, cit., ps. 276 y ss.).

<sup>83</sup> La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción pone el acento en que la recuperación de activos procedentes de esta clase de conductas es un principio fundamental de la Convención (art. 51).

1891

1892

1893

1894

1895

1896

1897

1898

1899

1900

1901

1902

1903

1904

1905

1906

1907

1908

1909

1910

1911

1912

1913

1914

1915

1916

1917

1918

1919

1920

1921

1922

1923

1924

1925

1926

## CAPÍTULO XIII

### PRIMEROS APUNTES PARA UN ESTUDIO DE LA LEGITIMACIÓN (*STANDING*)

Por ROBERTO GARGARELLA

#### I. INTRODUCCIÓN

Una política más liberal en materia de legitimación parece ser la clave decisiva a la hora de explicar algunas llamativas novedades que se han dado en el panorama jurídico internacional. Me refiero, en particular, a una cierta explosión de la litigación en materia de derechos económicos y sociales y, así también, a un creciente número de decisiones judiciales favorables al reconocimiento de derechos como los citados, antes habitualmente resistidos desde el ámbito judicial. Países tan distantes y diversos como la India, Hungría, Costa Rica o Colombia coinciden claramente en ese punto: desde el mismo momento en que alivianaron los costos y las exigencias relacionadas con la amplitud de la legitimación o el *standing*, vivieron una inusitada expansión en el número de causas que llegaban a sus tribunales —especialmente, causas promovidas por grupos tradicionalmente desaventajados— así como un proceso de pronta “sensibilización” judicial hacia tales grupos —lo cual se tradujo inmediatamente en decisiones favorables a aquellos colectivos, lo que, a su vez, volvió a alimentar y reforzar este proceso en desarrollo—. En la Argentina, mientras tanto, la situación es relativamente ambigua, aun cuando en los últimos años se ha registrado una tendencia, aparentemente firme, en dirección a una práctica más laxa en la materia.

Contrariando este movimiento, en países jurídicamente tan desarrollados como los Estados Unidos, la tendencia parece ser exactamente la contraria. Allí, los requisitos de legitimación han comenzado a elevarse,

desde hace más de dos décadas (más o menos en sintonía con el nacimiento de la llamada "Corte Rehnquist"), clausurando una tradición relativamente abierta en la materia. Dado que esta evolución ha sido seguida por una importante discusión doctrinaria, en lo que sigue vamos a apoyarnos en la misma para llevar adelante una reflexión crítica en materia de legitimación. Nos interesará, sobre todo, explorar la evolución de la doctrina de la legitimación, a la vez que determinar cuáles son las razones que se han dado o que podrían darse para aligerar o reforzar las exigencias en lo que hace a la legitimación de un individuo para cuestionar la validez de una norma jurídica.

## II. UNA BREVE NOTA SOBRE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGITIMACIÓN

El tema de la legitimación era bastante común dentro del derecho romano. A mediados del siglo II, ya aparecen alusiones a la idea de legitimación, según las cuales los esclavos no podían litigar ni ser acusados en juicio, y un profesor de derecho, Gaius, aparece citado en el *Digesto* de Justiniano mencionando que los incapaces de hablar o las personas mentalmente enfermas, o los infantes, no podían comparecer en un juicio. En el siglo III, Ulpiano y otros juristas hicieron referencia a la cuestión a partir de ideas como la de *in iudicio sistendi causa*, *in iudicio sisti*, o *causa stare*. Aparentemente, en estos inicios, conceptos como los referidos fueron utilizados de modo más bien general, para referirse a aquellos individuos que podían participar en un juicio, y luego, más específicamente, para aludir a aquellos que no podían o no necesitaban presentarse físicamente en tales ocasiones, por ejemplo, los menores o las mujeres embarazadas<sup>1</sup>. Si bien estas citas ayudan a reconocer algunos casos bastante obvios para la época sobre falta de capacidad para actuar en un juicio, lo que no resulta claro es si dicha incapacidad se extendía también a otras personas, y hasta qué punto se aceptaba que alguna otra persona actuase en nombre de quienes se encontraban inhabilitados para litigar.

En el ámbito estadounidense, la cuestión de la legitimación apareció mencionada abiertamente, por primera vez, en 1863<sup>2</sup>, pero recién surgió como cuestión fundamental en un caso de 1923, "Frothingham v.

<sup>1</sup> Ver COXIAN, N., "Standing before the Constitution; Membership in the Community", *Law and History Review*, vol. 7, nro. 1 (1989), p. 2.

<sup>2</sup> "Mississippi & Mo. R. E. v. Ward", 67 US (2 Black) 485, 491 (1863).

Mellom"<sup>3</sup>. Lo interesante es que en dicho caso, el famoso juez Frankfurter definió los contornos que distinguirían al tema del *standing* en los años por venir pero, curiosamente, lo hizo a partir de una serie de referencias al derecho inglés que luego se probarían completamente infundadas. En efecto, en el caso citado, Frankfurter defendió una lectura desde su punto de vista obvio de la Constitución, cuando ella se refiere a la necesidad de existencia de un "caso o controversia" como antecedente para habilitar la intervención del Poder Judicial. Para Frankfurter, resultaba claro que en dicha frase la Constitución aludía a "operaciones familiares dentro del sistema judicial inglés". Los alcances de dichos reclamos, sin embargo, iban bastante más allá de una mera cita de referencia. Lo que se derivaba de dicha fuente era el aparente compromiso del derecho inglés con exigencias de legitimación muy demandantes. Según lo aclarara el mismo juez en otro fallo<sup>4</sup>, tales antecedentes aludían a la necesidad de que los jueces no intervinieran sino en "casos", es decir, que no intervinieran cuando no existiera una situación adversarial, "en la cual de los resultados no se derivara algo que implicara consecuencias inmediatas para las partes". Es decir, según presumía Frankfurter, el derecho inglés exigía que los litigantes mostraran un interés personal como prerequisite para ser parte de un litigio<sup>5</sup>.

Notablemente, los estudios que se han hecho sobre los antecedentes provenientes del caso inglés muestran que las referencias aparentemente obvias de Frankfurter no se condecían en absoluto con la realidad. Así, tanto a partir de las importantes investigaciones realizadas por Louis Jaffe, como en la que presentara Raoul Berger, se puede concluir que los criterios hiperrestrictivos de *standing* "deducidos" por Frankfurter no encuentran respaldo en aquella tradición que, por el contrario, y muy en particular en los tiempos en que se pensaba la Constitución estadounidense, era muy generosa en relación con las personas habilitadas para participar en un juicio<sup>6</sup>. Según Jaffe, la primera oportunidad en que los jueces adelantaron objeciones a la posibilidad de que un individuo hiciera aplicar un "derecho público" surgió recién en 1897. Anteriormente, los tribunales

<sup>3</sup> 262 *US* 447 (1923); ver SCHUBERT, E., "More than an Intuition, Less than a Theory: Toward a Coherent Doctrine of Standing", *Columbia Law Review*, vol. 86, nro. 3 (1986), p. 565.

<sup>4</sup> "Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath", 341 *US* 123, 151-54 (1951).

<sup>5</sup> BERGER, R., "Standing to Sue in Public Actions: Is It a Constitutional Requirement?", *The Yale Law Journal*, vol. 78, nro. 5 (1969), p. 817.

<sup>6</sup> JAFFE, L., "Standing to Secure Judicial Review: Public Actions", *Harvard Law Review*, vol. 74, nro. 1265 (1961), y BERGER, R., "Standing to Sue...", cit.

ingleses sólo habían hecho alusión a la idea de legitimación en dos casos, ambos posteriores a 1870<sup>7</sup>. Acciones como el *writ de certiorari*, el *relator action* o el *mandamus*, entre otras, sirvieron entonces para facilitar que los ciudadanos exigieran a las autoridades públicas el cumplimiento de algunas de sus obligaciones. Ellas estaban abiertas a los ciudadanos y no sólo a aquellos individuos con un interés concreto o personal en el caso. El dato determinante en materia de legitimación no era el agravio individual, sino el de falta en términos de justicia (*neglect of justice, not individual injury*<sup>8</sup>). La conclusión de Berger es todavía más fuerte, dado el papel relevante que, según él, jugaran los "extraños", dentro del derecho inglés de la época. En sus palabras: "la historia muestra que un mero extraño respecto de la acción sujeta a queja, sin un 'interés personal' en relación con la misma, era considerado capaz para iniciar y mantener un procedimiento contencioso en interés del público"<sup>9</sup>. Para él, "el argumento según el cual existe una prohibición constitucional para que los extraños presenten quejas contra acciones inconstitucionales" —en tanto argumento apoyado en la práctica judicial inglesa— resulta simplemente uno carente de fundamentos<sup>10</sup>.

El caso estadounidense parece ser muy semejante al inglés, sobre todo en sus años fundacionales —los que desembocarían en la redacción y primera aplicación del controvertido art. III que refiere a los requisitos de "caso y controversia"<sup>11</sup>—. En principio, en ambos casos existieron acciones públicas orientadas a permitir que los ciudadanos colaboraran en la vida pública, forzando a las autoridades a cumplir con sus obligaciones. En los Estados Unidos, una de las primeras vías institucionales que aparecieron para favorecer dicha posibilidad fue la provista por las *qui tam action* que permitían a cualquier individuo (incluyendo a un "extraño") presentar un caso contra aquellos que violaran la ley. En su examen de la evolución de la cuestión de la legitimación en los Estados Unidos, Cass Sunstein sostiene, como conclusión, que no se puede sostener que "todo el mundo tenía legitimación, ni que el art. III otorga legitimación para todo tipo de casos, sino algo mucho más simple y menos exótico: que el pue-

<sup>7</sup> JAFFE, L., "Standing to Secure...", cit., ps. 1271 y 1272.

<sup>8</sup> NICHOL, G., "Justice Scalia, Standing, and Public Law Litigation", *Duke Law Journal*, vol. 42, nro. 6, Twenty-Fourth Annual Administrative Law Issue (1993), p. 1152.

<sup>9</sup> BERGER, R., "Standing to Sue...", cit., p. 827.

<sup>10</sup> BERGER, R., "Standing to Sue...", cit.

<sup>11</sup> Resumen esta historia, fundamentalmente, de SUNSTEIN, C., "What's Standing after Lujan? Of Citizen Suits, 'Injuries', and Article III", *Michigan Law Review*, vol. 91, nro. 2 (1992), ps. 163 a 236.

blo contaba con legitimación en la medida en que la ley le otorgaba un derecho para iniciar un caso"<sup>12</sup>. En su opinión, este juicio es válido para su país, al menos, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial: el art. III no aparecía dirigido a limitar en modo alguno el poder del Congreso para crear *standing*<sup>13</sup>.

En las primeras décadas del siglo XX, sin embargo, los jueces más abiertos a desafiar los aspectos más regresivos del *common law* —o, para ponerlo en otros términos, los jueces más interesados en consolidar la causa del *New Deal*, hasta entonces sistemáticamente bloqueado desde el máximo organismo judicial— comenzaron a establecer trabas sobre la legitimación. En particular, el juez Brandeis, quizás la figura más progresista en el historial de la Corte Suprema, fue quien más se preocupó por fijar tales limitaciones, como modo de restringir el accionar de la justicia y, consiguientemente, los riesgos de que ésta interfiriera indebidamente con las decisiones tomadas por la autoridad democrática. Brandeis y Frankfuter procuraron, de ese modo, favorecer las decisiones del nuevo Estado regulador. En casos como "Massachussets v. Mellon"<sup>14</sup>, o "Joint Anti-Facist Refugee Comm. v. McGrath"<sup>15</sup>, la Corte hizo referencia a la ausencia de legitimación por parte de los ciudadanos como para recurrir al Poder Judicial.

Tales esfuerzos por parte de la justicia obtuvieron consagración jurídica, poco después, cuando a mediados de los años cuarenta, el Legislativo resumió aquellas iniciativas en el Acta de Procedimientos Administrativos (APA). De todos modos, tanto en esta ley como en las decisiones judiciales previas, el espacio de la legitimación seguía siendo amplio, y dependiente, en última instancia, de la voluntad del Legislativo. Es decir, un individuo estaba legitimado para accionar judicialmente en la medida en que una ley le reconociera dicha posibilidad.

### III. UNA VISIÓN CRECIENTEMENTE REGRESIVA EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN

En los años sesenta y setenta, los tribunales estadounidenses mostraron una mayor liberalidad en el análisis de la legitimación. Dicha vi-

<sup>12</sup> SUNSTEIN, C., "What's Standing after Lujan?...", cit., p. 177.

<sup>13</sup> CURRIE, D., *The Supreme Court Review*, vol. 1981, The University of Chicago Press, 1981, ps. 41 a 47.

<sup>14</sup> 62 US 447 (1923).

<sup>15</sup> 341 US 123 (1951).

sión expansiva tuvo que ver con una preocupación, creciente en la época, de que las regulaciones estatales fueran bloqueadas, distorsionadas o socavadas a raíz de grupos de interés actuantes sobre las agencias estatales. Los tribunales sostuvieron entonces que tenían legitimación para demandar una acción judicial todos aquellos individuos que, siendo beneficiarios de una determinada regulación estatal, se vieran afectados como producto de la inacción del Estado. Dicho criterio, sin embargo, sufrió una fuerte vuelta de tuerca en el famoso caso "Association of Data Processing Organizations v. Camp"<sup>16</sup>, donde el también conocido juez Douglas distinguió entre un interés o agravio jurídico, y un "agravio en los hechos", para proponer que el análisis residiera en este último punto<sup>17</sup>. Según Douglas, para saber si alguien se encuentra legitimado para accionar, lo importante es mirar los hechos y determinar si esta persona sufre o ha sufrido algún agravio jurídico. El fallo en cuestión no vino a restringir los criterios sobre legitimación entonces expansivos, sino que, en principio, se mostró consistente con tales desarrollos. Sin embargo, el criterio entonces expuesto pasaría a servir como base para el establecimiento de severas restricciones en la materia. El objetivo del fallo pareció ser el de simplificar todavía más el análisis sobre la existencia de causas de legitimación, al pasar de una pregunta de respuesta difícil, acerca de la existencia o no de un daño jurídico, a otra aparentemente más fácil, que requería una "mera" mirada sobre los hechos<sup>18</sup>. La cuestión, en cambio, y según veremos, pasó a complicarse extraordinariamente, dada la necesidad permanente de recurrir a parámetros normativos, a los fines de decidir si cierta afectación de algún interés (digamos, que no se le reconozca a un grupo desaventajado beneficios especiales; que no se tomen todos los recaudos necesarios en materia de protección ambiental) califica o no como "daño en los hechos".

Tal desplazamiento "de la ley a los hechos" fue acompañado por otro tipo de desarrollos, más propios de finales de los años ochenta. Entre ellos: i) la necesidad de demostrar que el daño en cuestión es atribuible a la parte acusada; ii) la necesidad de mostrar que el daño puede ser eliminado con una medida a favor del demandante; o iii) una tendencia a definir el (difícilmente precisable concepto de) "daño en los hechos", a partir de una visión más propia del *common law*. Resulta distintiva de esta época, tam-

<sup>16</sup> 397 US 150 (1970).

<sup>17</sup> SUNSTEIN, C., "Standing Injuries", *The Supreme Court Review*, vol. 1993 (1993), The University of Chicago Press, p. 52.

<sup>18</sup> SUNSTEIN, C., "What's Standing after Lujan?...", *cit.*, p. 188.

bién, iv) una renovada preocupación por el art. II (antes que el III), en el análisis de la cuestión del *standing*. Este último desarrollo implicó crecientes referencias al tema de la separación de poderes, un tema aparentemente puesto en crisis a través de estándares de legitimación expansivos. En efecto, según el art. II, es el presidente de la República quien tiene competencia para "cuidar" de la aplicación de las leyes. Contra dicha posibilidad, alegaron algunos jueces, criterios de legitimación muy amplios terminan desequilibrando la estructura de controles, ya que la ejecución de las leyes pasa a quedar a cargo de personas no directamente responsables ante la ciudadanía.

La figura clave del desarrollo jurisprudencial en la materia resultó, sin duda, el conservador juez Scalia, quien en un temprano artículo publicado en 1983<sup>19</sup> sostuvo que debía denegarse la legitimación de un individuo cuando el mismo se quejara sobre la falla de la administración de obligar o prohibir algo sobre algún otro sujeto distinto del demandante. Admitir dicha posibilidad, sostuvo entonces Scalia, implicaba interferir indebidamente sobre los poderes del Ejecutivo. Y éste fue el criterio que la Corte estadounidense terminó adoptando —ya con Scalia entre sus miembros— en el caso "Lujan v. Defenders of Wildlife"<sup>20</sup>. En dicho caso, la Corte debía evaluar una demanda proveniente de organizaciones ambientalistas, entre ellas Defenders of Wildlife, que impugnaron la nueva política estatal que, contradiciendo una práctica establecida, determinó que la Ley de Protección de las Especies en Riesgo —que obligaba a que las decisiones del Estado no pusieran en peligro la existencia de especies— sólo iba a aplicarse fronteras adentro —es decir, que las acciones llevadas a cabo por los Estados Unidos en el exterior iban a ser inmunes a aquella limitación—. Frente a la objeción de los grupos ambientalistas, la Corte distinguió entre las situaciones en donde el propio demandante es el objeto de una acción pública —caso en el cual la legitimación es obvia— y casos en donde la acción ilegal que se le imputa al gobierno perjudica a algún otro —situación ésta en donde la Corte tiende a ser ahora muy restrictiva en cuanto al reconocimiento de la legitimación—. En el caso en cuestión, la Corte entendió que los demandantes —que sostenían, por caso, que la nueva política estatal afectaría su interés de volver a áreas que ya habían visitado, para observar a especies en riesgo— no tenían una legi-

<sup>19</sup> "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers", 7 *Suffolk Univ. Law Review*, 881, cit. en Sussman, C., "What's Standing after Lujan...?", cit., p. 164.

<sup>20</sup> 112 S. Ct. 2130 (1992).

timación suficiente como para sostener su reclamo en los tribunales. Ellos habían sido incapaces de demostrar que sufrían un "daño en los hechos". "Lujan" resulta, en este sentido, uno de los casos más importantes en la historia de la jurisprudencia norteamericana, en cuanto a la cantidad de leyes que termina poniendo en riesgo (leyes sobre todo atinentes al control del medio ambiente, que se apoyan en el control ejercido por los ciudadanos para asegurar la vigencia de ciertas regulaciones). En definitiva, el criterio de "daño en los hechos" ha venido a servir, en la práctica, "como una herramienta para excluir casos de los tribunales [...] para negarse a reconocer el interés de algún ciudadano en el cumplimiento de la Constitución por parte de las autoridades"<sup>21</sup>.

Según Cass Sunstein, el actual estado de cosas en materia de legitimación, en los Estados Unidos, puede entenderse como una notable combinación de dos series de principios opuestos entre sí<sup>22</sup>. Por un lado, parece regir un compromiso *lochneriano*<sup>23</sup> con el *common law*, y como tal contrario al "intervencionismo" estatal en materia económica. Conforme a tales principios, el Estado debe ser respetuoso de los derechos (prepolíticos o "naturales") de libertad y propiedad privada, que fijan un inobjetable *status quo* de *neutralidad*. Cualquier desviación o interferencia con ese estado de cosas no cuestionado requiere, de parte del Estado, una justificación de peso extraordinario. En materia de *standing*, esta visión tiende a validar, por caso, los derechos de los industriales y propietarios —a los que se reconoce plenamente capacitados para reaccionar frente a las "interferencias" del Estado— y no a los beneficiarios y ciudadanos de a pie, en la medida en que los reclamos de estos últimos tengan por objeto reclamar una intervención del Estado en contra de los derechos de los propietarios. La otra serie de principios en juego —opuesta a la señalada— tiene que ver con una (revivida) tendencia de orientación puramente anti-*lochneriana*. Esta tradición, que identificáramos con las decisiones de algunos jueces fuertemente asociados con el *New Deal*, se alimenta de motivaciones contrarias a las recién examinadas, ya que se vincula con

<sup>21</sup> SCHUBERT, E., "More than an intuition...", cit., p. 567.

<sup>22</sup> SUNSTEIN, C., "Standing and the Privatization of Public Law", *Columbia Law Review*, vol. 88, no. 7 (1988), ps. 1434-9.

<sup>23</sup> Recordemos que el caso "Lochner v. New York", 198 US 45 (1905), simboliza el comienzo de una era (la llamada "era Lochner") en donde, en nombre del *common law*, la Corte Suprema estadounidense invalidó centenares de regulaciones estatales en materia económica, bloqueando así durante años el lanzamiento del programa de reconstrucción económica hoy conocido como *New Deal*.

un fuerte compromiso con la preservación de las iniciativas estatales en materia de regulación económica. Curiosamente, sin embargo, esta última tradición también terminó proponiendo ciertas limitaciones en materia de legitimación, en este caso, con el objeto de restringir el margen posible de las interferencias judiciales sobre las decisiones del poder político. Esta última tendencia anti-*lochneriana*, retomada hoy por jueces de orientación política opuesta a la de Brandeis o Frankfurter<sup>24</sup>, se conjuga con la anterior, *lochneriana*, para llegar a una síntesis indudablemente restrictiva, que Sunstein denomina un *modelo de derecho privado* en materia de legitimación.

#### IV. LOS ARGUMENTOS PARA SOSTENER UNA POLÍTICA RESTRICTIVA EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN

Casos como el citado "Lujan" pueden resultar un buen punto de partida para comenzar a reconocer cuáles son los argumentos que, contemporáneamente, tienden a apoyar las visiones más restrictivas sobre el *standing*. Dicho caso nos proporciona, al menos, dos de los argumentos más comunes en las actuales discusiones sobre la legitimación. El primero de ellos —el *argumento del caso o controversia*— tiene que ver, como vimos, con la presencia o no de un "daño en los hechos" (lo cual, en los Estados Unidos, se relaciona con la peculiar interpretación que diera la Corte sobre los requerimientos del art. III). El segundo argumento —el *argumento de la división de poderes*— tiene que ver, en cambio, con los deberes del presidente y con la separación de poderes (es decir, con el art. II de la Constitución norteamericana). La idea es que es el presidente quien se encuentra encargado de la supervisión de que las leyes sean aplicadas debidamente. Dicha tarea, se sostiene aquí, no puede quedar a cargo del Poder Judicial, a quien le corresponde actuar en caso de violación de derechos individuales, y no cuando de lo que se trata es de supervisar políticas o medidas relacionadas con el bienestar general. En todo caso, aquellos sujetos que se sientan maltratados por el accionar público pueden recurrir al proceso político —ya que no al Poder Judicial— para encontrar solución a dicha situación de agravio. Según la opinión vertida por el juez Scalia: "Permitir que el Congreso convierta un interés público indiferenciado [...] en un 'derecho individual' reivindicable en los tribunales es

<sup>24</sup> SUNSTEIN, C., "Standing and the Privatization...", cit., p. 1438.

permitir que el Congreso transfiera, desde el presidente a los tribunales, el deber constitucional más importante de la cabeza del Ejecutivo, es decir, el de 'asegurar que las leyes sean fielmente ejecutadas' " 25.

Algunos autores han reforzado el argumento de la separación de poderes señalando, por ejemplo, que el respeto de la misma no se debe a una aproximación meramente dogmática a la Constitución. Por el contrario, la razón detrás de la asignación constitucional de funciones sobre un presidente unitario tiene que ver con la posibilidad de responsabilizar y supervisar políticamente al encargado de la ejecución de las leyes —llamemos a éste el *argumento de la responsabilidad política*—. Conforme a Krent y Shenkman, por ejemplo, "[l]a preferencia constitucional por un proceso de toma de decisiones democrático exige que las decisiones acerca de cuál es el mejor modo de reparar los agravios al público general sean dejadas en manos de actores que pueden ser responsabilizados políticamente" 26.

Un argumento de raíz similar e igualmente potente es el *argumento democrático*. El argumento (originado, según viéramos, en los años del *New Deal*) fue recientemente presentado —en casos relativos a la cuestión de la legitimación, pero también en una diversidad de controversias similarmente polémicas— 27 por el juez Bork, en casos como "*Vander Jagt v. O'Neill*", que resumió todas las "doctrinas que se agrupan alrededor del art. III" asociándolas con "la idea, que es más una intuición que una teoría rigurosa y explícita, acerca de los límites constitucionales y prudentiales que, en nuestro gobierno, se establece sobre las facultades de un Poder Judicial no elegido popularmente y no representativo" 28. La idea es, entonces, que a través de criterios muy laxos en materia de legitimación lo que se logra, en definitiva, es robustecer al poder menos democrático dentro del sistema de gobierno, lo que en su opinión parece contrario a los principios de la Constitución.

<sup>25</sup> 112 S. Ct. 2145. Scalia había adelantado dicha posición en su fallo disidente en "*Morrison v. Olson*", 487 US 654 (1988), en donde había sostenido que "la orden inexorable del art. II es clara", y decía que "el Poder Ejecutivo debe quedar en manos del presidente de los Estados Unidos" (*ibídem*, ps. 697 y 710).

<sup>26</sup> KRENT, H. - SHENKMAN, E., "On Citizen Suits and Citizen Sunstein", *Michigan Law Review*, vol. 91, nro. 7 (1993), p. 1306.

<sup>27</sup> Pienso, por ejemplo, en las (hostiles) decisiones de Robert Bork sobre el pretendido contenido "social" de la Constitución —sobre la existencia o no de *welfare rights* en la misma— que el juez rechazó apelando a la misma idea sobre el carácter no democrático de la justicia, y la necesidad de deferir a la voluntad democrática de los poderes políticos.

<sup>28</sup> 699 F. 2d 1166, 1178-79 (DC Cir.).

## V. LOS PROBLEMAS DE LA POSICIÓN DOMINANTE O RESTRICTIVA

Las dificultades para sostener la postura que hoy prevalece en materia de legitimación son numerosas y de diversa naturaleza. En primer lugar, y como cuestión meramente formal, merece decirse que el anclaje histórico que suele asignarse a dicha postura carece de fundamento real. Como viéramos, la actitud restrictiva respecto de los "extraños" o individuos no directamente afectados por la acción o inacción estatal es de origen reciente. Típicamente, ni el derecho romano ni el derecho inglés ni el derecho estadounidense en sus tiempos fundacionales registraron dicha actitud entre sus prácticas habituales. Por el contrario, en todos esos contextos encontramos una significativa apertura hacia la posibilidad de que "extraños" inicien una demanda contra el Estado en nombre de otros directamente afectados por la actividad o inactividad pública.

En segundo lugar, la idea dominante sobre "daño en los hechos" crea problemas a diferentes niveles. Por un lado, ella obliga a un análisis de extraordinaria complejidad para definir si, en el caso concreto, nos encontramos o no frente a una situación de agravio —según Nichol, el examen que se requiere para determinar si existe o no un agravio es "amorfo, complejo, y cargado valorativamente"<sup>29</sup>—. Y el hecho es que, sin estándares normativos precisos, resulta simplemente imposible llegar a una conclusión en ese respecto. El resultado es que la reflexión sobre la legitimación pasa a depender de un análisis sobre causalidad que termina siendo altamente manipulable. Como sostuviera Sunstein, dicho análisis obliga a los jueces a ingresar en especulaciones sobre los efectos precisos de las diferentes regulaciones. Y, lo que es peor, el problema no se reduce a una compleja indagación acerca de la existencia de un nexo causal entre el agravio, el remedio, y la ilegalidad; [el peor problema] es cómo caracterizar el agravio relevante<sup>30</sup>. Por otro lado, el parámetro en cuestión implica una vuelta a los aspectos más objetables de la llamada era *Lochner*. Ello ocurre porque se deja de lado la tradicional idea según la cual la legitimación de alguien se medía conforme a la previa actitud del poder político, es decir, teniendo en cuenta si el poder político le había asignado o no *standing* para litigar en el caso en cuestión. Conforme a la posición hoy prevaleciente, en cambio, ya no se presta atención a la decisión de la Legislatura, sino que, por el contrario, se examina si dicha

<sup>29</sup> NICHOL, G., "Justice Scalia...", cit., p. 1157.

<sup>30</sup> SUNSTEIN, C., "Standing Injuries", cit., p. 1464.

actitud coincide con o trasciende los límites establecidos por el *common law*. Esta mirada, cabe reafirmarlo, era la que distinguía a la denominada era *Lochner*, en la que se invalidaban una tras otra las iniciativas estatales destinadas a reparar situaciones de violación de derecho. Ahora, como entonces, son estas iniciativas estatales las que examinan con un escrutinio detallado, para determinar si las mismas respetan o no ciertos derechos prepolíticos o presociales a favor de la libertad o la propiedad.

Iniciativas como la señalada —tan propias de fallos como los liderados por el juez Scalia— son objetables, también, y sobre todo, desde un punto de vista democrático. Del mismo modo que las decisiones propias del *lochnerismo*, estas nuevas sentencias se desentienden de la “dignidad democrática” de la legislación, enfrentando a éstas como si el último parámetro de análisis a tener en cuenta tuviera que ver con los derechos distintivos del *common law*. La Constitución, en tal sentido, no es vista como un marco fundamentalmente procedimental, una invitación a las nuevas generaciones para que tomen su destino en sus propias manos, sino como un manual con contenido sustantivo acerca de lo que puede hacerse y lo que no, definido éste conforme con las tradiciones (que el Poder Judicial identifica como) propias de la comunidad. La situación resultante es una completamente asimétrica, capaz de “inmunizar de control jurídico a la insuficiente aplicación de la ley, a la vez que sujeta a las aplicaciones agresivas de la ley a la revisión judicial”<sup>31</sup>.

En sentido similar, puede impugnarse el habitual argumento de la separación de poderes, conforme al cual criterios amplios en materia de legitimación socavan la misión constitucional del Poder Ejecutivo. Contra dicho criterio, e invirtiendo la lógica del argumento de Scalia, puede decirse que los poderes del Ejecutivo en la materia dependen de los deberes que el Congreso imponga de antemano. En tal sentido, el Congreso puede establecer parámetros amplios en materia de legitimación, con el objeto de evitar que el Ejecutivo actúe antidemocráticamente, al no poner en práctica o no poner debidamente en práctica las leyes por él dictadas. Es decir, el presidente no tiene discreción para asegurar la aplicación de las leyes: él viola sus deberes si, por caso, no asegura un debido cumplimiento de la ley, favoreciendo una situación de subaplicación de la misma. En definitiva, y según sostuviera Cass Sunstein, el argumento de la separación de poderes (basado en el art. II de la Constitución estadounidense) “prohíbe, sin dudas, la ejecución judicial de las leyes. Pero

<sup>31</sup> SUNSTEIN, C., “Standing Injuries”, *cit.*, p. 59.

no prohíbe que los tribunales digan que una agencia reguladora ha fracasado en la ejecución de las leyes que debía aplicar por exigencia constitucional. Por supuesto, habría un problema si los tribunales le exigieran a las agencias que apliquen la ley tal como ellos quieren, o sin la existencia de una exigencia legal a tal efecto. Pero nada de esto es lo que aparece en los casos bajo estudio [dado que] las demandas de los beneficiarios de leyes regulativas, quejándose frente a la inacción de un Ejecutivo que incumple con su obligación fundamental, no socavan la asignación de poderes [establecida por la Constitución]"<sup>32</sup>.

## VI. APÉNDICE

### 1. Legitimación amplia y activismo judicial a favor de los más desaventajados (breves referencias sobre los casos de la India, Colombia y Costa Rica)

Llegados a este punto, puede ser interesante advertir la alta correlación que existe entre países con criterios amplios en materia de legitimación, el aumento de la litigiosidad en casos relacionados con grupos desaventajados, y el activismo judicial—activismo normalmente más sensible hacia los nuevos intereses que ahora llegan en forma más o menos masiva hasta los tribunales—. Para ello, haré una breve referencia a tres casos que parecen ratificar la existencia del vínculo señalado: los casos de la India, Colombia y Costa Rica.

#### 1.1. India

La Parte III de la Constitución de la India—que va desde los arts. 12 al 32 inclusive— establece la declaración de los derechos fundamentales del país. Tales derechos incluyen, entre otros, la igual protección de las leyes (art. 14), las libertades clásicas de expresión, asociación, asamblea (art. 19), y los derechos a la vida y la libertad (art. 21). El último artículo de la declaración (el 32) sostiene que los individuos tienen el derecho de recurrir a la Corte para remediar la violación de derechos como los anteriormente mencionados, y define una serie de remedios aptos para dicha misión. La Parte IV de la Constitución, mientras tanto, establece los "Principios Directivos" de la misma, que incluyen el deber del Estado de re-

<sup>32</sup> SUNSTEIN, C., "Standing Injuries", cit., p. 61.

ducir las desigualdades existentes (art. 38), o el de asegurar que los recursos de la sociedad sean distribuidos de modo tal de servir al bien común. De todos modos, la Constitución determina explícitamente que esta sección de la misma no es *enforceable* o directamente aplicable por los tribunales.

Dentro de este marco, las primeras reacciones de los tribunales, en materia de legitimación, resultaron inexorablemente restrictivas. En casos como "Charanjit Lal v. Union of India"<sup>33</sup> de 1951, o "G. C. Colege Silchar v. Gauhati University"<sup>34</sup> ya en 1973, se determinó que aquellos individuos que no sufrieran una violación directa en sus derechos no podían desafiar la constitucionalidad de una norma.

Desde comienzos de los años ochenta, sin embargo, dicha situación comenzó a cambiar de modo dramático, sobre todo a partir de la acción de jueces como Bhagwati, y casos como "Gupta v. Union of India"<sup>35</sup> y "Bandhua Mukti Mocha v. Union of India"<sup>36</sup>. Bajo la dirección del citado juez, la Corte sostuvo en el primero de los casos citados que la Constitución debía ser leída como una unidad, y en tal sentido hizo un esfuerzo interpretativo destinado a vincular las Partes III y IV de la misma. En relación con la Parte III, la Corte se apoyó muy especialmente en el art. 21, que fue entendido como protegiendo la dignidad humana y la posibilidad de vivir libre de todo tipo de explotación. Dicho artículo, por otra parte, fue examinado a la luz de los Principios Directivos de la Parte III, como definiendo los "requisitos mínimos que deben existir con el fin de permitir que una persona viva con dignidad humana, en donde ningún Estado —ni el Estado central ni los gobiernos locales— tiene el derecho de tomar acción alguna capaz de privar a una persona del disfrute de esos básicos esenciales"<sup>37</sup>. En definitiva, la Corte leyó la Parte III de la Constitución como fijando ciertos básicos derechos económicos y sociales, y lo hizo tomando como eje central al art. 21. La Parte IV de la Constitución fue tomada en cuenta decisivamente para definir el alcance, peso y significado preciso de la Parte III.

La vinculación entre ambas parte de la Constitución estuvo dada a través de una lectura muy expansiva del art. 32 que implicaría, entonces, criterios amplísimos en materia de legitimación. Según la Corte, en efec-

<sup>33</sup> AIR 1951 SC 41.

<sup>34</sup> AIR 1973 SC 761.

<sup>35</sup> AIR 1982 SC 149.

<sup>36</sup> AIR 1984 SC 802.

<sup>37</sup> Así, en "Bandhua Mukti Mocha v. Union of India", p. 812.

to, el artículo citado no debía ser interpretado de un modo formalista, sino conforme al propósito del mismo: en un país como India, marcado por problemas de "pobreza, analfabetismo, privaciones y explotación", una lectura restrictiva del art. 32 iba a implicar que los derechos fundamentales de millones de personas resultarían violentados, y el art. 32 iba a convertirse en una "cuerda de arena" para la gran mayoría<sup>38</sup>. La conclusión a la que entonces llegara la Corte fue que "Cuando se comete una falta o agravio jurídico contra una persona o clase de personas determinada [...] y tal persona o clase determinada de persona es, por razón de su pobreza, desesperación, inhabilidad, o su posición socialmente desaventajada, incapaz de acercarse a los tribunales en busca de alivio, cualquier miembro del público puede sostener una aplicación para encontrar una solución apropiada"<sup>39</sup>. Así, podría decirse, en la actualidad no existe obstáculo alguno al litigio en nombre del interés público<sup>40 y 41</sup>.

La extraordinaria liberalización de los requisitos de *standing* —que había sido reconocido como el principal obstáculo para el acceso de los pobres a los tribunales—<sup>42</sup> quedó simbolizada con la llamada jurisdicción *epistolary*, es decir, aquella que resulta —meramente— de escribir una carta a la Corte Suprema, en nombre de una clase de personas desaventajadas<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> CRAIG, P. - DESHPANDE, S., "Rights, Autonomy and Process: Public Interest Litigation in India", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, nro. 3 (1989), ps. 363 y 364.

<sup>39</sup> "Gupta v. Union of India", 365, 520.

<sup>40</sup> CASSELL, J., "Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, nro. 3 (1989), p. 499.

<sup>41</sup> Como sostuvo el juez Bhagwati, "en India estamos tratando de salir del formalismo, de modo tal de usar el activismo judicial como forma para alcanzar la justicia distributiva. Permítanme decir claramente que el objetivo por el cual estamos usando el activismo judicial es la realización de la justicia social... Esto no es otra cosa que otra forma de constitucionalismo, preocupada por la sustantivación de la justicia social. Yo llamaría a esto 'activismo social' —activismo dirigido al logro de la justicia social" (ver BHAGWATI, P., "Judicial Activism and Public Interest Litigation", *Columbia Journal of Transnational Law*, 23 [1985], p. 566).

<sup>42</sup> El juez Bhagwati sostuvo, en este sentido, que "la Suprema Corte de India encontró que el principal obstáculo que privaba a los pobres y a los desaventajados de un efectivo acceso a la justicia eran las reglas tradicionales sobre legitimación, que insistían en que sólo una persona que había sufrido un agravio legal específico en razón de una violación actual o una amenaza de violación sobre sus derechos o intereses jurídicamente protegidos puede iniciar una acción para una reparación judicial"; BHAGWATI, P., "Judicial Activism...", cit.

<sup>43</sup> En uno de los primeros casos en este respecto, "Sunil Batra v. Delhi Administration" (AIR 1978 SC 1675), la Corte respondió a una carta escrita por un preso al juez

Así se dio lugar a la llamada *Public Interest Litigation (PIL)*, es decir, procesos jurídicos orientados a incrementar la participación ciudadana y, sobre todo, la intervención de los sectores más desaventajados de la sociedad, en el control de constitucionalidad y de las acciones u omisiones del gobierno<sup>44</sup> y<sup>45</sup>. Según sostuviera el juez Bhagwati en "PUDR v. India", "el litigio de interés público [...] que tiene por objeto poner la justicia al alcance de las masas... es totalmente diferente de la forma de litigio tradicional, de carácter contencioso, y en donde se enfrentan dos partes litigantes [...]. El litigio de interés público [...] no tiene por objeto asegurar los derechos de un individuo contra los de otro [...] sino que procura promover y reivindicar el interés público que exige que las violaciones de los derechos legales o constitucionales de un número amplio de personas pobres, ignorantes o en situación social o económicamente desaventajada no queden en la ignorancia o desatendidas"<sup>46</sup>. Las "puertas de la Corte" debían resultar, entonces, "ampliamente abiertas a los pobres y desarraigados"<sup>47</sup>.

## 1.2. Colombia

En Colombia, y desde la introducción de la nueva Constitución, en 1991, existe una Corte Constitucional que se ha distinguido, desde en-

---

Krishna Iyer de la Corte Suprema, en la que el interno hacía referencia a la pésima situación vital al interior de la cárcel.

<sup>44</sup> SATHI, S. P., "Judicial Activism: the Indian Experience", *Journal of Law and Policy*, vol. 6, no. 29 (29-109), p. 72.

<sup>45</sup> La Corte encontró que no era suficiente, para el logro de sus objetivos, contar con reglas amplias sobre legitimación o con la jurisdicción epistolar. Por ello, creó toda una serie de nuevos mecanismos destinados a reunir la información exigida por cada caso. Para el principal tribunal, resultaba "irrealista esperar que los demandantes más desaventajados, o los activistas que trabajan con ellos, pudieran asegurar toda la evidencia necesaria para que los tribunales decidieran en cada caso" (ver HUNT, P., *Reclaiming Social Rights*, Dartmouth, Sidney, 1996, ps. 165 y 166). De allí que, por ejemplo, decidieran crear oficinas especiales al efecto, tanto como "comisiones de investigación socio-legales" destinadas a colaborar con el tribunal en la implementación de sus decisiones. Así, en "Bandhan Mukti Morcha v. Union of India", la Corte creó una comisión compuesta por miembros de la sociedad civil, destinada a ayudarla en la implementación de las medidas que ella ordenara. Y en "Sheela Barse v. Union of India", el tribunal organizó un comité destinado a asegurar la aplicación de sus decisiones en materia de prisiones (SCOTT, C. - MACKLEM, P., "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution", *1 University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1992).

<sup>46</sup> AIR 1982 SC, ps. 1473 y 1476.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 1478.

tonces, por un inusitado activismo, particularmente en materia de derechos económicos y sociales. Sin lugar a dudas, una de las varias claves que ayudan a explicar el fenómeno colombiano tiene que ver con la extraordinaria amplitud que, en materia de legitimación, han consagrado la Constitución y la práctica judicial de estos años. Las formas de acceder a la Corte son variadas. Por un lado, la Convención Constituyente expandió el alcance de un instrumento ya existente, como lo era la *acción popular*. La acción popular, que puede servir para impugnar decretos, leyes, y aun el procedimiento de las reformas constitucionales, puede ser interpuesta por cualquier ciudadano, con muy pocas formalidades, sin la necesidad del respaldo de algún abogado, y sin la necesidad de demostrar la existencia de un interés específico en la materia que origina el caso<sup>48</sup>. Por otro lado, y desde 1991 también, existen varios instrumentos nuevos, que permiten que la ciudadanía intervenga en el control de legalidad de los actos públicos. Entre tales instrumentos, se destacan la *acción de incumplimiento*, destinada a obligar a los oficiales públicos a cumplir con sus deberes en casos particulares; la *acción popular*, destinada a proteger intereses colectivos tales como los vinculados con los derechos ambientales; la *acción colectiva*, similar a la *class action* norteamericana, y la *acción popular*, la *acción de tutela*. La acción de tutela ha sido, sin dudas, la gran estrella en todo este proceso de reapropiación popular de la justicia constitucional. Otra vez, la tutela puede ser interpuesta por un ciudadano sin necesidad del respaldo de un abogado, ante cualquier juez, y a partir de bajos requisitos formales, frente a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental (el catálogo de los cuales ha ido expandiéndose a partir de las intervenciones de la propia Corte Constitucional). Ante la presentación de una tutela, el juez del caso tiene un tiempo muy limitado para decidir —diez días— y resolver el caso. Cualquiera de tales decisiones puede ser revisada por la Corte, que selecciona cuáles de ellas examinar, a través de sus salas de Revisión, y de acuerdo con la orientación que quiera darle a su jurisprudencia.

Las estadísticas existentes dejan poco lugar a dudas acerca de la notable explosión litigiosa desatada a partir de la aparición del nuevo contexto institucional. Sólo para citar algunos ejemplos podría decirse que, del año 1992 al 2001, el número de decisiones en materia de tutela pasó de 8060 a 133.272. Asimismo, el número de revisiones abstractas de cons-

<sup>48</sup> CREMA, M., "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue (2004), p. 555.

titucionalidad pasó de 53 en 1992 a 339 en el 2002, motorizadas sobre todo por el instrumento de la acción popular<sup>49</sup>.

### 1.3. Costa Rica

En 1989, y luego de una reforma constitucional, la Corte Suprema fue ampliada, recibiendo el agregado de una nueva sala, la sala Constitucional, de siete miembros, conocida como sala IV. Nuevamente, el acceso al tribunal resultó de una enorme sencillez por lo que, en poco tiempo, una Corte que durante toda su existencia se había mostrado poco incisiva y relativamente insignificante en cuanto al peso de sus sentencias, pasó a convertirse en una frecuentada masivamente por la población, y muy en particular por los sectores más desvalidos de la misma. El principal instrumento para acceder al tribunal lo constituye el recurso de amparo (art. 48, CN), que permite que se recurra directamente a la sala IV para impugnar cualquier norma (ley, decreto, etc.) contraria a la Constitución. Lo que es más importante, para llegar al tribunal, los individuos no necesitan de patrocinio letrado, ni requieren pagar tasa alguna. Ellos pueden presentar sus demandas cualquier día del año, a cualquier hora del día, en cualquier lengua y de cualquier modo<sup>50</sup>. La consecuencia inmediata de tales facilidades resultó obvia: un crecimiento extraordinario en el número de causas que llegaron al tribunal, que pasaron de 2296 en su primer año completo de funcionamiento, a 13400 causas en el 2003<sup>51 y 52</sup>.

<sup>49</sup> CEREDA, M., "Judicial Activism...", cit., p. 559.

<sup>50</sup> WILSON, B. - RODRIGUEZ CORDERO, J. C., "Legal Opportunity Structures and Social Movements. The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics", *Comparative Political Studies*, vol. XX, no. X (2006), p. 8.

<sup>51</sup> WILSON, B., "Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court", en SIEDER, R. et al., *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Mac Millan, Nueva York, 2005.

<sup>52</sup> Una situación similar puede encontrarse en el caso de Hungría. De acuerdo con Andras Sajó, "cualquier ciudadano húngaro puede dirigirse a la Corte si él o ella cree que alguna regla jurídica, decreto o acto del Parlamento es inconstitucional. En tal sentido, no hay regla de *locus standing* que se aplique" (ver SAJÓ, A., "Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary", *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, [1995], p. 255). Más aún, los ciudadanos pueden quejarse de las acciones de los funcionarios públicos sobre la base de que la persona en cuestión tomó una decisión a partir de una norma inconstitucional. Los tribunales tienen el poder de anular la ley en cuestión, declararla inválida, retroactivamente, y decidir nun a pesar de la ausencia de un caso o controversia (*ibidem*).

## CAPÍTULO XIV

### SOBRE EL *AMICUS CURIAE*

Por CHRISTIAN COURTIS

(con la colaboración de FEDERICO ORLANDO)

#### I. INTRODUCCIÓN

La intención de este artículo es la de realizar un balance provisorio acerca del empleo de la figura del *amicus curiae* en el derecho argentino, señalando argumentos para su aceptación y planteando perspectivas posibles para su efectiva utilización ante nuestros tribunales.

Como se sabe, el *amicus curiae* (literalmente, "amigo del tribunal") es una institución generalizada en el mundo jurídico anglosajón, que ha cobrado auge además en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Las consideraciones que siguen tienden a discutir su incorporación al derecho argentino, a través de argumentos de doctrina, de antecedentes históricos y normativos y del análisis de la experiencia judicial existente hasta la fecha.

En cuanto a la definición del instituto, se trata de la presentación ante el tribunal donde tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa que cuenten con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida. La institución del *amicus curiae* es una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano. Paulatinamente fue incorporándose a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona: ya a comienzos del siglo XV, en el derecho inglés, se autorizaba la actuación de un extraño a fin de producir peticiones en un juicio como "amigo del tribunal"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cf. CURTO RÚA, J., "Acerca del *amicus curiae*", LL 1988-D-721.

La evolución contemporánea de la figura en el marco del derecho anglosajón y del derecho internacional de los derechos humanos aporta a la presentación una nota distintiva, que justificará la procedencia de la opinión que se ofrece al tribunal: el carácter, trascendencia o interés público de la cuestión debatida. Esta vinculación entre la discusión judicial de cuestiones de interés público y la posibilidad de que personas, grupos o instituciones interesadas en la proyección colectiva de las decisiones de la magistratura presenten sus respectivas opiniones sobre el tema ante el tribunal no hace más que reforzar el aspecto participativo del carácter republicano de gobierno. Ello así, toda vez que, proporcionada la posibilidad de que los grupos interesados presenten sus puntos de vista ante la inminencia de una decisión judicial trascendente, el debate de las cuestiones examinadas judicialmente que, de otro modo, quedan relegadas al relativo hermetismo de la función jurisdiccional adquiere el carácter de una discusión pública.

La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial<sup>2</sup>. La presentación del *amicus curiae* apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión. Entre nosotros, Carlos Santiago Nino ha insistido en esta segunda fun-

<sup>2</sup> Cf. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, ps. 317 y 318: "El punto decisivo es que los participantes pretenden argumentar racionalmente. Al menos, hacen como que sus argumentos están contruidos de manera tal que, bajo condiciones ideales, podrían encontrar acuerdo de todos. Ésta es la razón por la que su argumentación debe concepcuararse como un caso especial del discurso práctico general" (p. 317). En el mismo sentido, ver AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1991, ps. 28 y 29: "En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público sobre la decisión" (p. 29).

ción, que convierte al *amicus curiae* en un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales<sup>3</sup>. En la experiencia judicial estadounidense, por ejemplo, el examen de cuestiones de trascendencia jurídica y política por parte de la Corte Suprema de Justicia de ese país motiva casi indefectiblemente la presentación de *amici curiae* de un amplio espectro de asociaciones, instituciones y grupos de interés, generándose un intenso debate público y la exposición de las respectivas ideas a través de la prensa y los medios de comunicación masiva. Amén de la experiencia anglosajona, la práctica de presentación de *amici curiae* es generalizada en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en especial ante la consolidación de las experiencias regionales de protección de derechos humanos. Así, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos reciben *amici curiae* tanto ante el ejercicio de sus respectivas funciones consultivas, como en el caso del ejercicio de su función jurisdiccional.

## II. ALGUNOS ARGUMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE ESTE INSTITUTO

Nos interesa aquí discutir algunos argumentos vinculados a la posibilidad de robustecer y efectivizar esta institución en la práctica judicial argentina, teniendo como marco la legislación vigente.

Una de las cuestiones planteadas sobre el particular es la falta de previsión legal del instituto. De este hecho se han extraído conclusiones opuestas: por ejemplo, de acuerdo con uno de los votos disidentes en la resolución en que la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal decide hacer lugar a la presentación de un *amicus curiae* en los autos caratulados "Causa 761. Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)"<sup>4</sup>, la falta de norma procedimental que contemple la institución discutida responde a una tradición continental que, en consonancia con el principio *iura curia novit*, no la admite.

Como se verá posteriormente, la mayoría del tribunal decide en sentido contrario, es decir, no infiere de la falta de previsión legal expresa la

<sup>3</sup> Cfr. NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 685 y 696. En sentido similar, GARGIUELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 107.

<sup>4</sup> Cfr. voto de la Dra. Riva Aramayo, en la resolución del incidente comentado.

prohibición de admitir opiniones de "amigos del tribunal". En una decisión posterior dictada por un juez federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal ante la presentación de una opinión *amicus curiae*, en el marco de una causa en la que se discutía la excarcelación de una detenida infectada por el virus HIV, se decidió que, a falta de previsión legal aplicable al instituto, "resulta necesario adoptar para el presente análisis la modalidad de decisiones establecida por el derecho anglosajón, es decir, aplicar el precedente del tribunal de mayor jerarquía que se haya presentado en un caso que hubiera planteado cuestiones de hecho similares (doctrina del *stare decisis*)"<sup>5</sup>. En consecuencia, el magistrado interviniente se adhiere a la opinión de la mayoría de la cámara en la causa "ESMA".

Existen varias razones que nos llevan a inclinarnos por la opinión de la mayoría del citado tribunal, es decir, por la admisibilidad del *amicus curiae* ante cuestiones judiciales de interés público aun sin norma expresa que la autorice<sup>6</sup>. La primera razón ya ha sido apuntada en el párrafo anterior, y se vincula al principio republicano de gobierno y a la exigencia de fundamentación de las sentencias judiciales: el *amicus curiae* constituye, sin lugar a dudas, un instrumento para reforzar este principio. La falta de previsión normativa expresa puede decidirse a favor de la admisión de esta figura en tanto constituye un medio procedimental no prohibido de ejercicio de la libertad de expresión, del derecho a peticionar ante las autoridades, y de reforzamiento del principio republicano de gobierno.

La segunda razón que traemos a colación es la existencia de figuras procesales similares en nuestro ordenamiento jurídico que permiten la aceptación analógica del instituto examinado, en la medida en que el *amicus curiae* presenta rasgos de considerable compatibilidad con las razones que fundan la procedencia de aquellas figuras. El primer instituto que resulta comparable al *amicus curiae* es el del tercero coadyuvante,

<sup>5</sup> Ver Juzg. Crim. y Corr. Fed. n. 2 Capital Federal, 5/8/1996, "Sterla, Silvia s/interrupción de la prisión preventiva - Testimonios de la apelación deducida por el señor procurador fiscal contra la resolución obrante a fs. 1861/69 de los autos principales", a fs. 28 vta.

<sup>6</sup> Han existido, sin embargo, proyectos de ley al respecto. Cfr. al respecto, por ejemplo, el proyecto presentado por el entonces diputado nacional Jorge R. Vanossi, sobre régimen legal de la presentación de personas en calidad de asistentes officiosos en causas judiciales: Cámara de Diputados de la Nación, trámite parlamentario nro. 69, 29/8/1986. Como veremos más adelante, en los últimos años, en el seno del Congreso de la Nación se han presentado varios proyectos, algunos de los cuales obtuvieron dictamen favorable de la Cámara de Diputados.

regulado por el art. 90, inc. 1º, del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, así como en la gran mayoría de los códigos de rito provinciales. De acuerdo con dicha norma, “[p]odrá intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuera la etapa o la instancia en que éste se encontrare quien [...] acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio”. En el caso del tercero coadyuvante, se le reconoce carácter de parte dada la potencial afección de un interés propio. En el caso del *amicus curiae*, su participación en juicio —limitada a la presentación de una opinión— no le concede carácter de parte, debido a que el interés defendido en el caso es un interés público, y no un interés personal. Sin embargo, el rasgo que relevamos como comparable es la aceptación de la participación de un tercero en una causa en la que se ventila centralmente una cuestión ajena. Las diferencias del instituto del tercero coadyuvante con el del *amicus curiae* surgen de que, en el primer caso, se trata simplemente de un pleito entre intereses particulares, sin que exista un interés público en la resolución del caso. Por el contrario, el interés del “amigo del tribunal” —aunque también se trate de un tercero ajeno al proceso— se funda en el carácter público del litigio judicial. En este sentido, podría sin dificultad asimilarse la presentación de una organización o asociación civil en una causa de interés público, con la de un tercero coadyuvante cuyo interés estaría dado por las repercusiones públicas de la decisión que adopte el tribunal.

Otro caso de interés para el tema que nos ocupa es la expresa previsión de la figura del *amicus curiae* que hace la reciente Ley sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos (ley 24.488). En su art. 7º, dicha norma dispone que “[e]n el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de ‘amigo del tribunal’”. Como se ve, en el caso no sólo se acepta la presentación de un *amicus curiae*, sino que se establece la posibilidad de que sea el propio Estado, a través de la representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que se presente en dicho carácter. La mención del Ministerio ha sido interpretada no en el sentido de establecer un derecho excluyente a presentarse como *amicus curiae*, sino, por el contrario, como el expreso reconocimiento de que también él puede presentarse ante el tribunal invocando dicho carácter, evitándose así eventuales impugnaciones fundadas en la improcedencia de la participación de un órgano del Estado en un juicio que se está llevando a cabo en los tribunales de la propia Nación. Más allá de esta interpretación, queda claro

que la figura del *amicus curiae* no es extraña o ajena al ordenamiento jurídico argentino, siendo incorporada expresamente por la citada ley. Nada impide la extensión analógica de la figura a otros casos, ya que el motivo de su aceptación —el interés público que revisten las causas en las que se lleva a juicio a un Estado extranjero ante los tribunales argentinos— es perfectamente asimilable a otros casos en los que se discute una cuestión de interés general.

Como tercer argumento, diremos que la presentación del *amicus curiae* no produce perjuicio contra ninguna de las partes del litigio, ni tiene entidad para retardar o entorpecer el proceso. El presentante no reviste carácter de parte, y su posibilidad de actuación procesal se reduce al agregado de la opinión que emita al expediente. Si la opinión emitida puede favorecer la posición de una de las partes, nada impide la presentación como *amicus curiae* de otra opinión en sentido contrario. Los jueces tampoco tienen obligación de expedirse sobre todos los puntos expuestos en la opinión, ya que la función de la presentación es aportar mayores elementos para la toma de decisiones de trascendencia pública. En fin, no existen razones de economía procesal, ni de preservación del equilibrio entre partes, que lleven a desechar la posibilidad de presentaciones en carácter de *amicus curiae*.

Una cuarta razón se refiere a la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos establecida por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, y en general a la filosofía que justifica la adhesión de la Argentina a mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Específicamente, uno de los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuya adopción por parte de la Nación incluyó además la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Reglamento de la Corte Interamericana, a su vez, establece en forma expresa en su art. 54.3 la posibilidad de presentarse en calidad de *amicus curiae* ante dicho tribunal<sup>7</sup>. Ahora bien, la posibilidad de plantear un caso ante la Corte Interamericana

<sup>7</sup> Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 54.3: "El presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta". Si bien la norma se refiere a la facultad consultiva de la Corte Interamericana, el tribunal ha ampliado la práctica de aceptación de *amicus curiae* a su facultad jurisdiccional desde el inicio del ejercicio de esa función. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29/7/1988, "Velázquez Rodríguez", Serie C, nro. 4, párr. 38; 20/1/1989, "Godínez Cruz", Serie C, nro. 5, párr. 40.

supone el agotamiento de los recursos internos del Estado demandado. Este requisito, de acuerdo con la propia Corte, "está concedido en interés del propio Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos por sus propios medios"<sup>8</sup>. Resulta entonces absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en calidad de *amicus curiae* ante los tribunales internos —oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación en sede interna— y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte Interamericana por la imputación de los mismos hechos. Es coherente con la filosofía de protección internacional de los derechos humanos el permitir al Estado advertir, por ejemplo, la posible violación de una norma internacional que lo obliga, antes de que dicha violación produzca su responsabilidad internacional. Siendo la instancia interamericana "coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"<sup>9</sup>, parece razonable ofrecer a los grupos o instituciones interesados en presentar opiniones fundadas sobre la materia en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede interna que la que tienen en sede internacional, adelantando ante los tribunales locales argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte Interamericana.

A este argumento pueden sumarse algunas reflexiones vinculadas con el principio *iura curia novit*, invocado en el voto minoritario citado. Creemos que la interpretación que se hace del principio en la opinión referida es errónea. El principio *iura curia novit* no puede ser interpretado como descripción de un estado de cosas (es decir, como afirmación fáctica de que los jueces conocen efectivamente el derecho), ni como presunción sin admitir prueba en contrario de que ello sucede. Esta visión lleva a consecuencias absurdas: obligaría, por ejemplo, a mantener que los jueces conocen el derecho aunque lleguen a decisiones opuestas sobre el mismo caso. Piénsese en la revocación de una sentencia debida a una interpretación normativa distinta, o bien en la decisión de encuadrar una situación fáctica en una norma diferente de la invocada por el juez inferior. O bien las dos soluciones constituyen el derecho aplicable —con lo que la situación se agrava, ya que su objeto de conocimiento sería autocontradictorio—, o

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 13/11/1981, "Asunto de Viviana Gallardo y otros", nro. G 101/81, Serie A, párr. 26.

<sup>9</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Preámbulo, párr. 2 *in fine*. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29/7/1988, "Velásquez Rodríguez", Serie C, nro. 4, párr. 61.

bien uno de los jueces estaba equivocado, es decir, no conocía el derecho. La afirmación de que el juez conoce siempre el derecho supondría la imposibilidad de criticar toda decisión judicial. Por el contrario, el principio *iura curia novit* cobra sentido como disposición procesal: significa simplemente que el juez puede apartarse del principio dispositivo en materia de fundamentación normativa, y sostener una decisión invocando normas jurídicas que no fueron mencionadas por las partes. No se refiere al conocimiento efectivo del derecho por parte de los jueces, sino a la posibilidad de que los jueces acudan a normas y principios distintos de los citados por los contendientes. En este sentido, la presentación *amicus curiae* no importa ninguna contradicción con el principio *iura curia novit*, ya que se trata simplemente de aportar elementos de juicio suplementarios, ampliando la base de conocimiento disponible para que el juez adopte una decisión.

La incorporación al orden constitucional argentino de un considerable plexo normativo de origen internacional plantea además una serie de nuevas exigencias al intérprete. La adopción de pactos internacionales de derechos humanos como escalón más alto de la pirámide normativa local y la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligan al intérprete local a conocer la interpretación que se ha hecho de esos pactos en sede internacional<sup>10</sup>, y específicamente a estar al tanto de la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, intérprete final de las obligaciones asumidas por la Argentina en el sistema interamericano. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la necesidad de acudir a la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos<sup>11</sup>. Ahora bien, la situación del juez local intérprete de pactos internacionales se complica considerablemente, dado que no existe en el orden jurídico argentino norma alguna que ordene la publicación de los casos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de ninguno de los

<sup>10</sup> Cfr. MAIER, J., *Derecho procesal penal*, t. I, "Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 187.

<sup>11</sup> Cfr. Corte Sup., 7/7/1992, "Ekmekdjian, Miguel Á. v. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 315:1492, consid. 21: "[l]a interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1°)—". En el mismo sentido, 7/4/1995, "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación", Fallos 318:514. Puede consultarse además HITTNER, J. C., "La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución", ED del 24/10/1995, ps. 1 a 3.

órganos internacionales encargados de interpretar los tratados, pactos y convenciones referidos por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

Creemos entonces que el principio *iura curia novit* no sólo no se resiente, sino que se fortalece considerablemente en materia de cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina con la aceptación de la figura del *amicus curiae*. La posibilidad de que el juez reciba a través de presentaciones *amicus curiae* opiniones e información acerca de la interpretación de órganos internacionales sobre los temas en cuestión amplía su base de conocimiento para decidir el caso, y suple la dificultad de acceso del tribunal a material de origen internacional que no se publica en el país. No es casual que los grupos de opinión más interesados en la aceptación generalizada de la figura de *amicus curiae* sean justamente las organizaciones de defensa de los derechos humanos, interesadas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los tribunales domésticos. Este interés no es meramente teórico o especulativo: la propia Corte Suprema ha establecido también la necesidad de que los tribunales argentinos eviten que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado<sup>12</sup>, e implementen las obligaciones internacionales de la Nación a través de las sentencias judiciales<sup>13</sup>. Para el cumplimiento de este objetivo, es fundamental que los jueces puedan contar con información relativa al alcance de las obligaciones internacionales de acuerdo con la interpretación que se les ha dado en sede internacional, función para la cual la institución del *amicus curiae* es especialmente adecuada<sup>14</sup>.

Por fin, expondremos brevemente otras dos consideraciones que a nuestro juicio justifican la directa aceptación de la presentación en calidad de *amicus curiae* ante nuestros tribunales. La primera es la rica tradición de creaciones pretorianas de la jurisprudencia argentina. Desde "Siri" y "Kot" hasta la doctrina de "Ekmekdjian", nuestros tribunales han

<sup>12</sup> Cfr. Corte Sup., 7/7/1993, "Fibrea Constructora SCA v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", Fallos 316:1669, consid. 3°. En el mismo sentido, 13/10/1994, "Cafés La Virginia SA s/apelación (por denegación de repetición)", Fallos 320:1166, consid. 8° y 9°.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Sup., "Ekmekdjian...", cit., consid. 22: "Esta Corte considera que entre las medidas necesarias para cumplir con el fin del Pacto [de San José de Costa Rica] deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales".

<sup>14</sup> Análogamente, por ejemplo, cuando en una controversia judicial en sede local se invocan normas de derecho extranjero, "el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia de litigio" (art. 377, CPCCN). La institución del *amicus curiae* también puede cumplir una función útil en esa "investigación".

marcado varias veces el rumbo en materia de implementación de derechos y garantías fundamentales<sup>15</sup>. Como vimos, no sólo no hay razones legales ni doctrinarias de peso para rechazar la figura del *amicus curiae*, sino que su incorporación –sea por vía jurisprudencial, sea por vía legal– es altamente beneficiosa. La segunda consideración tiene que ver con la amplia experiencia estadounidense en la materia, en especial cuando se trata de litigios pendientes de resolución ante la Corte Suprema de ese país<sup>16</sup>. La similitud de la estructura constitucional y la del sistema de control de constitucionalidad han llevado al reconocimiento casi unánime por parte de nuestra judicatura y doctrina de la relevancia de la jurisprudencia estadounidense en materia de interpretación constitucional. No se ve entonces por qué razón se opondría la figura del *amicus curiae* a nuestra cultura jurídica, cuando aceptamos entusiastamente otras prácticas, doctrinas y precedentes judiciales de aquel origen. Una clara y sustancial manifestación de esto es el hecho de que en julio del año 2004 la Corte dictó la acordada 28<sup>17</sup> mediante la cual reglamentó la interposición del *amicus* para aquellos casos cuya resolución queda bajo su responsabilidad<sup>18</sup>. En ella

<sup>15</sup> Ver lo expresado en Corte Sup., 6/9/1990, “Dromi, José R. s/avocación en Fontela Moisés v. Estado nacional”, Fallos 313:863, consid. 4º: “Ha de ser desechada, pues, toda inteligencia que con base en el estricto apego a las normas procedimentales, termine produciendo la impotencia del propio órgano judicial a cuya mejor y más justa labor aquéllas deben servir”.

<sup>16</sup> Cfr. *Corpus Juris Secundum*, vol. III-A, West Publishing, St. Paul, 1973/93.

<sup>17</sup> Un interesante análisis de esta acordada puede verse en BAZÁN, V., “La reglamentación de la figura del *amicus curiae* por la Corte Suprema de Justicia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nro. 3, Porrúa, México, 2005.

<sup>18</sup> Es interesante destacar que la acordada cuenta con una disidencia de los Dres. Fayt, Belluscio y Vázquez. Por razones de objeto y de espacio, esta discusión no será aquí tratada. Sin embargo, quisiera destacar que el punto central de discusión entre el voto mayoritario y la disidencia recae en la competencia de la Corte Suprema para regular este instituto. Como es evidente, la disidencia termina sosteniendo que “la admisión de esta figura corresponde al legislador”. Entre los argumentos planteados, los jueces disidentes expresaron que, en primer lugar, existe una sustancial diferencia entre las *rules* de la Suprema Corte de Estados Unidos y la potestad reglamentaria asignada para nuestra Corte en el art. 113 de la Constitución Nacional, siendo que aquéllas distan en cuanto al objeto de las reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, toma distancia, también, de los diferentes organismos jurisdiccionales internacionales. Aquéllos cuentan con normas expresas que reconocen la instancia planteada por el *amicus* ya sea por la voluntad de los representantes de los Estados o bien porque ella surge de delegaciones expresas de los órganos habilitados para ello. En tercer lugar, la disidencia sostiene que porque haya ciertas excepciones mediante las cuales por ley se establezca el *amicus*, de allí no se deduce que sea ésta la regla, pues de lo contrario hacer extensivo

destacó la importancia del *amicus curiae* como instrumento de participación ciudadana en la administración de justicia sosteniendo "que como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como amigos del tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto".

La Corte agregó "que, en efecto, en el marco de las controversias cuya resolución por esta Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo".

Por estas razones, la Corte Suprema de la Nación dispuso "autorizar la intervención de amigos del tribunal". En lo que respecta a la regulación instituida por la acordada, la misma establece una serie de requisitos para presentarse como *amicus*: i) se requiere ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida<sup>19</sup>; ii) se exige, además, fundamentar el interés para participar de la causa e informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso<sup>20</sup>; iii) el presentante se debe expedir exclusivamente a favor de la defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante<sup>21</sup>; iv) debe, por otro lado, presentarse dentro de los quince días hábiles del "llamado de autos para sentencia". De acuerdo con lo que dispone el art. 280, CPCCN, este "llamado" se cumple cuando la Corte recibe la cau-

---

análogicamente este instituto "puede comportar una anarquizante perturbación de la compleja estructura que el respectivo sistema legal está en vías de constituir atendiendo a factores y circunstancias cuya consideración incumbe primordialmente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo".

<sup>19</sup> Conf. art. 2° de la acordada.

<sup>20</sup> Art. 2° de la acordada.

<sup>21</sup> Art. 2° de la acordada.

sa<sup>22</sup>; v) la exposición de los *amicus* se encuentra limitada, especialmente, a un máximo de veinte carillas tamaño oficio<sup>23</sup>. Por último, dos cuestiones relevantes. En primer lugar, la Corte *si considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente*, quedando la admisibilidad del *amicus* en manos de los magistrados de nuestro máximo tribunal; y la inadmisibilidad no exige argumentos algunos por parte de éstos. En segundo lugar, es importante resaltar que los amigos del tribunal no revisten calidad de parte, no tienen derechos procesales ni derecho a cobrar honorarios judiciales. Las opiniones tienen por objeto ilustrar a la Corte pero no la vinculan u obligan<sup>24</sup>.

En resumen, creemos que existen argumentos más que justificados para favorecer la aceptación de la figura del *amicus curiae* en nuestra práctica judicial, máxime cuando nuestro Tribunal Superior ha tomado la decisión recién descripta.

Revisaremos en el próximo punto las primeras experiencias jurisprudenciales al respecto.

### III. LOS INICIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA MATERIA

Podríamos decir que el *amicus* comienza a tomar relevancia en el derecho argentino a partir de tres casos en los que se planteó la posibilidad de presentación en carácter de *amicus curiae* ante nuestros tribunales. Comentaremos brevemente los tres casos. Cabe aclarar que los casos a analizar en este acápite fueron dictados por tribunales con anterioridad a la acordada recién descripta.

La primera causa judicial en la que se somete a un tribunal argentino la consideración de una presentación en carácter de *amicus curiae* es la "Causa 761. Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)" que tramita ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. El 27 de abril de 1995, los organismos internacionales de derechos humanos *Center for Justice and International Law* (CEJIL) y *Human Rights Watch/Americas*, con el patrocinio letrado de dos abogados del foro local, se presentaron en la causa, solicitando a la Cámara ser tenidos por *amici curiae* a los efectos de ofrecer al tribunal argumentos de derecho internacional sobre la obliga-

<sup>22</sup> Conf. art. 1° de la acordada.

<sup>23</sup> Conf. art. 2° de la acordada.

<sup>24</sup> Conf. arts. 3° y 4° de la acordada.

ción del Estado para con los familiares de las víctimas de desaparición forzada. Específicamente, la opinión ofrecida estaba dirigida a establecer las consecuencias jurídicas de las violaciones a los derechos humanos que constituyen "crímenes de lesa humanidad", a desarrollar el deber del Estado de informar a los familiares directos y a la sociedad sobre el destino corrido por las víctimas de desaparición forzosa y sobre el paradero de sus restos, y a destacar la continuidad de esta obligación mientras subsista incertidumbre sobre ese destino.

La opinión se proponía acercar al tribunal "toda la información relativa al estado actual de la cuestión en derecho internacional, así como experiencias de derecho comparado que permitan diseñar medidas que propendan al cumplimiento efectivo de esta obligación". Las organizaciones describen en la presentación su interés en el caso, refiriendo los antecedentes de ambas instituciones y su compromiso con la defensa de los derechos humanos en diversos países del mundo. Detallan también su experiencia en la presentación de opiniones en calidad de *amicus curiae* en causas de derechos humanos ante tribunales internacionales y ante tribunales de algunas naciones (Estados Unidos, Sudáfrica, Nigeria, Etiopía).

La Cámara, en decisión del día 18 de mayo de 1995, declara procedente la petición y resuelve autorizar la presentación de la opinión ofrecida. La decisión se adopta por mayoría de cuatro miembros<sup>25</sup>, existiendo dos disidencias, de las que, sin embargo, es difícil extraer alguna conclusión definitiva sobre la aceptación de la institución del *amicus curiae*.

Sucintamente, las consideraciones que hace la mayoría del tribunal sobre la admisibilidad de la presentación en calidad de *amicus curiae* —y, por ende, los requisitos que se vislumbran como imprescindibles para dicha admisibilidad— son las siguientes:

- el papel de *amicus curiae* está reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan un interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización en el tema;
- debe tratarse de casos de amplio interés público.

En cuanto a la justificación de la resolución, el tribunal afirma que:

- la intervención del *amicus curiae* se considera comprendida dentro del art. 44 de las Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los Reglamentos de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;

<sup>25</sup> Voto de los Dres. Laraschi, Cattani, Irurzun y Cortelezzi.

- la actuación del *amicus curiae*, limitada en principio a la esfera jurisdiccional supranacional, se ha extendido a ámbitos locales con favorable acogida (se cita el ejemplo del derecho estadounidense);
- la figura no encuentra óbice en eventuales contrapartes, dada su inexistencia.

En las disidencias, fundadas en motivos vinculados casi exclusivamente a las particularidades de la causa debatida<sup>26</sup>, el único argumento en contra de la admisión de la figura del *amicus curiae* es la ya apuntada ausencia de norma legal, que reflejaría una tradición procedimental del derecho continental frente a la que el instituto resultaría extraño<sup>27</sup>. Ya hemos comentado el argumento, de modo que no reiteraremos nuestras conclusiones al respecto.

El segundo caso en el que se ha planteado la admisibilidad de la figura es la causa "Kimel, Eduardo s/injurias", que tramita en apelación ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

En dicha causa, se condenó en primera instancia el día 25 de septiembre de 1995 a un periodista a raíz de la publicación de un libro de investigación sobre la denominada "masacre de los palotinos" o "masacre de San Patricio", suceso en el que, en 1977, se produjo el secuestro y la posterior desaparición de un grupo de religiosos palotinos. En dicha obra, Kimel describe la actuación del juez que llevó a cabo la instrucción del caso, afirmando que, amén de cumplir con los requisitos formales indispensables de la investigación, no tuvo en cuenta elementos decisivos para la elucidación del delito perseguido. El periodista agrega que "la actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial"<sup>28</sup>. El juez aludido es quien

<sup>26</sup> Votos de la Dra. Riva Aramayo y del Dr. Vigliani. La negativa a admitir la participación en calidad de *amicus curiae* se funda en ambos casos en la inexistencia de causa o controversia, dada la imposibilidad de persecución penal de ningún autor de los hechos, o en que la presentación no estaría escaminada a aportar "información relativa a datos o documentación lo más precisas posible acerca del destino final de los desaparecidos", extremo que de acuerdo con resolución anterior de la Cámara era el único que autorizaba a participar a terceros en esa causa. Como se ve, estos argumentos tienen poco que ver con la admisibilidad general del *amicus curiae*. El Dr. Vigliani dice que "la aceptación doctrinaria [de la figura de *amicus curiae*] ha sido circunscrita a la existencia de una controversia actual y no hipotética y a la de un litigio pendiente de pronunciamiento", y deja entrever una opinión favorable a su aceptación en caso de que se den los requisitos procedimentales expuestos.

<sup>27</sup> Cfr. voto de la Dra. Riva Aramayo.

<sup>28</sup> Kimel, E., *La masacre de San Patricio*, 2ª ed., Lumen, Buenos Aires, 1996.

inicia la querrela contra Kimel, aunque por el delito de calumnia, modificándose la calificación con la sentencia condenatoria de primera instancia. Durante la tramitación de la apelación de la sentencia, el CEJIL (*Center for International Law*) y el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) solicitan a la Cámara ser tenidos como *amici curiae* para someter a la consideración del tribunal argumentos de derechos humanos y de derecho internacional sobre libertad de expresión y de prensa, derecho a la información y derecho de crítica a la actuación de la administración pública. La presentación estaba compuesta por el petición de los organismos de ser tenidos por *amici curiae*, y tres opiniones cuya autoría correspondía respectivamente a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni, Julio B. J. Maier, y un grupo de expertos del CELS y CEJIL, además de la adhesión de los profesores José Reinaldo Vanossi, Germán Bidart Campos y Guillermo Moncayo. El presidente del tribunal rechaza en primer término el pedido, al considerar que por no tratarse de partes, los presentantes carecían de legitimación para actuar en la causa. Presentado un recurso de reconsideración, el tribunal en pleno decide no hacer, por los siguientes argumentos:

- los escritos no provienen de partes acreditadas en la causa;
- el instituto de derecho romano invocado no está previsto procesalmente;
- el antecedente de aceptación del fuero federal que se invoca (es decir, la ya comentada causa "ESMA") no coincide con la situación analizada en el expediente bajo examen, por no revestir excepcionalidad ni trascendencia.

Además de ello, la causa se origina en una acción privada que de por sí reduce el ámbito de intervención pública a los límites procesales conocidos.

La decisión parece un retroceso respecto de la anteriormente citada. Sin embargo, algunos de los argumentos suponen la aceptación de la jurisprudencia establecida en la causa "ESMA". El primer argumento es irrelevante, ya que se trata más bien de una consecuencia de la no aceptación de la figura del *amicus curiae*, más que de una razón autónoma para rechazarla. En efecto, el *amicus curiae* por definición nunca es parte de la causa en la que ofrece su opinión. Aceptar la jurisprudencia de la Cámara Federal en la causa "ESMA" implica entonces aceptar la presentación de escritos de quien, como el *amicus curiae*, no es parte en la controversia.

El segundo argumento ya ha sido analizado más arriba, y tampoco lleva forzosamente al rechazo de la figura del *amicus curiae*.

El tercer argumento resulta más interesante, pues su formulación importa la aceptación de los ya analizados extremos que requiere la Cámara Federal Criminal y Correccional para la admisibilidad del instituto. Exige el tribunal excepcionalidad y trascendencia, además de interpretar que el carácter privado de la acción penal reduce el ámbito de la intervención pública. Respecto del primer extremo, coincidimos con el requisito, aunque disintimos absolutamente con la valoración del tribunal en el caso concreto. La causa examinada ha resultado un caso de *gran* trascendencia pública, generando un intenso debate periodístico, ya que se trata justamente del establecimiento de los límites a la persecución penal de periodistas que, en ejercicio de su derecho de expresión, critican a funcionarios públicos (en este caso, un funcionario judicial). Entre muchas otras expresiones de interés, una muestra palmaria de la repercusión del hecho es la presentación efectuada por el director del diario *La Nación* ante la Sociedad Interamericana de Prensa, en donde se menciona expresamente y en primer término la preocupación de los medios de prensa argentinos por la decisión condenatoria adoptada en el caso "Kimef". Diversos medios se han hecho eco de este tema a través de columnas y editoriales, y el propio caso judicial ha producido un intercambio de cartas de lectores en varios diarios de la Capital Federal.

El segundo planteo es inadmisibile, ya que parece vincular la alegada ausencia de trascendencia o interés público de la causa con el hecho de que se trate de la persecución de un delito de acción privada (tanto en el caso de calumnia como en el de injurias). En este punto no podemos menos que estar en desacuerdo con el tribunal: la muestra cabal de que el carácter privado de la acción (cuestión meramente procedimental, vinculada con el impulso del procedimiento) no implica en absoluto ausencia de interés público en el caso (dado que el carácter público del interés está ligado a sus posibilidades de proyección sobre temas de trascendencia comunitaria) lo marca el debate generado alrededor del caso, que pone en discusión los límites de la persecución penal, el alcance de la libertad de expresión y de prensa, y la posibilidad de la prensa de ejercer libremente el derecho de criticar a los funcionarios públicos. Se trata, creemos, de un tema de medular importancia para el desarrollo de una sociedad democrática que asuma hasta sus últimas consecuencias los postulados del sistema republicano de gobierno. La cuestión se relaciona también con el derecho de todo ciudadano a recibir información y a formar sus propias conclusiones sobre los asuntos de gobierno de un país, garantizado por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Las propias Comisión y Corte Interamericana

de Derechos Humanos han admitido la importancia y el carácter público de estas cuestiones<sup>29</sup>. Otra pauta que permite evaluar el interés público de la causa es precisamente la posible violación por parte de la Argentina de pactos internacionales de derechos humanos y su eventual responsabilidad internacional por ello. Resulta paradójico que el tribunal considere que no existe interés público suficiente para una presentación en la que justamente se advierte de las posibles violaciones a pactos internacionales de derechos humanos por parte de la Nación, ilustrándose el criterio de órganos internacionales a cuya competencia la Argentina está sometida y a través del cual se juzgará en última instancia la actuación de los órganos nacionales. Por último, es posible imaginar varias otras hipótesis de delitos de acción o de instancia privada que, sin embargo, supongan cuestiones de trascendencia social e interés público, como, por ejemplo, los delitos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto (art. 72, inc. 1°, CPen.), o bien el de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 73, inc. 4°, CPen.). En todos estos casos, pueden debatirse cuestiones de real repercusión pública –de hecho, a raíz de varios casos judiciales difundidos por los medios de comunicación masivos, ha tenido lugar un intenso debate público acerca de la valoración de la prueba ante delitos de abuso deshonesto– sin que obste a esta trascendencia el carácter privado de la acción o de la instancia.

En todo caso, parecen aceptarse en este segundo caso las pautas establecidas por la Cámara Federal en la causa “ESMA”. Ello marca una cierta tendencia a la aceptación del *amicus curiae*, siempre y cuando se demuestre cabalmente el interés público, la trascendencia o la excepcionalidad de la causa en que se produce la presentación.

Finalmente, el tercer caso –ya mencionado– en el que se tomó una resolución en relación con una presentación en carácter de *amicus curiae* es la causa “Sterla, Silvia s/interrupción de la prisión preventiva”, que tramitó ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal nro. 2 de la Capital Federal.

El 5 de agosto de 1996, el juez a cargo de las actuaciones aceptó el pedido presentado por dos abogados, en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), tendente a incorporar a la causa un

<sup>29</sup> Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre desacato”, 1994, cap. V, disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/94span/cap.v.htm#capitulo6>: “[l]a amenaza de responsabilidad penal por deshonrar la reputación de un funcionario público inclusive como expresión de un juicio de valor o de una opinión, puede utilizarse como medio para suprimir la crítica y los adversarios políticos” (p. 220).

memorial en derecho en carácter de *amicus curiae*, en el que se acercaban al tribunal elementos de juicio de derecho internacional de los derechos humanos relativos a las condiciones de detención de los enfermos con HIV y al carácter restrictivo de la prisión preventiva en dichos casos. El propio memorial reconoce que su objeto es "acercar... algunos argumentos adicionales a los que podrían aportar las partes. Estos argumentos han sido en su mayoría derivados del derecho internacional de los derechos humanos, y se ha aludido a normas o decisiones internas, cuando éstas reflejan, en cierto modo, los estándares provistos por el derecho internacional...".

En una sucinta resolución, el juez de la causa toma como base para resolver acerca de la admisibilidad de la presentación en carácter de *amicus curiae* la decisión de la Cámara Federal en la ya comentada causa "ESMA", considerándose vinculada por el precedente del tribunal de mayor jerarquía.

Por ende, hace lugar a la presentación. En particular, estima que el papel al cual los peticionarios aspiran, "sólo está reservado a organizaciones no gubernamentales que persiguen un interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización en el mismo, en casos excepcionales y de la magnitud del presente" (voto de la mayoría en la causa "ESMA").

El magistrado destaca además el papel de las ONGs en la transformación del pensamiento jurídico de nuestro país. Sostiene, en este sentido, que las organizaciones no gubernamentales han hecho un aporte fundamental al fortalecimiento de la sociedad civil. Además, agrega, en línea con lo sostenido en el punto I de este trabajo, que la tarea de "lograr una ajustada transformación del pensamiento jurídico actual, admitiendo ejes que permitan abrir nuevos campos de discusión, a efectos de encontrar las alternativas y soluciones que nuestra realidad exige [...] no sólo debe ser viable en el marco de discusiones académicas; la administración de justicia debe abrir sus puertas también a un debate en casos concretos con el fin de que la teoría y la praxis encuentren su justo medio".

Puede concluirse entonces que, de acuerdo con la resolución que comentamos, se consolida la tendencia de la causa "ESMA", repitiéndose los requisitos para ser tenido como "amigo del tribunal" establecidos en esa decisión, es decir:

- el instituto está reservado a las organizaciones no gubernamentales que tengan un especial interés en el tema que se trate;
- el caso debe revestir interés general suficiente.

## IV. AVANCES Y RETROCESOS DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Además de los casos recién vistos, la jurisprudencia, en los últimos años, ha tomado importantes decisiones en materia de *amicus*. En este sentido, estas medidas recaen sobre la viabilidad no sólo de este instrumento, sino también de los diferentes caracteres y supuestos que lo presuponen: caso de interés público, interés en la causa, etc. Comenzaré, entonces, con fallos de diversas instancias jurisdiccionales para finalizar con ciertas decisiones de la Corte Suprema que considero pertinentes para la comprensión de la práctica jurídica en torno al *amicus*<sup>30</sup>.

## I. Avances jurisprudenciales

Ya en el año 1999, aun antes de la entrada en vigor de la Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires<sup>31</sup> que regula la institución del *amicus curiae*, se había aceptado la presentación de dictámenes en calidad de *amici curiae* en causas judiciales. Así, el Tribunal Superior dictó un fallo donde, a pesar de no compartir sus argumentos, consideró el *amicus* que había presentado el Dr. Bidart Campos<sup>32</sup>. En el caso en cuestión se discutía la legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad para interponer acciones declarativas de inconstitucionalidad. En este marco, dicho jurista presentó un *amicus curiae* detallando argumentos consistentes con una posición favorable al objeto del caso. Sin embargo, el voto mayoritario sostuvo la denegatoria, pero al hacerlo, contempló expresamente los argumentos de Bidart Campos<sup>33</sup> vertidos en el *amicus*. El mismo camino siguió el voto disidente –cuyos autores fueron la Dra. Ruiz y el Dr. Maier– en cuanto al *amicus* presentado, dado que utilizó sus argumentos para reforzar la posición de que la Constitución de la Ciudad legitima procesalmente a la Defensoría para presentar acciones declarativas de inconstitucionalidad. En definitiva, los magistrados del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aun sin regulación expresa, sostuvieron la admisibilidad del

<sup>30</sup> Por supuesto, la lista no pretende ser exhaustiva. Por el contrario, sólo he tomado los fallos que he creído más relevantes en la dotación de sentido de nuestra práctica jurisprudencial de este instituto.

<sup>31</sup> Ley 402, BOCABA, nro. 985, del 17/7/2000.

<sup>32</sup> Trib. Sup. Just. Ciudad Ba. As., 16/9/1999, "Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Estado de la Ciudad de Buenos Aires", LL 1999-E-169.

<sup>33</sup> Ver consid. 10 del voto mayoritario.

*amicus*, y no sólo éste fue agregado al expediente de la causa, sino también fueron considerados y contestados los argumentos allí vertidos.

Posteriormente, en octubre del 2001, la sala 1ª de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal admitió la figura del *amicus* en la causa "INADI v. Estado nacional -Ministerio del Interior- decreto 957/2001 - ley 25.453 s/amparo ley 16.986". En pocas palabras, el entonces interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo inició acción de amparo contra el Estado nacional -Ministerio del Interior- con el objeto de que se declare la falta de vigencia, inconstitucionalidad o inaplicabilidad al INADI del decreto 957/2001<sup>34</sup>, y del acto administrativo notificado el 3/9/2001, persiguiendo en consecuencia el mantenimiento de su planta de personal en cincuenta personas, además del interventor, con el presupuesto de personal vigente en marzo de 2001 y con la sola reducción del 13% en sus remuneraciones a partir del 1/7/2001. La jueza de primera instancia, remitiéndose al dictamen de la fiscal federal, se declaró incompetente. Ante el recurso pertinente, y radicados los actuados en la Cámara, se presentaron escritos de un *amicus curiae* cuyo desglose fue ordenado en función de lo normado por el art. 484, CPCCN. En definitiva, y mediante argumentos propios, la sala decidió por mayoría confirmar el pronunciamiento resistido. En lo que aquí interesa, los escritos arriados por el presentante en calidad de *amicus curiae* (se trataba del Dr. Héctor Masnatta, ex ministro de la Corte Suprema y miembro de la Convención Constituyente de 1994), fueron tenidos por presentados en el carácter invocado y por constituido el domicilio. En definitiva y al igual que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por un lado la Cámara autorizó la incorporación de los escritos del *amicus curiae* pese a la inexistencia de ley que instaure la figura en forma expresa y general y, por el otro, los magistrados actuantes dieron curso a la participación de un sujeto particular que asumió el rol de asistente oficioso.

En este orden de ideas, la sala 2ª de la Cámara Criminal y Correccional, en el año 2002, admitió la figura del *amicus* en una causa de carácter individual en que se debatían cuestiones de interés público<sup>35</sup>. Puntualmente, se estaban decidiendo materias trascendentales sobre la libertad de expresión y la inviolabilidad de las fuentes periodísticas. Así, la Cámara admitió la presentación de dos asociaciones de defensa de periodis-

<sup>34</sup> LL 2001-C-3197.

<sup>35</sup> C. Nac. Fed. Crim. y Corr., sala 2ª, 28/10/2002, "Catán, Thomas s/nc.", LL 2003-B-267.

tas. Y para hacerlo sostuvo que "en otras ocasiones el tribunal rechazó solicitudes de admisión como *amicus curiae* efectuadas por distintos organismos, destacando que la existencia de partes debidamente legitimadas constituye el primer escollo para una aceptación libre de la colaboración en cuestión, más aún en procesos de naturaleza penal en los que debe extremarse el respeto de las garantías constitucionales que corresponden al individuo sometido a proceso. Entre ellas, el derecho de defensa, con particular referencia en esta situación a las condiciones de plena igualdad en la posibilidad de influir, en las mismas condiciones teóricas y prácticas que el acusador, en la decisión de los jueces sobre el caso (C. Crim. y Corr. Fed., sala 2ª, 30/8/2001, "Simón, Julio", causa nro. 17.889, reg. 18.947, y 30/8/2001, "Del Cerro, Juan", causa nro. 17.890, reg. 18.946). Aquí se advierte que la preocupación evidenciada en estos últimos precedentes de armonizar la colaboración del *amicus curiae* con el derecho de defensa del imputado resulta relativizada. Primero, por el incipiente estado del proceso y la inexistencia, de momento, de imputaciones concretas y determinadas sobre algún sujeto en particular. Además, por las particularidades de este legajo, en el que lo debatido escapa a cuestiones vinculadas a la atribución de responsabilidad de alguna persona. Por ello resulta inaplicable en este contexto la necesidad de contar con el asentimiento del imputado, que ha fundado el rechazo de este tipo de presentaciones en las causas recién citadas"<sup>36</sup>.

Por último, en el caso "Curel, Gastón y otros en Mansilla Cuello, Enrique y otros v. Municipalidad de Mendoza"<sup>37</sup>, la sala 1ª de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza declaró la admisibilidad de un escrito de *amicus curiae* presentado, entre otros, por la "Asamblea Permanente de Derechos Humanos". En el voto de la jueza Kemmelmajer de Carlucci, se desarrollan interesantes consideraciones acerca de los orígenes y la finalidad de la citada institución que a continuación se transcriben parcialmente: "en una concepción amplia, el *amicus curiae* es la persona que interviene en un proceso para asistir al tribunal dando información sobre cuestiones de hecho o de derecho (Montoya, Mario D., '*Amicus curiae*. Amigo de la Corte y casos', LL 1992-D-1225); se trata de un medio procesal adecuado para suministrar a los jueces la mayor cantidad posible de elementos de juicio para dictar una sentencia justa. Cuetó Rúa enseña que en el mundo anglosajón, donde la figura ha tenido gran desa-

<sup>36</sup> Conf. "Catán", consid. 2ª.

<sup>37</sup> LL Gran Cuyo 2006 (abril), p. 326.

rollo, la práctica actual tiene un significado distinto al tradicional. Ya no se trata de ilustrar el juez como amigo del tribunal sino de auspiciar, apoyar o promover la causa de uno de los litigantes. En la actualidad no se le exige neutralidad. Si se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso, sobre su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, aun a sabiendas de que el *amicus* es el *amicus* del actor o del demandado (Cueto Rúa, Julio C., 'Acerca del *amicus curiae*', LL 1988-D-721; conf. Bazán, Víctor, 'El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad', JA 2003-II-997; del mismo autor, 'A propósito de la viabilidad del *amicus curiae* pese a la inexistencia de previsión legal que lo instaure', *Revista de Derecho Administrativo*, año 15, 2003, p. 215; Pagés Lloveras, Roberto, 'El *amicus curiae*', JA 2004-I-803). Por mi parte, pienso que el *amicus curiae* puede ser útil para el tribunal en todos aquellos casos en los que, como el planteado en este expediente, el tema constitucional planteado excede el mero interés de las partes y configura materia socialmente sensible (Sola, Juan V., *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 304)".

## 2. La Corte Suprema dice. Claroscuros en materia de *amicus*

En el año 2005, el CELS inició un hábeas corpus correctivo y colectivo a favor de la totalidad de los detenidos alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarias de la provincia de Buenos Aires. A su vez, este escrito fue acompañado por múltiples presentaciones de *amicus curiae* de organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales. Todas ellas fueron admitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>38</sup> al sostener, en el consid. II que, "en el trámite del recurso interpuesto ante esta Corte, fueron anexadas al expediente las presentaciones en carácter de amigos del tribunal, articuladas por la 'Comisión Nacional de Juristas', la Organización 'Human Rights Watch', la 'Organización Mundial contra la Tortura', la 'Asociación por los Derechos Civiles', la 'Clínica Jurídica de Interés Público' de Córdoba, la asociación civil 'El Agora', la asociación civil 'Casa del Liberado' de Córdoba, y el 'Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal'. En ellas, los organismos mencionados aportaron argumentos de derecho y

<sup>38</sup> Corte Sup., 3/5/2005, "Verbátsky s/hábeas corpus", Fallos 328:1146.

jurisprudencia internacional relacionados con el caso en estudio para conocimiento de esta Corte”.

A pesar de los avances hasta aquí descriptos, la Corte, un año después, sentó un antecedente que terminó arrojando más dudas que certezas sobre la efectiva viabilidad del *amicus*. Cabe resaltar que el precedente que a continuación comento fue, como se puede observar, posterior a la acordada dictada por la propia Corte Suprema. Así, en octubre de 2006 la Corte resolvió la causa “Juplast SA v. Estado nacional y AFIP”<sup>39</sup>, en la que se discutía acerca de si corresponde aplicar el ajuste por inflación impositivo (APII) a los fines de la liquidación del impuesto a las ganancias. Cabe señalar que esta causa había sido ingresada en el listado que la Corte publica en su página<sup>40</sup> para habilitar las presentaciones de *amicus* en aquéllas. En el caso, numerosas personas e instituciones se presentaron como *amicus*; sin embargo, la Corte aplicando un criterio restrictivo rechazó estas presentaciones<sup>41</sup> al sostener que “las presentaciones deben ser efectuadas por terceros ajenos a las partes que cuenten con una conocida competencia en la cuestión debatida”, y “con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio” (párr. 2º del art. 1º del reglamento aprobado por la acordada citada)<sup>42</sup>. Y que este requisito “no se cumple cuando la presentación tiene por objeto que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse– en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado. En el indicado supuesto, la existencia de tal interés determina la improcedencia de la intervención como amigos del tribunal de quienes lo tuvieran, pues resulta incompatible con la imparcialidad que debe guiar la actuación de éstos”<sup>43</sup>. En pocas palabras, el tribunal entendió que la

<sup>39</sup> Corte Sup., 31/10/2006, Fallos 329:4590.

<sup>40</sup> Ver [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

<sup>41</sup> Los alegatos rechazados pertenecían a Salta Refrescos SA, a la Unión Industrial de Jujuy, a la Cámara Argentina de Fabricantes de Máquinas y Equipos para la Industria, a la Cámara Argentina de Comercio, a la Unión Industrial Argentina, a las Uniones Industriales Patagónica y de las provincias de Buenos Aires, Corrientes, Córdoba, San Luis, Tucumán, San Juan, Santa Fe y Salta; a la Unión Industrial de la Ciudad de Buenos Aires y a una presentación suscripta por un abogado que se asumía como representante de numerosas empresas y personas físicas que han promovido acciones judiciales por la misma cuestión del juicio.

<sup>42</sup> Conf. consid. 2º.

<sup>43</sup> Conf. consid. 3º.

finalidad de quienes se presentaron era que la causa sobre la que opinaban fuera resuelta en un sentido afín a su posición, de modo que el precedente que pudiera lograrse fuera aplicable a otros casos –iniciados o por promoverse– en los que los presentantes tuvieran un directo y específico interés pecuniario en juego. Así, para la Corte, el verdadero objeto del *amicus* –que es “permitir la participación ciudadana en la administración de justicia en las causas en trámite ante sus estrados y en las que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público”– no se vería cumplido<sup>44</sup>.

## V. ANTECEDENTES REGLAMENTARIOS

Finalmente, además de los ejemplos ya vistos, existen diversas reglamentaciones a lo largo del país del *amicus curiae* que considero pertinente, al menos resumidamente, traer a colación para seguir explorando este instrumento. En primer lugar, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2000 fue sancionada la ley 402, también llamada “Ley de

<sup>44</sup> Quisiera hacer algunas breves observaciones sobre este antecedente. En primer lugar, considero que la Corte omite realizar una distinción entre el interés directo de las empresas eventualmente afectadas y el de las Cámaras representantes de empresas. Pues estas últimas sí podrían estar interesadas en poner de relieve los problemas que presenta el caso para el sector en general y no ya para ciertas empresas particulares. En este segundo caso, el objeto del *amicus* sí se vería cumplido al enriquecer epistémicamente el debate judicial ampliando las voces en una causa de interés público. Pero aún más importante, cuando la Corte exige la imparcialidad como requisito para los presentantes pareciera que esto implica que éstos nunca pueden favorecer alguna de las posiciones defendidas por las partes. Si éste es el sentido de las palabras de los magistrados para definir “imparcialidad”, entonces “Juplart” representa un retroceso en materia de admisibilidad del *amicus*. Pues es sumamente plausible que si entendemos a la práctica jurídica como una tarea eminentemente argumentativa, toda razón que se induzca para que el magistrado decida de una u otra manera está revestida de un “interés”. Si la imparcialidad implica desconocer o –peor aún– exigir que esto no exista, resultaría desconocer una de las características mismas de la práctica argumentativa e interpretativa. Por último, la acordada en su art. 2º exige, por un lado, una reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el caso, y, por otro lado, fundar un interés para participar en él. En cuanto a la primera exigencia, creo que ésta da buenas razones para presuponer que un *amicus* goza de un genuino interés de defensa de la cosa pública. Y en cuanto a la segunda exigencia, la propia Corte presupone un interés de quien se presenta y, con éste, la intencionalidad de influir en la decisión final que recae en manos de los magistrados. De allí que aquello que aparece como un requisito para la procedencia del *amicus* no podría entenderse como un impedimento para el mismo.

Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires". La misma prevé, en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad, la posibilidad de presentarse como "asistente oficioso". Así, el art. 22 de la citada ley marca que "Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia. En la presentación deberá constituir domicilio en la jurisdicción. Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. El/la juez/a de trámite agrega la presentación del asistente oficioso al expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia.

"El asistente oficioso no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tienen ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales.

"Todas las resoluciones del tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso. Agregada la presentación, el Tribunal Superior, si lo considera pertinente, puede citar al asistente oficioso a fin de que exponga su opinión en el acto de la audiencia, en forma previa a los alegatos de las partes".

En segundo lugar, y más recientemente, la Cámara Nacional Electoral dictó la acordada 85/2007 mediante la cual, en la misma línea que la Corte Suprema, reguló la presentación en su propia sede del *amicus curiae*. Para hacerlo, sostuvo que la Constitución Nacional reconoce una serie de derechos políticos respecto de los cuales la Cámara, como autoridad suprema, resulta garante para con los ciudadanos<sup>45</sup>. Asimismo, sostuvo que muchos de sus pronunciamientos "exceden el interés de las partes y proyectan sus efectos sobre el sistema electoral y de partidos, e incluso sobre las instituciones democráticas de la República"<sup>46</sup>; y que instituciones como el *amicus* resultan instrumentos idóneos mediante los cuales la sociedad civil puede participar en la administración de justicia de los mismos, fortaleciendo sus decisiones<sup>47</sup>.

Por último, en las Cámaras de Diputados y de Senadores de la Nación existen, actualmente, varios proyectos de ley con estado parlamentario que regulan este instituto<sup>48</sup>. De éstos, dos han sido tratados conjunta-

<sup>45</sup> Conf. consid. 1° y 2°.

<sup>46</sup> Conf. consid. 3° y 4°.

<sup>47</sup> Conf. consid. 5°.

<sup>48</sup> En la Cámara de Diputados figuran los siguientes expedientes: 1144-D-2006, cuyo autor es el diputado Varossi; 1801-D-2006, de la diputada Rodríguez; 4524-D-2006,

mente y aprobados recibiendo media sanción de la Cámara de Diputados el 11 de abril de 2007. Estos proyectos son los presentados por los diputados Jorge Vanossi y Marcela Rodríguez –1144-D-2006 y 1801-D-2006, respectivamente–. Respecto de la regulación, la propuesta consensuada por la Cámara de Diputados<sup>49</sup> expresa, en el art. 1º, que “Cualquier persona física o jurídica de derecho público o privado puede presentarse, en calidad de asistente oficioso, en toda causa judicial de interés público, que constituya una cuestión institucional relevante, y/o en la que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva. Su participación se limitará a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. La presentación puede realizarse en cualquier instancia judicial con anterioridad al auto del juez que ordena la presentación de alegatos, si correspondiere, o al pase de las actuaciones a sentencia”. Además, las opiniones vertidas en el *amicus* tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tienen efecto vinculante para los magistrados<sup>50</sup> y el presentante no es parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que les corresponden a éstas. Por último, cabe remarcar que, según los arts. 6º y 7º de dicho texto, en caso de acreditarse fehacientemente que la presentación del *amicus* tiende a obstaculizar la marcha normal del proceso judicial, el juez puede ordenar el desglose del mismo<sup>51</sup>, e incluso el juez puede declarar maliciosa o temeraria la conducta asumida en su presentación por el *amicus* e imponerle una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia<sup>52</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión, creemos que de los argumentos doctrinarios y de la tendencia jurisprudencial esbozada surgen elementos de juicio suficientes para la admisión de la figura del *amicus curiae*, aun sin normativa legal específica que la regule. Como hemos dicho, el instituto tiende a hacer

---

de la diputada Canela, y 7194-D-2006, cuyos autores son los diputados Binzer, Di Pollina y otros. Y en la Cámara de Senadores se encuentra el expte. 0388-S-2007, cuyo autor es el senador Salvatori.

<sup>49</sup> Este texto puede observarse en <http://www.l.hcdn.gov.ar/dependencias/secretaria/Periodo2007/PDF2007/SANCIONES/1144-D-2006.pdf>.

<sup>50</sup> Conf. art. 2º del texto.

<sup>51</sup> Conf. art. 6º del texto.

<sup>52</sup> Conf. art. 7º del texto.

transparente el debate público y la toma de posición ante asuntos que, al ser tratados por los tribunales, tienen una trascendencia social que va más allá de las particularidades del caso. La mayor participación ciudadana en la administración de justicia es un valor que resulta difícil despreciar, especialmente durante periodos en los que la imagen pública del Poder Judicial no es la ideal. El futuro de la figura depende entonces de la actividad de las organizaciones no gubernamentales que promuevan temas de interés ciudadano, y de la comprensión de los magistrados acerca de las ventajas de su adopción.

The

second

chapter

of the

book

is

concerned

with

the

history

of

the

city

of

London

and

its

growth

and

development

over

the

centuries

and

the

role

of

the

river

in

its

history

and

the

importance

of

the

## CAPÍTULO XV

### ¿CUÁNDO EXISTE UNA "CUESTIÓN FEDERAL"? A PROPÓSITO DEL CASO "HÁBEAS CORPUS A FAVOR DE HERNÁNDEZ, AUGUSTO"

Por HERNÁN GULLCO

#### I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que el sistema constitucional argentino posee dos características fundamentales: en primer lugar, todas las normas y actos de los poderes públicos deben ajustarse a los derechos y las garantías previstos en la Constitución Nacional. Es decir, el hecho de que una determinada medida de gobierno haya sido aprobada por una mayoría de la población (directamente o a través del voto de los representantes elegidos por el pueblo) carece de legitimación si aquella desconoce esos derechos y garantías.

Ello fue claramente señalado por la Corte Suprema estadounidense en una célebre decisión que reconoció el derecho de unos alumnos, que pertenecían a una minoría religiosa, a negarse a prestar el juramento a la bandera en razón de sus convicciones religiosas:

"El objetivo mismo de la Declaración de Derechos y Garantías fue el de retirar ciertas cuestiones de las vicisitudes de la controversia política, de colocarlas fuera del alcance de las mayorías y de los funcionarios y de establecerlas como principios legales que deben ser aplicados por los tribunales. El derecho de una persona a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión, a la libertad de prensa, a la libertad de creencia y de reunión, y de otros derechos fundamentales, no pueden ser sometidos a votación popular; no dependen del resultado de las elecciones" ("West Virginia State Board of Education v. Barnette", 319 *US* 624-1943).

Es por eso que la Constitución Nacional ha previsto la existencia de un Poder Judicial independiente, el cual tiene la obligación de declarar la invalidez de toda norma o acto de los poderes públicos que sean contrarios a los citados derechos. Este principio fue establecido, por primera vez, en la conocida decisión de la Corte estadounidense en el caso "Marbury v. Madison" (1803), fue receptado por la Corte argentina en el caso "Municipalidad de la Capital v. Elortondo", de 1888<sup>1</sup> y ha sido mantenido a través del tiempo hasta la actualidad<sup>2</sup>.

En la cima del sistema judicial argentino se encuentra la Corte Suprema de la Nación, que es la que tiene la última palabra acerca de la compatibilidad de las normas y los actos de los gobiernos federal y local con la Constitución Nacional.

La forma más común a través de la cual la Corte Suprema ejerce ese control de constitucionalidad es el *recurso extraordinario federal*, regulado en el art. 14 de la ley 48, de 1863<sup>3</sup>.

Otro aspecto central del sistema constitucional argentino es el *federalismo*, que supone la existencia de gobiernos locales, que coexisten con el nacional, y que poseen importantes ámbitos de poder. Tal como lo explicó la Corte Suprema en el caso "Bruno"<sup>4</sup>:

"El art. 5º de la Constitución Nacional declara la unidad de los argentinos en torno del ideal republicano. Pero se trata de una unidad particular. Es la unidad en la diversidad. Diversidad proveniente, precisamente,

<sup>1</sup> Fallos 33:162.

<sup>2</sup> Ver, en tal sentido, el caso "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual", sentencia del 21/11/2006, LL del 4/12/2006

<sup>3</sup> Art. 14: "Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

"1º) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley de Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

"2º) Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

"3º) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un tratado o ley del Congreso o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".

<sup>4</sup> Fallos 311:460.

del ideal federalista abrazado con parejo fervor que el republicano. El federalismo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia; empero, dicha identidad no encuentra su campo de realización solamente dentro del ámbito comprendido por los poderes no delegados al gobierno federal (arts. 104 [actual art. 121] y conec., CN), sino también en el de la adecuación de sus instituciones a los requerimientos del art. 5° citado.

"Esto último, asimismo, configura una fuente de vitalidad para la República, en la medida en que posibilita una pluralidad de ensayos y búsquedas por las diferentes provincias de caminos propios para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales. Por lo demás, si la Constitución Nacional, para la época de su dictado, fue establecida como causa ejemplar de las instituciones locales, los posteriores desarrollos del constitucionalismo provincial configuran una rica fuente para el desarrollo y progreso aun de las instituciones nacionales. No entraña la diversidad enunciada ninguna fuerza disgregadora, sino una suerte de fructífera dialéctica, enmarcada siempre por la ley cimera de la Nación" (Fallos 311:460, consid. 19).

La coexistencia de los dos principios reseñados (la obligación de la Corte Suprema de velar por el respeto de los derechos constitucionales, por un lado, y la existencia de un sistema federal, por el otro) no está libre de conflictos. Ello es así porque, en muchos casos, los gobiernos locales pueden considerar que, en el ejercicio de su control de constitucionalidad, la Corte Suprema ha invadido la esfera de sus legítimas atribuciones.

La forma como la Constitución Nacional y el legislador han intentado evitar dicha invasión de las facultades locales de gobierno, preservando al mismo tiempo el control de constitucionalidad, será examinada en el punto siguiente de este trabajo.

## II. EL LÍMITE A LAS FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Tanto la Constitución Nacional como la ley 48 limitan en principio, la jurisdicción de la Corte Suprema en cuanto al examen de cuestiones *federales*, es decir, de cuestiones vinculadas con la interpretación de los artículos de la Constitución Nacional y de las leyes *federales*, excluyéndose así de su competencia la interpretación de leyes de derecho *común* (por ejemplo, los Códigos mencionados en el art. 75, inc.12, CN) y de normas *locales*.

Esta limitación al alcance de la jurisdicción de la Corte Suprema aparece claramente señalada en la siguiente opinión judicial que, si bien fue dictada en disidencia, expresa la jurisprudencia tradicional de ese tribunal sobre dicha cuestión: "[...] desde los inicios de su funcionamiento esta Corte ha resuelto que '[...] la jurisdicción nacional es incompetente para juzgar de la validez de las leyes provinciales, y de los actos y procedimientos de los funcionarios encargados de su cumplimiento, a menos que una disposición constitucional expresamente autorice el conocimiento, o se trate de una violación de los preceptos de este Código, o de las leyes y tratados públicos sancionados por el Congreso Nacional [...]' (caso 'Resoagli', Fallos 7:373, consid. 3º, del 31/7/1869). Por tal razón el tribunal tiene dicho que no constituyen fundamento apto para habilitar la instancia extraordinaria '[...] la interpretación y aplicación que los tribunales de provincia hagan de sus Constituciones respectivas, ni menos de la discreción con que hubiesen obrado sus poderes en el ejercicio de sus atribuciones, porque las provincias se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas sin intervención del gobierno federal (art. 105, CN) [actual art. 122], y, porque, en consonancia con esa disposición, así resulta establecido por el citado art. 14 de la ley 48 [...]' (caso 'Gibbs', Fallos 93:219, 224, del 5/12/1901).

"Por estos motivos no es misión de esta Corte federal revisar cómo los magistrados de las provincias interpretan las normas locales (Fallos 104:429; 110:131; 111:24; 131:196; 145:174; 177:199; 189:414; 194:56 y 85, entre muchos otros). Es ello, cabe recordarlo nuevamente, una consecuencia de la autonomía provincial fundada en los arts. 104 a 108, CN [actualmente, arts. 121 a 128] (Fallos 166:356, 363; 167:63, 68; 184:72, 90; 194:18, p. 23, sus citas y otros).

"De ahí que haya sido reiteradamente expresado que, incluso de formularse una cuestión federal relativa a la validez constitucional de disposiciones locales, la Corte debe proceder 'tomando como punto de partida la interpretación que se les dé por las respectivas autoridades judiciales..., sin que con motivo del recurso extraordinario deba irse más lejos, entrando en el examen de si una ley que se aplica en sentencias... ha sido bien o mal interpretada..., pues de lo contrario se procedería del mismo modo que en las apelaciones ordinarias y la jurisdicción federal sería mucho más amplia' de la que pueda establecerse a partir de los arts. 67 -incs. 11 y 27-, 100, 101 y 105 de la Ley Fundamental (Fallos 117:7, del 17/5/1913) [actualmente, arts. 75, incs. 12 y 30; 116; 117 y 122].

"6. Que la jurisprudencia reseñada en el considerando anterior -que constituye uno de los principios fundamentales del sistema constitucio-

nal argentino— sólo admite excepción ante la eventual existencia de arbitrariedad. Sin embargo, aun desde esta óptica, el criterio que ha de presidir la actividad de esta Corte Suprema debe ser todavía más fuertemente restrictivo que el que resulta de la clásica doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

"Esto es así pues la cuestión debatida en autos compromete muy significativamente el orden de los gobiernos de las provincias que, según el art. 105 de la Ley Fundamental [art. 122], 'se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas'. Luego, un inexcusable respeto a los principios del régimen federal establecido por la Constitución Nacional, y al consiguiente deslinde entre las esferas de los gobiernos federal y de las provincias, determina que la Corte, como órgano constituido del primero de éstos, deba ser especialmente cautelosa en cuanto a su intervención en supuestos que, como el *sub examine*, interesan a tan fundamentales aspectos de la organización política de la Nación" (voto en disidencia del juez Petracchi en el caso "ATE San Juan", Fallos 317:874, consid. 5°).

Esto significa que, más allá del supuesto excepcional de la arbitrariedad, la Corte Suprema de la Nación no está facultada para revisar la interpretación efectuada por las supremas cortes locales de las Constituciones y leyes locales. Este principio nos lleva a determinar, a su vez, bajo qué condiciones puede considerarse que una decisión de un tribunal local posee efectivamente fundamentos de derecho *no federal*, de forma tal que no puedan ser revisados por la Corte Suprema de la Nación.

Es esta cuestión la que analizaremos en el siguiente punto.

### III. EL DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL EN EL CASO "HÁBEAS CORPUS A FAVOR DE HERNÁNDEZ, AUGUSTO"

El caso citado, resuelto por la Corte Suprema de la Nación el 7 de agosto de 2007<sup>3</sup>, es un excelente ejemplo de las dificultades que a veces se producen cuando se intenta distinguir entre cuestiones "federales" y "locales".

Los antecedentes del caso aparecen reseñados en el dictamen de la procuradora fiscal emitido en dicha causa: "[...] la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza hizo lugar al hábeas corpus que dedujo el doctor Augusto Hernández y, en consecuencia, dejó sin efecto la san-

<sup>3</sup> Publicado en Lexis Online.

ción de dos días de arresto domiciliario que le había impuesto la Cámara de Diputados provincial.

"Tras relatar los antecedentes de la causa, el *a quo* entendió que, aun cuando el procedimiento que concluyó con aquella sanción se ajustó a derecho desde el punto de vista formal, aquélla resultó irrazonable y al aplicarla la Legislatura excedió las facultades que le otorga el art. 97 de la Constitución local.

"En tal sentido, recordó que tanto los antecedentes extranjeros como la doctrina nacional reconocen a los cuerpos legislativos facultades, derechos e inmunidades para asegurar su funcionamiento independiente en el desempeño de su misión constitucional y que incluso V.E. se ocupó del tema en el precedente 'Peláez' (Fallos 318:1967). Desde esta perspectiva, juzgó que cuando el art. 97 del texto constitucional local autoriza a imponer sanciones lo hace para facilitar, asegurar y preservar la propia y específica labor parlamentaria.

"Bajo tales pautas, consideró que los dichos vertidos por el actor en los medios periodísticos que identificó y evaluó no importaron una obstrucción directa a la tarea parlamentaria, ni una ofensa de entidad tal que entorpezca la seguridad o independencia del legislador o el desenvolvimiento regular de la cámara respectiva. Por ello, concluyó que no estaba justificado el uso de las facultades disciplinarias excepcionales que surgen del citado precepto constitucional, porque éste protege a todo el cuerpo y no a algunos legisladores, y en el *sub lite* no se involucró a la Cámara sino a algunos miembros, los que, por otra parte, estaban habilitados para accionar judicialmente en la medida en que se sintieran afectados por las expresiones del actor".

En el dictamen mencionado, también se resumieron los agravios formulados en el recurso extraordinario federal que había sido interpuesto por la Cámara de Diputados provincial contra el pronunciamiento de la Suprema Corte local. Así, el órgano legislativo había sostenido que ese tribunal había obrado "[...] con arbitrariedad sorpresiva al apartarse de las normas que rigen la litis y que ello lo condujo a dictar una sentencia notoriamente injusta, que menoscaba los privilegios y prerrogativas que confiere el art. 97 de la Constitución provincial<sup>6</sup> a las cámaras legislativas y que no se ajusta a los requisitos que exige el art. 3º, inc. 1º, de la

<sup>6</sup> Art. 97 de la Constitución de Mendoza: "Cada cámara tendrá jurisdicción para corregir con arresto que no pase de un mes, a toda persona de fuera de su seno, que viole sus prerrogativas o privilegios, pudiendo, cuando el caso fuere grave pedir su enjuiciamiento a los tribunales ordinarios".

ley 23.098<sup>7</sup> para admitir la acción de hábeas corpus. Todo ello, también afirma, constituye una violación constitucional explícita.

"Critica la sentencia porque si acepta que se cumplió el procedimiento para sancionar, entonces quiere decir que esa medida fue impuesta por autoridad competente y, por lo tanto, no corresponde admitir esta acción.

"Por lo demás, alega que el cuerpo legislativo —al adoptar por mayoría la decisión que el *a quo* invalidó— tuvo especialmente en cuenta las consecuencias que derivan de las cuestiones de privilegio y, por ello, sólo aplicó dos días de arresto domiciliario. En este mismo orden de ideas, dice que, a diferencia de lo que entendió la Suprema Corte de Justicia provincial, las declaraciones del ciudadano Hernández en un periódico local efectivamente obstaculizaron el tratamiento en despacho del proyecto legislativo que se estaba discutiendo, por la violencia moral que aquéllas produjeron sobre la conciencia y la libertad de criterio de los legisladores. En tal sentido, siempre según este punto de vista, la sentencia es contradictoria, porque, por un lado, exige que la actividad parlamentaria se haya obstruido para que la sanción sea válida, pero, por el otro, no reconoce que ello sucedió con la conducta del actor" (dictamen citado).

En opinión de la procuradora fiscal, dichos agravios no eran idóneos para habilitar la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema de la Nación.

Así, en primer lugar, recordó la tradicional jurisprudencia de la Corte que ya aparece en el voto del juez Petracchi que se transcribió anteriormente: "[...] cabe recordar que, en principio, es ajeno a esta instancia el examen de decisiones que resuelven cuestiones regidas por el derecho público local, porque son privativas de los tribunales locales, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (doctrina de Fallos 305:112; 324:1721, 2672, entre otros), salvo, claro está, supuestos de arbitrariedad" (dictamen citado).

Fundada en esa doctrina, opinó que "[...] el recurso extraordinario interpuesto es formalmente inadmisibile, ya que por su intermedio la recurrente pretende que V.E. revise una sentencia de la Suprema Corte de Justicia provincial acerca de una materia que integra el derecho público local, cual es el contenido y alcances de los privilegios y las prerrogati-

<sup>7</sup> Art. 3° de la ley 23.098: "Procedencia. Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: 1. Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente [...]".

vas que el texto constitucional local confiere a las cámaras legislativas para asegurar su correcto funcionamiento, decisión que, siempre según mi opinión, fue adoptada con fundamentos suficientes para descartar la tacha de arbitrariedad invocada (doctrina de Fallos 306:614; 323:4205).

"En efecto, no se advierte que la sentencia apelada exhiba los reproches que la recurrente le atribuye, porque el *a quo* fundó su decisión en la evaluación que efectuó de las constancias de la causa para concluir que la conducta que la Cámara reprochó al actor no impedía el normal funcionamiento del órgano legislativo, aspecto que, por su naturaleza fáctica y procesal, está reservado a los jueces de la causa y, en principio, excluido de la revisión extraordinaria.

"Además, procede destacar que, para adoptar la decisión que aquí se pretende cuestionar, el máximo órgano judicial local interpretó los preceptos de la Constitución provincial, con apoyo tanto en opiniones doctrinales como en la jurisprudencia extranjera y de V.E. que estimó aplicables al caso y que, ciertamente, son atinentes al tema en debate. *En efecto, para resolver la causa sometida a su conocimiento, aquél expresamente invocó, analizó y extrajo directrices de los casos publicados en Fallos 318:1967 y 2348 y 319:1222, en los que la Corte Suprema, al examinar cuestiones similares a las que aquí se discuten, llegó a iguales conclusiones que las que expuso el a quo*" (dictamen citado; la cursiva ha sido agregada).

#### IV. ¿ES CORRECTO SOSTENER QUE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE MENDOZA POSEÍA FUNDAMENTOS SUFICIENTES DE DERECHO "LOCAL"?

Partiendo de la premisa de que el dictamen mencionado contiene una reseña adecuada de la decisión del tribunal provincial, corresponde preguntarse si es correcta la conclusión de la procuradora fiscal de que aquélla poseía fundamentos "suficientes" de derecho provincial. Es decir, ¿es correcto lo afirmado por la citada funcionaria al decir que el recurso extraordinario interpuesto por la Cámara de Diputados local se limitó a cuestionar la forma en que la Suprema Corte de Mendoza interpretó el art. 97 de la Constitución de esa provincia? Si ello fuese así, entonces sería correcta la conclusión de la procuradora, ya que la recurrente habría planteado una cuestión ajena al recurso extraordinario, dado que "[...] no constituyen fundamento apto para habilitar la instancia extraordinaria '[...] la interpretación y aplicación que los tribunales de provincia hagan de sus

Constituciones respectivas, ni menos de la discreción con que hubiesen obrado sus poderes en el ejercicio de sus atribuciones, porque las provincias se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas sin intervención del gobierno federal (art. 105 de la Constitución) [actual art. 122], y, porque, en consonancia con esa disposición, así resulta establecido por el citado art. 14 de la ley 48 [...] (caso 'Gibbs', Fallos 93:219, 224, del 5/12/1901)" (voto del Dr. Petracchi, cit.).

Sin embargo, la circunstancia de que el tribunal provincial haya invocado el citado art. 97 de la Constitución de Mendoza no es una razón suficiente para concluir que los fundamentos de su decisión son "provinciales" y, por tal razón, ajenos al recurso extraordinario federal.

En efecto, una decisión puede "aparentar" tener fundamentos "provinciales" cuando, en realidad, aquéllos son de naturaleza "federal".

Un ejemplo de ello lo encontramos en la decisión de la Suprema Corte estadounidense en el caso "Arizona v. Evans", resuelto el 1 de marzo de 1995 (514 US 1)<sup>8</sup>.

En esa oportunidad, la Suprema Corte de Arizona había anulado la condena del acusado Evans por el delito de tenencia de una bolsa de marihuana en razón de considerar que el registro de su vehículo (que había dado lugar al hallazgo del estupefaciente en cuestión) había sido contrario a su derecho constitucional a la inviolabilidad de sus efectos personales.

El fiscal interpuso un recurso ante la Corte Suprema federal contra esa decisión. Como cuestión preliminar, dicho tribunal tuvo que resolver si la decisión de la Corte de Arizona poseía argumentos "autónomos y suficientes" de derecho local de forma tal de impedir su revisión por parte del tribunal federal<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Para el presente trabajo, se utilizará la traducción parcial de este fallo, efectuada por el autor de este trabajo, que se encuentra publicada en *Nueva Doctrina Penal* 1996-A-345 y ss.

<sup>9</sup> Para que el recurso extraordinario sea formalmente admisible es necesario que la cuestión federal planteada en dicho recurso "tenga relación directa e inmediata con la materia del juicio" (art. 15, ley 48). Por lo tanto, no procederá el recurso cuando "[...] no obstante hallarse comprendida en el juicio una cuestión federal, aquél haya sido resuelto por fundamentos no federales suficientes para sustentar la sentencia apelada [...]" (YMAZ, E. - RIV, R., *El recurso extraordinario*, 3ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 185). El art. 15 de la ley 48 dice así: "Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescrito en él, de tal modo, que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa quedando entendido, que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieron de los Códigos Civil, Penal, Comercial y

La Corte Federal contestó negativamente esta pregunta:

"En el caso 'Michigan v. Long', 463 US 1032 (1983), adoptamos un estándar para determinar si una decisión de un tribunal estadual tenía fundamentos locales adecuados e independientes. Dijimos que cuando la decisión de un tribunal estadual parece estar fundada en gran parte en derecho federal o cuando está entrelazada con derecho federal y cuando la adecuación e independencia de cualquiera de los fundamentos locales no aparece de la sola lectura del fallo, aceptaremos —como la explicación más razonable— que el tribunal local decidió en la forma que lo hizo porque creyó que el derecho federal le exigía hacerlo... También concluimos que esta solución otorgaría a los jueces estaduais una oportunidad más clara para desarrollar una jurisprudencia local sin interferencia federal y que, al mismo tiempo, preservaría la integridad del derecho federal..." (caso "Arizona v. Evans", cit., ps. 347 y 348).

La aplicación de esta doctrina al caso llevó a la Corte estadounidense a concluir que la sentencia del tribunal de Arizona no poseía fundamentos locales "verdaderos" ya que, en realidad, había basado su decisión en su interpretación de la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal estadounidense<sup>10</sup>. La Corte estadounidense fundó esta decisión de la siguiente forma: "Así, la decisión de la Suprema Corte de Arizona de suprimir la prueba estuvo basada directamente en su interpretación del derecho federal. Tampoco realizó una declaración inequívoca de que sus referencias al derecho federal habían sido 'utilizadas únicamente como una guía y no eran consideradas vinculantes para el resultado a que se había llegado', 'Long', *supra*, p. 1041<sup>11</sup> [...]" (caso "Arizona v. Evans", cit., ps. 348 y 349).

---

de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser ley: del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inc. 11, art. 67 —hoy art 75, inc. 12— de la Constitución".

<sup>10</sup> La Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense es el equivalente de los arts. 18 de la Constitución Argentina y 11.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y está redactada en los siguientes términos: "El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas".

<sup>11</sup> "En el párrafo de 'Michigan v. Long' a que se hace referencia en el texto, la Corte señaló que 'Si un tribunal local decide basarse en precedentes federales únicamente por la misma razón que lo haría en precedentes de cualquier otra jurisdicción, entonces sólo debe dejarlo en claro mediante una declaración expresa en su fallo de que los

Queda entonces por preguntarse, a la luz de esta doctrina<sup>12</sup>, si la decisión de la Suprema Corte de Mendoza en el caso "Hernández" poseía, tal como lo sostuvo la procuradora fiscal en su dictamen, fundamentos "suficientes" de derecho no federal.

La parte de ese dictamen que parece central para responder a esta pregunta ya fue transcripta en el punto III de este comentario:

*"En efecto, para resolver la causa sometida a su conocimiento, aquél [el tribunal provincial] expresamente invocó, analizó y extrajo directrices de los casos publicados en Fallos 318:1967 y 2348 y 319:1222, en los que la Corte Suprema, al examinar cuestiones similares a las que aquí se discuten, llegó a iguales conclusiones que las que expuso el a quo"* (dictamen citado; la cursiva ha sido agregada).

Corresponde, por ello, examinar con cierto detalle los citados precedentes.

En el primero de dichos casos ("Pelaez"), la Corte Suprema de la Nación resolvió que era inválida la decisión del Senado de la Nación de ordenar el arresto domiciliario por cuarenta y ocho horas de un particular que había publicado una carta en un diario de la provincia de Río Negro, que el citado cuerpo legislativo había considerado que afectaba "el buen nombre y honor" de algunos de sus integrantes (fallo citado, consid. 1<sup>o</sup>). La Corte consideró, sobre la base de sus precedentes<sup>13</sup> y los de la Corte estadounidense, "[...] que el arresto impugnado carece de validez en razón de que la conducta reprochada es ajena al ámbito de la facultad implícita en la que pretende hallar sustento.

"Esto es así, pues los fundamentos de la resolución senatorial no expresan de ninguna manera cuál haya sido el entorpecimiento que irrogaron

---

casos federales están siendo utilizados únicamente con un propósito de guía y que ellos no se consideran vinculantes para el resultado a que se ha llegado".

<sup>12</sup> La doctrina de los casos "Michigan v. Long" y "Arizona v. Evans" puede ser defendida en razón de que "serviría para promover el federalismo porque incita a los Estados a desarrollar doctrinas independientes de derecho local, tal como se encuentran en las Constituciones locales [...]" (СЕМЕРЯКОВ, E., *Federal Jurisdiction*, 4<sup>o</sup> ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2003, p. 707). Pero existen especialistas en derecho constitucional que son muy críticos de esa doctrina ya que consideran que aquella supone una interferencia indebida de la Corte Suprema federal en la autonomía de los tribunales locales (p. 708).

<sup>13</sup> El origen de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre los alcances de las facultades de los cuerpos legislativos para arrestar a particulares por afectación del honor de los legisladores se encuentra en el caso "Lino de la Torre", resuelto el 21/8/1877 (Fallos 19:231), que fue citado en "Pelaez" (Fallos 318:1967).

a las labores del cuerpo, las publicaciones realizadas por el actor [...]” (caso “Pelaez”, cit., consid. 11).

En el siguiente precedente citado por la Suprema Corte de Mendoza (“Viaña”), se discutió la validez de la decisión de la Legislatura de la provincia de Tucumán que había sancionado a Pablo Roberto Calveti “[...] con tres días de arresto con régimen restringido de visitas, con sustento en las facultades reconocidas en el art. 61 de la Constitución de la Provincia de Tucumán” (caso cit., consid. 1°)<sup>14</sup>.

La mayoría de la Corte Suprema resolvió que “los conceptos vertidos por el ciudadano Calveti [...] no significan obstrucción directa a la tarea específica parlamentaria ni una ofensa de entidad tal que obstaculice la seguridad o independencia del legislador o el desenvolvimiento regular del cuerpo legislativo. En consecuencia, no se halla justificado el ejercicio de facultades disciplinarias excepcionales que comprometen gravemente el goce de derechos y garantías fundamentales que cuentan con protección constitucional y que han sido consagradas en un tratado internacional (arts. 14, 18 y 31, CN; art. 13, Pacto de San José de Costa Rica). Las consideraciones precedentes permiten afirmar que la orden de prisión emitida el 27 de abril de 1993 por la honorable Legislatura de la provincia de Tucumán [...] es constitucionalmente inválida” (fallo citado, consid. 13).

Finalmente, en el restante caso citado por la Suprema Corte de Mendoza (“Soaje Pinto”), la Corte Suprema de la Nación volvió a resolver que era inválida la orden de detención domiciliaria por setenta y dos horas dictada por el Senado de la Nación respecto de un periodista, en razón de que éste había afectado el honor de un senador mediante la publicación de un artículo en un medio de prensa. Para resolver así, la Corte se limitó a señalar que los fundamentos contenidos en la decisión del tribunal de la instancia anterior que había hecho lugar al hábeas corpus

<sup>14</sup> Art. 61 de la Constitución de Tucumán de 1990 (vigente al momento de los hechos): “La Legislatura tendrá autoridad para corregir con arresto que no pase de un mes a toda persona de fuera de su seno, por faltas de respeto o conducta desordenada o inconveniente en el recinto de las sesiones; a los que fuera de las sesiones ofendieron o amenazaren ofender a algún legislador en su persona o bienes por su proceder en la Legislatura, a los que atacaren o arrestaran a algún testigo citado ante ella o libertaran alguna persona arrestada por su orden, y a los que de cualquier manera impidieran el cumplimiento de las disposiciones que dictasen en su carácter jurisdiccional, pudiendo cuando a su juicio el caso fuere grave, y lo hallasen conveniente, ordenar el enjuiciamiento del infractor por los tribunales ordinarios. La resolución sancionatoria que dictaren será recurrible ante el Tribunal Constitucional”.

presentado por el periodista "[...] se adecuan a la doctrina asentada por esta Corte, en fecha reciente, *in re*, Fallos 318:1967 [caso 'Pelaez'] [...]" (consid. 3°).

La reseña efectuada de los casos invocados por la Suprema Corte provincial en el caso "Hernández" muestra claramente que en dos de ellos ("Pelaez" y "Soaje Pinto") se resolvieron cuestiones *regidas exclusivamente por la Constitución federal* ya que involucraban las facultades del Senado de la Nación para detener, sin intervención previa de un juez, a personas que supuestamente habían ofendido el honor del cuerpo legislativo o de sus integrantes.

Y, en cuanto al restante ("Viaña"), si bien se refería a las facultades de un cuerpo legislativo provincial, resulta claro, dado que la decisión de aquél se encontraba expresamente fundada en la Constitución provincial<sup>15</sup>, que la Corte Suprema de la Nación consideró —al menos implícitamente— que dicha norma provincial era incompatible con los derechos y garantías previstos en la Constitución *Nacional*, lo cual también suponía necesariamente la interpretación de esta última.

Tal conclusión aparece en forma expresa en el voto concurrente del juez Boggiano en "Viaña", al sostener que "[...] el art. 61 de la Constitución de Tucumán, tal como fue interpretado en éste por la Corte Suprema de Justicia de la provincia, *es inconstitucional*, pues no satisface el requisito de que sólo las ofensas que obstaculicen la tarea parlamentaria puedan dar lugar a la aplicación de una sanción por el órgano legislativo [...]" (voto cit., consid. 18; la cursiva ha sido agregada).

Todo ello nos permite concluir que no resulta convincente la afirmación contenida en el dictamen de la procuradora fiscal acerca del fundamento supuestamente "local" de la decisión de la Suprema Corte de Mendoza en nuestro caso. Por el contrario, la aplicación al caso de la doctrina de los casos "Michigan v. Long" y "Arizona v. Evans" debería llevar a sostener que la cita por parte del tribunal provincial de los precedentes de la Corte federal en los casos "Pelaez", "Viaña" y "Soaje Pinto" es una prueba concluyente de que los fundamentos "verdaderos" de la sentencia de la Corte de Mendoza eran de derecho federal y no, contrariamente a lo que sostuvo la procuradora, "[...] de una materia que integra el derecho público local, cual es el contenido y alcances de los privilegios y las prerrogativas que el texto constitucional local confiere a las cámaras le-

<sup>15</sup> Conf. art. 61 de la Constitución de Tucumán, transcrito en la nota 14 de este comentario.

gislativas para asegurar su correcto funcionamiento [...]” (dictamen cit.). Es decir, podría sostenerse que los planteos formulados en nuestro caso por la Cámara de Diputados en su recurso extraordinario eran idóneos para habilitar la instancia extraordinaria de la Corte Suprema ya que aquéllos habrían llevado a la Corte federal a examinar si la decisión del cuerpo legislativo de ordenar el arresto domiciliario del particular (la cual, a su vez, se fundaba en una disposición de la Constitución de Mendoza)<sup>16</sup> era compatible con los principios, derechos y garantías de la Constitución Nacional. Tal planteo suponía necesariamente el examen excluyente de las disposiciones de dicha Constitución por parte de la Corte federal y, por tal razón, encuadraba en el supuesto previsto en el art. 14, inc. 3º, de la ley 48<sup>17</sup>.

#### V. LA VERDADERA RAZÓN PARA DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO EN EL CASO “HERNÁNDEZ”

En su decisión del 7 de agosto de 2007, la mayoría de la Corte Suprema no siguió el criterio de la procuradora fiscal<sup>18</sup> ya que desestimó el recurso extraordinario de la Cámara de Diputados provincial con el solo fundamento del art. 280, CPCCN<sup>19</sup>.

Si bien sólo es posible adivinar –debido a la naturaleza completamente sumaria de la decisión de la Corte– cuál fue la circunstancia tenida en cuenta por aquélla para desestimar el recurso extraordinario en este caso, no sería aventurado sostener que aquí sería perfectamente aplicable el supuesto de “falta de trascendencia de la cuestión federal”, mencionada en el art. 280, CPCCN.

En efecto, es fácil afirmar (y ello aparece implícitamente mencionado en el dictamen de la procuradora) que no había en el caso razones institucionales fuertes para habilitar el recurso extraordinario federal con el objeto de revisar la decisión de la Suprema Corte de Mendoza que re-

<sup>16</sup> Conf. art. 97, transcrito en la nota 6 de este comentario.

<sup>17</sup> Ver nota 3 del presente comentario.

<sup>18</sup> Si lo hizo el juez Petracchi quien, en su voto concurrente, se remitió al citado dictamen para resolver que correspondía desestimar el recurso extraordinario.

<sup>19</sup> Art. 280: “Cuando la Corte conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

solvió a favor de la libertad individual sobre la base de una jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema de la Nación. En verdad, parece un caso ideal para que, con fundamento en el art. 280, este tribunal dejara firme la decisión de la justicia provincial sin ingresar al fondo del asunto. Muy distinta sería la situación si la justicia provincial hubiera *confirmado* la validez de la detención ordenada por el órgano legislativo: en tal caso, la Corte federal debería, sin duda alguna, habilitar su instancia extraordinaria, tal como ocurrió en los citados casos "Pelaez", "Viaña" y "Soaje Pintos".

## VI. CONCLUSIÓN

El examen del presente caso demuestra que la determinación de si existe o no una "cuestión federal" puede ser complicada en algunos supuestos. Es decir, no basta que un tribunal local afirme que su decisión tiene fundamentos locales; es necesario que la Corte Suprema (y también las partes) examine cuidadosamente si tales argumentos son, en verdad, de derecho local. La determinación de esa cuestión es decisiva en nuestro sistema constitucional ya que sirve para deslindar en forma adecuada las facultades de la Corte Suprema de la Nación y de los tribunales provinciales.

The first part of the report  
 describes the general situation  
 and the results of the  
 investigation. The second part  
 discusses the various factors  
 which have influenced the  
 results. The third part  
 contains the conclusions  
 and the recommendations  
 for further work.

The results of the investigation  
 show that the factors mentioned  
 above have a significant influence  
 on the results. It is therefore  
 recommended that further  
 investigations should be carried  
 out in order to determine the  
 exact influence of these factors.

# CONSEJO DE LA MAGISTRATURA, JUICIO POLÍTICO Y JUICIO POR JURADOS

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se ha producido un debate acerca de la forma de combatir la corrupción administrativa en la sociedad.

La ley actual establece un sistema de juicio político para los funcionarios públicos, pero este sistema ha sido criticado por su lentitud y por la falta de independencia del órgano que lo realiza. Se ha propuesto, como alternativa, el juicio por jurados, que permitiría un proceso más rápido y transparente de los casos de corrupción.

1997  
120  
120

1997  
120  
120



## CAPÍTULO XVI

### EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Por LAURA ROTH

#### I. INTRODUCCIÓN

En un pasado reciente, la ampliación de la Corte Suprema de Justicia dispuesta en 1990, sumada a la excesiva politización en la designación de magistrados por parte de los órganos políticos<sup>1</sup> y a denuncias de corrupción, acentuó las críticas por parte de la opinión pública hacia el sistema judicial y a su relación con el resto del sistema político y con la sociedad.

La politización del rol judicial no era una novedad en el país, ya que en la historia se pueden observar movimientos en la justicia de acuerdo con los vaivenes políticos<sup>2</sup>. Sin embargo, esta vez comenzó a escucharse en la opinión pública un reclamo más claro de que se independizaran los nombramientos de los magistrados de la excesiva influencia político-partidaria. El pedido encontró respuesta en la creación del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento: el primero de ellos con intervención directa en el nombramiento de magistrados y en el proceso de remoción de jueces (entre otras funciones) y el segundo como tribunal de las remociones. Ambas son instituciones novedosas y completamente ajenas en la tradición nacional. Estas reformas en la Argentina se enmarcan

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, VIANITSKY, H., *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires, 1993. Ver también SMLLOVITZ, C., "El Poder Judicial en la nueva democracia argentina. El trabajoso parto de un actor", *Agora. Cuaderno de Estudios Políticos*, Grupo Universitario de Estudios Políticos, Buenos Aires, 1995, nro. 2.

<sup>2</sup> SMLLOVITZ, C., "El Poder...", cit., ps. 4 a 8.

a su vez en una ola de reformas similares que tuvo lugar en la misma época en América latina<sup>3</sup>.

El Consejo de la Magistratura fue creado por la reforma constitucional de 1994, adaptando modelos de países europeos y contemplando antecedentes de la institución en algunas provincias argentinas<sup>4</sup>. Además de las funciones de nominación y remoción de magistrados, el artículo deparó al Consejo funciones de administración y reglamentación de la organización judicial, y la función disciplinaria sobre los magistrados. Para ello se crearon dentro del organismo cinco comisiones (que después fueron reducidas a cuatro): de acusación, de selección, de disciplina, de administración y de reglamentación. Todo ello implicó un recorte de atribuciones a los Poderes Ejecutivo y Legislativo y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, no obstante, mantuvo su carácter de tribunal supremo de la República en el orden jurisdiccional<sup>5</sup>. El nuevo organismo comenzó a funcionar en el año 1998 luego de ser reglamentado por ley el 30 de diciembre de 1997.

## II. EL SISTEMA DE JUSTICIA ARGENTINO

Es en el ámbito de Europa donde nace la institución del Consejo de la Magistratura. Se trata de un órgano de integración plural que surgió en Italia a principios del siglo XX, pero que se consolidó institucionalmente a partir del constitucionalismo de la posguerra como reacción a los abusos realizados por los autoritarismos europeos. Este órgano tiene como función asumir el autogobierno del Poder Judicial y fue adoptado también en Francia y en España.

La introducción de la institución en el contexto argentino generó, sobre todo en los primeros años luego de la reforma constitucional, una discusión en torno a su compatibilidad con el sistema judicial y de gobierno del país, ya que estos sistemas copiaron en su diseño elementos tanto de la tradición continental como de la anglosajona<sup>6</sup>. Se decía, por

<sup>3</sup> El Salvador, Panamá, Perú, Costa Rica, Colombia, Paraguay y Ecuador han realizado reformas constitucionales en los años noventa para incluir la institución del Consejo de la Magistratura.

<sup>4</sup> Algunas provincias son: Chaco, Chubut, Santiago del Estero, San Juan, Río Negro, San Luis, Tierra del Fuego y Formosa.

<sup>5</sup> GELLI, M., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 436.

<sup>6</sup> Algunos ejemplos de importación anglosajona son el presidencialismo, el Poder Judicial como uno de los tres poderes de Estado, la Constitución rígida, escrita y supre-

ejemplo, que una institución como el Consejo de la Magistratura era incompatible con la triple división de poderes y que debilitaría al Poder Judicial<sup>7</sup>. Otros manifestaban su preocupación por la superposición de funciones de órganos diferentes (el Consejo y la Corte Suprema)<sup>8</sup>. Hoy en día este tipo de opiniones sin demasiado fundamento se siguen escuchando en el ambiente del sistema de justicia y, lo que es más preocupante, en las instituciones universitarias.

Gil Lavedra, por el contrario, sostenía que "en los sistemas presidencialistas el principio es el de que la justicia es un poder autónomo e independiente. Por ello, la incorporación del Consejo de la Magistratura en un sistema presidencialista es funcional porque acentúa el carácter independiente, autónomo e incluso de autogobierno del Poder Judicial que son caracteres propios del Consejo. [...] El hecho histórico de que el Consejo de la Magistratura haya surgido en los sistemas parlamentarios no nos permite concluir, obviamente, que es inadmisibles o inconveniente su incorporación en otros sistemas de gobierno. El Consejo de la Magistratura reafirma uno de los pilares fundamentales de los sistemas presidencialistas como es el de la división e independencia de los tres poderes estatales"<sup>9</sup>, porque disminuye la influencia de los otros dos poderes en la selección y remoción de magistrados.

Es posible pensar que, dado que el sistema judicial argentino no se puede catalogar totalmente dentro de ninguna de las dos principales tradiciones, lo definitorio para evaluar si fue o no positiva la creación de la institución sería evaluar en los hechos cuáles fueron efectivamente los resultados en comparación con el sistema que existía en el pasado. Éstos dependerían en gran medida de la reglamentación que se diera a la institución y de los hombres que la pusieran en funcionamiento<sup>10</sup>.

---

ma, etc. Ejemplos de elementos tomados de la tradición continental son la codificación de las normas, en cierta medida la forma de interpretación de las leyes, etcétera.

<sup>7</sup> SPOTA, A., "El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional", LL 1995-D-1360.

<sup>8</sup> BILBA, R., "Debilidades y fortalezas de las leyes 24.937 y 24.939", *Jornadas Internacionales sobre el Consejo de la Magistratura*, Ministerio de Justicia, Buenos Aires, 1998, p. 102.

<sup>9</sup> GIL LAVEDRA, R., "La independencia del Poder Judicial y el Consejo de la Magistratura", en *Aportes para el Estado y la administración gubernamental*, t. 7, Asociación de Administradores Gubernamentales, Buenos Aires, 1996, p. 20.

<sup>10</sup> ORO, E., "El Consejo de la Magistratura y la independencia del Poder Judicial", *Jornadas Internacionales sobre el Consejo de la Magistratura*, Ministerio de Justicia, Buenos Aires, 1998, p. 67.

### III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LAS LEYES REGLAMENTARIAS

El "Núcleo de coincidencias básicas" para la Convención Constituyente de 1994 planteó como objetivo "generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado —Legislativo, Ejecutivo y Judicial— para lograr la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial"<sup>11</sup>. Como uno de los puntos, incluía la creación del Consejo de la Magistratura, que se justificó de la siguiente manera: "La sociedad argentina apetece mayor transparencia en el nombramiento de sus jueces, mayor eficiencia en la remoción de magistrados respecto de los cuales se acrediten actos de inconducta y mayor confiabilidad en la administración de la cosa judicial mientras los jueces desempeñan su función específica, que es la de resolver casos contenciosos. A estos objetivos apunta la importante reforma judicial que contiene el proyecto en consideración"<sup>12</sup>.

Ya había habido algunos proyectos similares en el pasado, que no prosperaron<sup>13</sup>, y la inclusión del Consejo en la agenda del Pacto de Olivos parece haber sido parte de un gesto casi heroico por parte de los dos partidos políticos principales en pos del mejoramiento de las instituciones del Estado, en particular, buscando dar al Poder Judicial el lugar independiente que le corresponde. Sin embargo, éste no fue el único objetivo de la reforma de 1994. Si bien la misma se justificaba en virtud de la vigencia de la Constitución Nacional del siglo pasado, se trató esencialmente de un acuerdo entre dos fuerzas políticas, donde el tema central fue la posibilidad de reelección presidencial, la cual se concedió a cambio de otras reformas: entre ellas, el Consejo de la Magistratura.

La reforma constitucional fue apresurada y esta circunstancia llevó a que se omitieran puntos fundamentales y se dejara al Congreso la facultad de concluir con el diseño del Consejo, cediendo a mayorías ocasionales la decisión sobre cuestiones cuya naturaleza exigía anclajes más poderosos<sup>14</sup>. "Tras las elecciones de mayo de 1995, donde el radicalismo pasó a ser la tercera fuerza en importancia cuantitativa del país, el espa-

<sup>11</sup> *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, ps. 2210-11.

<sup>12</sup> *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, p. 2209.

<sup>13</sup> 1957 (propuesta por el convencional Mercado en la Convención Constituyente), 1983 (proyectos de ley iniciados por J. C. Maqueda y J. R. Vanossi) y 1991 (decreto 1179). Para más información ver Otto, E., "El Consejo...", cit., p. 62.

<sup>14</sup> BELSA, R., "Debilidades...", cit., p. 7.

cio competitivo se hizo más extenso, el sistema incrementó su polarización y la competencia entre partidos expuso a las leyes de desarrollo constitucional a fuerzas centrifugas, prevaleciendo el desacuerdo"<sup>15</sup>.

De acuerdo con el texto constitucional, el nuevo Consejo de la Magistratura debía entrar en funciones a mediados de 1995<sup>16</sup>. Sin embargo, el Congreso Nacional se demoró en sancionar las leyes correspondientes, sin contar que luego faltaría todavía la reglamentación interna por parte del propio Consejo. La demora, según Finkel, se debió a que la institución quitaría poder al Ejecutivo al recortar su capacidad de nombrar jueces y "no se puede esperar que los partidos en el gobierno voluntariamente lleven adelante reformas que incrementen el potencial del Poder Judicial para limitar la autoridad del gobierno"<sup>17</sup>. La ley 24.937<sup>18</sup> se sancionó recién en 1997, cuando el peronismo perdió peso en el Congreso tras las elecciones legislativas y aumentaron sus chances de perder en las siguientes elecciones presidenciales (como efectivamente sucedió en 1999).

Pero la historia no termina aquí. En febrero de 2006 se sancionó la ley 26.080, que entró en vigor en 2007. Esta reforma fue impulsada por el Poder Ejecutivo con el argumento de que "hay que reformar el Consejo porque es lento, pesado y corporativo y no cambia las cosas en el Poder Judicial"<sup>19</sup>. Sin embargo, se hizo evidente ante la opinión pública que el objetivo era otro: aumentar la influencia en las decisiones que debe tomar la institución. El cambio principal se produjo en la composición del organismo, dando mayor influencia al partido de gobierno dentro del mismo y menos peso a las demás voces. La nueva ley fue aprobada en la Cámara de Diputados gracias a una ajustada mayoría oficialista<sup>20</sup> y algunos votos adicionales de partidos provinciales. Ninguno de los partidos que siguen al oficialismo en cantidad de bancas votó a favor de la nueva ley<sup>21</sup>, lo cual muestra que no existió un amplio consenso detrás del cambio. Este hecho resulta especialmente preocupante ante la importan-

<sup>15</sup> BIELSA, R., "Debilidades...", cit.

<sup>16</sup> La Convención Constituyente estableció que la ley que regularía el funcionamiento del Consejo debía dictarse a los trescientos sesenta días de aprobada la reforma constitucional.

<sup>17</sup> FINKEL, J., "Judicial Reform in Argentina in the 1990's: how Electoral Incentives shape Institutional Change", *Latin American Research Review*, vol. 39, nro. 3, 2003, p. 59.

<sup>18</sup> Reformada más tarde por las leyes 24.939, 25.669, 25.876 y 26.080.

<sup>19</sup> "Senado: avanza la polémica reforma de la Magistratura", *Clarín* del 20/12/2005.

<sup>20</sup> Ciento cuarenta y nueve votos afirmativos contra ochenta y nueve negativos. Votaciones nominales disponibles en internet: [www.diputados.gov.ar](http://www.diputados.gov.ar).

<sup>21</sup> Salvo un diputado radical de la provincia de Río Negro.

cia de las funciones que ejerce el organismo en el sistema democrático argentino.

#### IV. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL <sup>22</sup>

Antes de proseguir, es necesario señalar que existen al menos dos grandes tipos de factores que pueden influir en la independencia política de la función judicial: los que provienen de las normas y los que provienen de la dinámica real que se produce entre los jueces y los políticos: "los jueces tienen la autonomía que los políticos estén dispuestos a cederles" <sup>23</sup>. Así, puede suceder que dos países con instituciones similares tengan niveles de independencia judicial diferentes. Esto explica, por ejemplo, por qué aunque la Argentina tiene instituciones de justicia similares a las de los Estados Unidos, en nuestro caso la falta de independencia fue siempre un tema de preocupación, mientras que no lo fue en la misma medida en el país del norte.

<sup>22</sup> Cuando hablamos de que el Poder Judicial de un Estado debe ser independiente, nos referimos no a un objetivo en sí mismo, sino a un medio para un conjunto de fines como "permitir el imperio de la ley y su aplicación de manera imparcial a los casos concretos [...], la defensa de la Constitución [y] una mejor garantía de los derechos humanos" (BURCOS SILVA, G., "¿Qué se entiende por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales", disponible en internet: [www.itsa.org.co/IMG/pdf/burgos.pdf](http://www.itsa.org.co/IMG/pdf/burgos.pdf) [sitio visitado el 10/5/2006], ps. 13 y 14). Además, se ha sostenido que la independencia judicial contribuye al crecimiento económico de los países en desarrollo (FIELD, L. - VOIT, S., "Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators", *CESifo Working Paper*, nro. 906, abril de 2003). Este carácter instrumental de la independencia judicial permite diferenciarla del aislacionismo y el corporativismo.

La definición del concepto de independencia judicial tiene una connotación fundamentalmente negativa y se refiere a la ausencia de injerencias indebidas en la labor judicial por parte: a) de las instituciones de gobierno (a lo cual O. Fiss llama *political insularity*); b) de las partes de un proceso (*party detachment*); c) de unos jueces sobre otros (*individual autonomy*) (FISS, O., "The Right Degree of Independence", en STORSKY, I. [ed.], *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Westview Press, 1993, ps. 55 y 56), y por último d) de lo que Roberto Gargarella llama "clamor popular".

El aislamiento político del Poder Judicial es el que le permite actuar como contrapeso en el sistema de poderes del gobierno. Sin embargo, como explica O. Fiss, la situación es complicada cuando se trata de un régimen democrático: "la justicia independiente puede ser una amenaza para la democracia" (FISS, O., "The Right...", cit., ps. 55 y 56) si interfiere con las decisiones tomadas por los órganos democráticos, por lo que el objetivo debe ser optimizar y no siempre maximizar la independencia.

<sup>23</sup> BURCOS SILVA, G., "¿Qué se entiende...?", cit., p. 17.

Hasta 1994 existían en la Argentina varias normas que tenían como objetivo favorecer la independencia del Poder Judicial respecto del poder político, varias de las cuales siguen vigentes<sup>24</sup>. El texto constitucional de 1994 sustrajo, además, competencias a la Corte que en parte habían sido reconocidas por la Ley de Autarquía del Poder Judicial<sup>25</sup>, como la potestad disciplinaria.

En nuestro país se observa a lo largo de la historia una fuerte dependencia de la justicia respecto del gobierno, sobre todo del Poder Ejecutivo<sup>26</sup> y el partido político mayoritario. Esto hace pensar que, a pesar de las normas limitantes, la dinámica real tuvo un rol importante. Reiteradamente, quien estuvo a cargo del gobierno intentó —generalmente con éxito— nombrar a los jueces (sobre todo a los de la Corte Suprema) de acuerdo con su conveniencia<sup>27</sup>. A esto debe sumársele que no se trató en todos los casos de gobiernos democráticos, sino que los reiterados golpes de Estado también dejaron sus secuelas en el sistema judicial.

En los años noventa, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, los nombramientos, remociones y ascensos de los jueces, se habían transformado “en forma explícita, [en] parte de una estrategia de construcción de poder político de los partidos”<sup>28</sup>. La intención de la reforma constitucional fue, como ya se dijo, en parte, revertir esta situación.

El resultado de la reforma constitucional fue el siguiente: la Corte (elegida por el Ejecutivo con acuerdo del Senado) sigue siendo cabeza del Poder Judicial y se administra a sí misma. El Consejo de la Magistratura quedó situado por debajo del Supremo Tribunal y se encarga de la selección y acusación de los magistrados de niveles inferiores, permitiendo aumentar la independencia del Poder Judicial respecto de los demás poderes del Estado.

La reforma también sustrajo a la Corte las facultades de administración, disciplina y reglamento por sobre el resto de la judicatura, aumentando así la independencia de los magistrados respecto de quienes se

<sup>24</sup> Las garantías de inamovilidad de los jueces, la intangibilidad de sus remuneraciones y el art. 109, que especifica: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones jurisdiccionales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

<sup>25</sup> Ley 23.853.

<sup>26</sup> Para ver un recuento de los casos, ver GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 228.

<sup>27</sup> GARGARELLA, R., *La justicia...*, cit., ps. 229 y 230.

<sup>28</sup> SMILOVITZ, C., “El Poder...”, cit., p. 22.

encuentran por sobre ellos en la jerarquía del Poder Judicial<sup>29</sup>. Este cambio tuvo también como objetivo quitar a los jueces funciones que antes ejercían celosamente, interesándose solamente por los miembros del propio poder y no por la prestación de un mejor servicio de justicia a la ciudadanía<sup>30</sup>. Este corporativismo judicial es otro de los temas que en los años noventa sumó razones para la reforma<sup>31</sup>.

## V. EL CONSEJO

La creación del Consejo ha sido en algunos sentidos una buena noticia: como se podrá ver a continuación, dos de las principales virtudes que pueden destacarse son el pluralismo y la publicidad que caracterizan el diseño de la institución<sup>32</sup>.

### I. Pluralismo

La composición del Consejo que se resolvió como fruto de una intensa negociación, procurando supuestamente lograr el equilibrio expresado en el art. 114 de la Constitución, quedó plasmada en el art. 2º de la ley 24.937, reformada luego por la ley 24.939. Allí, el Congreso Nacional dispuso que el Consejo de la Magistratura esté integrado por veinte miembros: el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación; ocho legisladores, siendo cuatro por cada Cámara (dos por la mayoría, uno por la primera minoría y uno por la segunda minoría); cuatro representantes de los abogados de

<sup>29</sup> Lo que O. Fiss llama "autonomía individual".

<sup>30</sup> Es posible observar esto en que, por ejemplo, nunca se han modificado el régimen de ferias (los funcionarios judiciales son los empleados del Estado que más vacaciones poseen), los horarios del Poder Judicial (distintos de los de cualquier otra oficina pública o privada), la falta de eficiencia y tecnología a pesar del alto presupuesto del que dispone el sistema judicial, etcétera.

<sup>31</sup> Este tema se tocará sólo tangencialmente en este trabajo, ya que es en las comisiones de administración y reglamentación donde se puede ver más claramente. Pero, como también se observa parcialmente en las tres comisiones que se tratan aquí, se harán algunas referencias al mismo, ya que se relaciona con el tema de la independencia: el objetivo de la misma no es aislar al Poder Judicial y permitir que sea un organismo corporativo.

<sup>32</sup> Siempre teniendo en mente una comparación con el ejercicio de sus funciones en el pasado.

la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales matriculados; un representante del Poder Ejecutivo, y dos representantes del ámbito científico y académico.

En el pasado, cada uno de los poderes se encargaba de algunas de las funciones que ahora tiene el Consejo: el Poder Ejecutivo tenía la potestad de seleccionar a los jueces de la Nación; el Legislativo la de juzgar la conducta de los magistrados, y el Judicial la de sancionar las faltas disciplinarias<sup>33</sup>. Desde la existencia del Consejo los intereses de los tres poderes (representados por los consejeros) deben intentar conciliarse, contribuyendo a decisiones menos unilaterales que en el pasado. Esto puede ser visto como positivo si se valora el hecho de que la composición con representantes de diferentes sectores hace que la discusión que requieren los distintos procedimientos sea mayor que con el sistema anterior<sup>34</sup>. Al menos, las opiniones deben fundarse y no pueden ser consecuencia de decisiones basadas exclusivamente en la arbitrariedad.

Dos representantes académicos obtuvieron en principio también un lugar, con el objetivo de mejorar la calidad de las decisiones y, adicionalmente, la presencia de minorías (con un importante papel como oposición al gobierno) y abogados (que no pertenecen al grupo de los políticos ni al de la corporación judicial) hizo que el organismo aumente su visibilidad<sup>35</sup>. Como sostiene la consejera Marcela Rodríguez, contar con organismos plurales que representen a las minorías es importante para que por medio del control de la ciudadanía se evite que los representantes prioricen sus propios intereses por sobre la institución<sup>36</sup>. La mayor transparencia es entonces otra de las razones por las que puede considerarse positiva la nueva composición de la institución.

A estas observaciones cabe sumar el dato de que en la práctica las decisiones no fueron tomadas como bloque, sino que a veces las opiniones

<sup>33</sup> Además de las facultades de administrar los recursos financieros del Poder Judicial y dictar sus reglamentos internos.

<sup>34</sup> No se está pensando aquí en cuestiones como "si el Consejo debería tener o no representación de todos los sectores que forman parte del mismo", o "si es o no correcta la distribución de cargos entre los estamentos", etc. Lo que se hace aquí es comparar la forma en que las funciones se ejercían por parte de ciertos actores en el pasado y cómo son ejercidas en la actualidad con la intervención de más actores.

<sup>35</sup> Rodríguez, M., "Reforma del Consejo de la Magistratura: un nuevo intento para maniar la justicia", disponible en internet: [www.arl.org/consejo.pdf](http://www.arl.org/consejo.pdf) (sitio visitado el 20/3/2006), p. 19.

<sup>36</sup> Rodríguez, M., "Reforma...", cit.

se entrecruzan dividiendo a representantes del mismo sector<sup>37</sup>. Según los propios consejeros, las disputas no tuvieron siempre alineamientos estables: a veces se enfrentaron los partidos políticos, a veces los distintos estamentos y en otras ocasiones el debate se tinte de elementos ideológicos<sup>38</sup>.

La ley 26.080 de 2006 modificó la composición de la institución de la siguiente manera:

| <i>Ley 24.939</i>  | <i>Ley 26.080</i>  |
|--|--|
| Presidente de la Corte Suprema   | Se elimina   |
| Cuatro jueces  | Tres jueces  |
| Cuatro abogados  | Dos abogados   |
| Cuatro senadores:<br>dos para la mayoría,<br>uno para la primera minoría,<br>uno para la segunda minoría | Tres senadores:<br>dos para la mayoría,<br>uno para la primera minoría |
| Cuatro diputados:<br>dos para la mayoría,<br>uno para la primera minoría,<br>uno para la segunda minoría | Tres diputados:<br>dos para la mayoría,<br>uno para la primera minoría |
| Dos académicos   | Un académico   |
| Un representante del Poder Ejecutivo   | No se modifica   |

Se puede observar que la nueva ley ha disminuido la representación de las minorías, de los abogados y de los académicos. Los jueces han perdido uno de los cuatro consejeros que tenían en el pasado y al presidente de la Corte. El único sector que no ha perdido ni un solo lugar es el oficialismo, y ha pasado de tener un 25% de los lugares (cinco consejeros de veinte) a un 40% (cinco consejeros de trece). Si antes tenían capacidad de influir, ahora podrán vetar cualquier decisión que deba ser tomada por dos tercios de los votos.

No es difícil imaginar cuál ha sido la intención política detrás de estos cambios y se ha justificado la reforma con falsos argumentos acerca de

<sup>37</sup> Entrevista a Nicolás Dassen (junio de 2005), prosecretario letrado de la consejera por la Cámara de Diputados Marcela Rodríguez.

<sup>38</sup> "Un cuerpo politizado y lleno de matices", *La Nación* del 4/1/2005. Entrevistas a María Luisa Piqué, Mario Gershenobitz y Nicolás Deane.

problemas en el funcionamiento de la institución. Puede sostenerse, incluso, que la nueva composición viola el art. 114 de la Constitución Nacional, que indica la necesidad de un equilibrio entre los estamentos<sup>39</sup>.

Esta reforma ha disminuido la pluralidad en la conformación del organismo, lo cual, aunque no lleve a presumir que las decisiones serán malas de aquí en adelante, silenció algunas voces que hacían de la institución un espacio de discusión en el que las opiniones debían, al menos, fundarse debidamente. Por estas razones, entre otras, es que esta reforma recibió tantas críticas desde la opinión pública y especialmente desde las ONGs relacionadas con el sistema de justicia<sup>40</sup>.

## 2. Publicidad

Según la Ley del Consejo, los procedimientos que lleva adelante son públicos y ésta es una de las mayores virtudes de la institución<sup>41</sup>. Tanto el plenario como las comisiones tienen sus sesiones abiertas a la ciudadanía y cierta documentación también es accesible.

En el pasado los procedimientos de selección, acusación y disciplina de jueces no eran secretos porque alguna ley así lo dispusiera. Sin embargo, no había en la práctica difusión de estas actividades. El Poder Ejecutivo decidía los nombramientos sin consultar más que al Senado y se trataba de un mero trámite. El procedimiento de acusación se realizaba en el Congreso, pero no tiene demasiado sentido realizar una comparación, porque no hubo muchos casos en los que se acusara a jueces y la publicidad del procedimiento no tiene relevancia si se tiene en cuenta que lo complicado era en realidad iniciar el proceso de acusación. En cuanto a las sanciones disciplinarias si existe una gran diferencia, ya que antes era la Corte Suprema la que se encargaba de tomar las decisiones (delegaba la facultad en las Cámaras) y no se daba difusión de las decisiones. Ni siquiera los registros de las sanciones aplicadas antes de la creación del Consejo son públicos<sup>42</sup>. Ahora la Ley del Consejo dice explícitamente que estos procedimientos deben serlo.

<sup>39</sup> Pensando en el concepto de "equilibrio" como una composición tal que no permita a ningún grupo prevalecer sobre los demás.

<sup>40</sup> Poder Ciudadano, CELS, ADC, ACIJ, FORÉS, Human Rights Watch, Inecip, FARN, etcétera.

<sup>41</sup> GERSHONBITZ, M., "Control ético y disciplinario", disponible en internet: [www.opscf.org.ar](http://www.opscf.org.ar) (sitio visitado el 20/4/2006), p. 3.

<sup>42</sup> Como parte de la investigación intenté acceder a ellos y no fue posible.

La principal consecuencia, además de la posibilidad de seguimiento por parte de la sociedad, es que, al actuar, los integrantes de la institución deben tener en cuenta el hecho de que están siendo, o pueden ser, controlados por observadores externos.

### 3. Funciones

El Consejo tiene principalmente cinco funciones y para ejercerlas se encuentra dividido en comisiones. A su vez, existe un plenario, formado por todos los consejeros: es el órgano superior encargado de tomar las decisiones finales. Las funciones de selección, acusación y disciplina son las que más debate han generado, y las que más fuertemente han influido en los temas de independencia judicial, dejando a las de reglamentación y administración un papel secundario. A continuación se explicará el funcionamiento de todas ellas.

#### 3.1. Selección

La función principal de la comisión de selección de magistrados y escuela judicial<sup>43</sup> consiste en convocar a concursos públicos para cubrir las vacantes que se producen en los tribunales federales de la Nación (queda exceptuada la Corte Suprema de Justicia). Como resultado final del concurso, se configura una terna que es enviada al presidente de la Nación. El Poder Ejecutivo, a su vez, convoca a un proceso público y consultivo<sup>44</sup> para que la ciudadanía apoye o impugne las candidaturas, y luego selecciona uno de los tres candidatos remitiendo el pliego al Senado de la Nación para que preste su acuerdo.

Cabe recordar que antes de la reforma constitucional, el Poder Ejecutivo era quien elegía los jueces federales a su antojo, debiendo contar solamente con el acuerdo del Senado (lo cual, en general, no fue un impedimento para elegir magistrados), este criterio era puramente político.

En la actualidad los concursantes son evaluados de acuerdo con su desempeño en tres etapas: un examen de oposición corregido en condiciones de anonimato por un jurado, una revisión de sus antecedentes laborales y académicos, y una entrevista personal, primero con la comisión y luego con el plenario del Consejo. Desde la creación del Consejo hasta

<sup>43</sup> Las funciones y los procedimientos de la comisión se pueden ver detalladamente en la ley 25.669, modificatoria de la ley 24.937.

<sup>44</sup> Previsto en el decreto 588/2003.

finés de 2005, se elevaron doscientas cuarenta temas al Poder Ejecutivo<sup>45</sup> y si se compara el sistema actual con el anterior, es posible ver algunos avances.

En primer lugar, cabe valorar el hecho de que se ha establecido un mecanismo de concursos que hace al sistema más visible y plural que en el pasado. Minorías políticas, académicos, abogados y jueces tienen la posibilidad de participar en el proceso de selección que antes estaba en manos de una sola persona<sup>46</sup>. Por otra parte, también la ciudadanía, las ONGs, etc., pueden intervenir, haciendo el proceso más transparente. Además, cualquier persona puede intervenir en la etapa de impugnaciones, antes de que la terna pase al Poder Ejecutivo.

En las diferentes etapas del concurso hay elementos que es posible valorar positivamente. En el examen de oposición, los jurados son nombrados por sorteo de entre las listas que presentan los jueces y profesores universitarios<sup>47</sup>, por lo que no es posible conocer *a priori* quiénes corregirán las pruebas. La existencia de un examen ha contribuido a mejorar la calidad de los magistrados desde el punto de vista de los conocimientos básicos de la profesión y de su capacidad de ejercer la función judicial: se garantiza un nivel mínimo de idoneidad. A su vez, los exámenes son iguales para todos los postulantes al mismo cargo, y son corregidos en condiciones de anonimato. De esta manera, los jurados no tienen forma de saber a quién están evaluando y se garantiza la igualdad en el trato a los candidatos.

La segunda etapa es la que corresponde a la valuación de los antecedentes de los postulantes. Se logra, por este medio, que sean los jueces más experimentados quienes lleguen a ocupar las posiciones a las que aspiran. Este mecanismo fomenta además que los aspirantes a magistrados dediquen un mayor tiempo a la capacitación y a la realización de actividades (como la docencia, por ejemplo) que mejoran su curriculum. La comisión revisa la evaluación hecha por los jurados (distintos para cada concurso), con el fin de intentar garantizar un criterio homogéneo entre los diferentes concursos, procurando mayor igualdad.

<sup>45</sup> *Memoria Anual del Consejo de la Magistratura*, año 2005, p. 138.

<sup>46</sup> El presidente debía recibir el acuerdo del Senado en su decisión, pero en definitiva el candidato era elegido por él. El control del Senado era meramente formal. Ver Bóssner, M., "Reforma al Consejo de la Magistratura: un nuevo paso hacia la concentración de poder y un traspás para la garantía de los derechos individuales y colectivos", *Documento de Políticas Públicas*, CIPPEC, Buenos Aires, 2006, p. 3.

<sup>47</sup> Antes de la ley 26.080 también los abogados.

En cuanto a la entrevista personal ante el Consejo<sup>48</sup>, sirve como un último filtro por medio del cual se pueden descartar candidatos que, aunque con muy buenos antecedentes y un muy buen examen de oposición, puedan no satisfacer ciertos criterios que se consideran fundamentales para el ejercicio de la función judicial en un país democrático.

A los candidatos se les realiza también un examen psicotécnico que, aunque no tuvo carácter vinculante, sirvió en muchos casos para dar alerta a los consejeros de la existencia, entre los concursantes, de personas que no cumplen con los requisitos psicológicos mínimos que un juez debe reunir. En esos casos se ha abierto una discusión importante<sup>49</sup>.

A pesar de los aspectos positivos, es posible realizar algunas críticas a la comisión de selección. En primer lugar, hubo, por parte de los consejeros, casos de alteración arbitraria de los órdenes de mérito enviados al Poder Ejecutivo<sup>50</sup>. En segundo lugar, se podría argumentar que el lugar importante que se concede a la valoración de los antecedentes favorece a los candidatos de edad más avanzada, evitando que jueces jóvenes renueven el Poder Judicial. A su vez, generalmente se favorece a los hombres por sobre las mujeres, ya que ellas dedican un tiempo mayor a las labores domésticas y familiares y no a otras actividades<sup>51</sup>. Una crítica adicional, y quizás la más común, ha sido que el procedimiento de selección se ha transformado en uno demasiado largo, lo que hace que se demore demasiado tiempo en cubrir las vacantes. Esta circunstancia ha despertado un problema paralelo: el de los jueces subrogantes (que no atraviesan el proceso de selección ni son designados por el Poder Ejecutivo). Sin embargo, cabe realizar rápidamente dos aclaraciones. La primera es que el régimen de subrogancias existe desde antes de la reforma constitucional de 1994. La segunda es que —dejando de lado el hecho de que por la importancia que tiene la designación de un juez es lógico que el procedimiento lleve cierto tiempo— las demoras en las designaciones han sido principalmente responsabilidad del Poder Ejecutivo y no del Consejo<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Primero ante la comisión y luego ante el plenario.

<sup>49</sup> "Dos jueces en la mira de los psicólogos" y "Montanaro: me quieren hacer quedar como un loco", ambos en *La Nación* del 5/6/2005.

<sup>50</sup> Ver *Informe año 2005*, Poder Ciudadano, Buenos Aires, 2005, disponible en internet: [www.poderciudadano.org](http://www.poderciudadano.org) (sitio visitado el 20/3/2006), p. 10.

<sup>51</sup> Hasta fines del año 2004, de ciento treinta designaciones, solamente treinta y seis fueron mujeres (datos de elaboración propia sobre la base de la *Memoria Anual del Consejo de la Magistratura 2004*, ps. 283 a 292).

<sup>52</sup> Una explicación posible es que, acumulando temas, tiene la posibilidad de manipular el orden de los candidatos, si los mismos figuran en varios concursos a la vez

De todas formas, se puede afirmar que en general el ejercicio de las diferentes funciones de la comisión ha contribuido a aumentar la independencia del Poder Judicial respecto del poder político. Como se puede observar, el mecanismo de selección de jueces no ha tenido como objetivo desnaturalizar el sistema de designación de los mismos (naturaleza esencialmente política por el rol que cumplen en el sistema político argentino). Como sostiene O. Fiss: "no queremos aislar a la judicatura de las instituciones controladas popularmente, sino reconocer al mismo tiempo que deberían permanecer algunos elementos de control político"<sup>53</sup>. Lo que se buscó con el sistema es "un perfeccionamiento del [sistema] incorporando una instancia previa como una preselección de idoneidad de los magistrados"<sup>54</sup>.

Al menos formalmente, pero no sólo en este sentido, las nuevas normas pueden ser vistas como mejores que las que existían en el pasado. La opinión generalizada que se sostiene en el ámbito del Consejo es que esta comisión ha funcionado bien (mejorando desde su creación) y, entre todas, es la que mejor funciona<sup>55</sup>.

En el ámbito de esta comisión funciona también, desde 2002, la Escuela Judicial, que organiza y coordina una serie de cursos para la mayor capacitación de funcionarios judiciales y abogados, ante el problema de la pobre instrucción que reciben en las universidades en general<sup>56</sup>. No es de concurrencia obligatoria, pero es positivo que funcione y la asistencia a la misma cuenta como puntaje en la etapa de antecedentes del concurso. La concurrencia ha ido aumentando año tras año, habiendo sido en 2005 de dos mil ciento diez alumnos. Según las encuestas, el 97% de los asistentes a los cursos satisficieron sus expectativas con los mismos<sup>57</sup>.

---

(cómo sucede la mayoría de las veces) y enviar a algunos a juzgados menos importantes y a otros (sus candidatos de preferencia) a los juzgados claves: Cámaras Federales, justicia Contencioso Administrativa, justicia Correccional, etcétera.

<sup>53</sup> FISS, O., "The Right...", cit., p. 58 (traducción mía).

<sup>54</sup> MAQUEDA, J., "Fundamentos constitucionales del Consejo de la Magistratura", *Jornadas Internacionales sobre el Consejo de la Magistratura*, Ministerio de Justicia, Buenos Aires, 1998, p. 147.

<sup>55</sup> "La comisión de selección de jueces es la más eficaz", *La Nación* del 4/1/2005. Entrevista a Beinusz Szukler.

<sup>56</sup> MAQUEDA, J., "Fundamentos...", cit., p. 149.

<sup>57</sup> *Memoria Anual del Consejo de la Magistratura*, año 2005, ps. 171 a 172.

### 3.2. *Disciplina y acusación*

Las funciones de disciplina y acusación fueron ejercidas por dos comisiones diferentes hasta la sanción de la ley 26.080, que las unificó. Un comité de giro formado por los presidentes de ambas comisiones decidía cuál de ellas trataría cada denuncia y realizaría su posterior seguimiento<sup>58</sup>. A continuación se explicarán las dos funciones de manera separada y luego cuáles son las consecuencias de su reciente unificación.

Según la Ley del Consejo, la comisión de acusación tiene la función de proponer al plenario del Consejo la acusación de magistrados a los efectos de su remoción por mal desempeño, comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones, delitos comunes<sup>59</sup> o mala conducta<sup>60</sup>. Presentada la denuncia y formulada la acusación, la misma es votada por el plenario del Consejo, acto en el que se decide la suspensión del magistrado hasta tanto se resuelva su permanencia en el cargo, y se designan dos consejeros para actuar como fiscales acusadores ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Antes de la creación del Consejo, la función de acusación se llevaba a cabo por medio del juicio político (sistema que actualmente se mantiene sólo para la Corte Suprema) y, más allá de cuáles fueran las razones, en la práctica hubo muy pocos casos juzgados. Se trataba de un procedimiento bastante difícil de llevar adelante sin una verdadera voluntad política. La Cámara de Diputados debía aprobar un dictamen acusatorio con una mayoría de dos tercios. Luego el caso pasaba al Senado, donde se debía aprobar la destitución con los votos de dos tercios de los miembros.

La creación del Consejo de la Magistratura no ha satisfecho todas las expectativas en relación con la remoción de los magistrados, pero presenta algunas ventajas comparativas en relación con el régimen anterior ya que, al tratarse en la actualidad de un cuerpo con menos integrantes y al regirse el mismo por procedimientos diferentes de los del Congreso Nacional, el trámite es más simple. Antes, las acusaciones difícilmente avanzaban, debido a que el Poder Legislativo tenía una agenda compleja, además de que los procedimientos eran más engorrosos, y, sobre todo, existía un mayor espacio para la influencia de intereses políticos. En efecto, desde 1860 hasta noviembre de 1998 (ciento treinta y ocho años), fueron acusados solamente veintisiete jueces<sup>61</sup>. Desde la creación del Consejo en

<sup>58</sup> Res. 252/1999.

<sup>59</sup> Art. 53, CN.

<sup>60</sup> Art. 110, CN.

<sup>61</sup> KIPER, C. M., *Responsabilidad disciplinaria de los magistrados*, La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 121 a 124.

1998 hasta el año 2005 inclusive (siete años), veintisiete jueces tuvieron dictamen acusatorio de la comisión de acusación, dieciocho de los cuales fueron enviados al Jurado de Enjuiciamiento<sup>62</sup> por decisión del plenario del Consejo. El Jurado de Enjuiciamiento decidió la remoción de diez magistrados y la restitución de dos a sus cargos<sup>63</sup>.

Al igual que en el caso de la comisión de selección, uno de los mayores avances ha sido el de dar a las minorías una posibilidad real de participar. En la actualidad es más fácil llevar adelante acusaciones a magistrados que quizás quisieran ser injustamente protegidos por el gobierno. Sin embargo, la función de acusación ha tenido dos problemas principales. En primer lugar, como la decisión de acusar a los jueces se toma por votación, algunas veces magistrados a los que se les habían probado causales de remoción mantuvieron sus cargos gracias al voto de algunos consejeros, generalmente el oficialismo y los jueces<sup>64</sup>. En segundo lugar, muchos magistrados renunciaron antes de ser juzgados, y el Poder Ejecutivo aceptaba las renunciaciones, manteniendo así el derecho a la jubilación y otros beneficios.

En cuanto a la comisión de disciplina, ésta era la encargada de proponer al plenario del Consejo sanciones para los jueces por faltas que no revistieran una gravedad tal que justifique su remoción<sup>65</sup>.

Hasta la creación del Consejo, las facultades disciplinarias sobre los magistrados habían sido ejercidas por la Corte Suprema de Justicia, delegando la superintendencia disciplinaria en las Cámaras Nacionales de Apelaciones. La Ley del Consejo de la Magistratura dispuso que esa función pasaría a la comisión de disciplina, que las sanciones a los magistrados serían recurribles ante la Corte Suprema y que quedaría asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias.

Es posible ver como aspecto positivo de la creación de esta comisión (al menos formalmente) el hecho de que el desempeño de los jueces no es ahora posible de ser sancionado por otros magistrados que se encuentran por sobre ellos en la jerarquía del Poder Judicial. Esto contribuye a aumentar su independencia respecto de los jueces de instancias superiores (recordemos que es uno de los tipos de independencia que señala

<sup>62</sup> *Memoria Anual del Consejo de la Magistratura*, año 2005, p. 203.

<sup>63</sup> De los seis casos que faltan, tres se encuentran en tratamiento y tres jueces renunciaron antes de escuchar el fallo del jurado.

<sup>64</sup> Algunos ejemplos son el caso "Skidelsky" (res. 418/2004 y 419/2004), el caso "Torino" (res. 472/2004), el caso "Herrera" (res. 372/2004 y 373/2004), el caso "Casals" (res. 398/2005), el caso "Acosta" (res. 224/2005), el caso "Tazza" (dictamen 30/2004).

<sup>65</sup> Los motivos de sanción se encuentran previstos en el art. 14 de la ley 24.937.

O. Fiss). Las sanciones disciplinarias son ahora impuestas por un organismo independiente, aunque los jueces que forman parte del mismo siguen teniendo un peso importante en la decisión.

A pesar de las virtudes, esta comisión ha tenido un desempeño bastante negativo desde su creación. Hasta fines del año 2005, de las más de mil doscientas denuncias que ingresaron, hubo en promedio menos de una sanción por año y el resto de las denuncias se desestimó<sup>66</sup>. Resulta sorprendente que haya habido más magistrados destituidos que sancionados por el Consejo. Esto significa o que los jueces cometen más faltas graves que menores, o que la comisión de disciplina no estuvo realizando su labor correctamente. El ámbito para decidir sanciones disciplinarias existía, las denuncias también. Lo que no existió fue la voluntad de sancionar, sobre todo por parte de los jueces, que eran mayoría en la comisión y esto demuestra una actitud corporativa que es nociva para el correcto ejercicio de la función disciplinaria<sup>67</sup>. Los más perjudicados por estas circunstancias son los propios miembros del Poder Judicial<sup>68</sup>.

### 3.3. *Reglamentación*

La comisión auxiliar permanente de reglamentación y reforma judicial fue creada por res. 82/1999 del Plenario del Consejo con el fin de cumplir lo establecido por el inc. 6º del art. 114 de la Constitución Nacional, que establece como función de la institución "dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia".

Sus funciones son analizar los proyectos de reglamentos que le sean remitidos, elaborar proyectos propios, proponer modificaciones a las nor-

<sup>66</sup> Sin contar que las actividades de la comisión eran realizadas de forma secreta y también lo eran los expedientes, aunque la ley estableciera lo contrario.

<sup>67</sup> Entrevistas a Nicolás Deane (marzo 2006), secretario letrado del Dr. Petracchi, presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Magistratura; Claudio Gabot (abril de 2006), ex asesor de los consejeros Maqueda y Chaya y, al momento de la entrevista, asesor del consejero Nicolás Fernández; y María Luisa Piqué (abril de 2006), asesora de la consejera Marcela Rodríguez.

<sup>68</sup> Si no hay quien sancione a los jueces, el propio Poder se desprestigia. Además, puede darse la situación, como ha sucedido en el caso de la jueza Torres Nieto (res. 408/2001), que por la sumatoria de faltas menores no sancionadas se termine realizando una acusación que lleve a la destitución, sin que haya recibido sanciones disciplinarias anteriores.

mas reglamentarias vigentes y emitir dictámenes en los casos en que se planteen conflictos de interpretación de los reglamentos existentes.

En la práctica se trata de la comisión con menos protagonismo y tiene relativamente poco trabajo. En general los temas que se han tratado fueron asuntos menores y de poca importancia y que hacen a la rutina de los procedimientos del sistema de justicia. Los consejeros políticos no tienen un interés especial en este tipo de temas, por lo que dedican más tiempo a las funciones de selección, acusación y disciplina<sup>69</sup>. Además, aunque la Constitución de 1994 transfirió la función reglamentaria de la Corte al Consejo, ésta siguió dictando acordadas sobre cuestiones reglamentarias<sup>70</sup>.

En cuanto a la reforma judicial, al no haber coordinación con las comisiones del Poder Legislativo, las propuestas generalmente no avanzan. Por ejemplo, en abril de 2004 se presentó al Congreso un programa de reforma profunda del sistema judicial<sup>71</sup>. La mayor parte del mismo fue desechada<sup>72</sup> tras generar gran conmoción entre los empleados del Poder y tras aumentar el conflicto con la Corte.

Sin embargo, es positivo que exista este ámbito en el cual se puedan introducir proyectos de reforma.

### 3.4. Administración

La comisión tiene como competencia fiscalizar la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial<sup>73</sup>, realizar auditorías y efectuar el control de legalidad, informando periódicamente al plenario del Consejo del resultado de su gestión. Estas funciones eran ejercidas hasta la creación del Consejo por la Corte Suprema, lo que le distraía de su principal función de juzgar. Puede verse como algo positivo que la Corte

<sup>69</sup> Entrevista a Nicolás Deane.

<sup>70</sup> Por ejemplo, las contrataciones de los empleados del Poder Judicial, o la decisión de qué fueros se harían cargo de tratar los juicios del "corralito" ante la enorme cantidad de amparos presentados por las personas afectadas.

<sup>71</sup> El "Reglamento para la Justicia Nacional" vigente es una acordada de la Corte Suprema de 1952, además del decreto-ley 1285/1958. Ambas regulaciones se encontraban vigentes al mismo tiempo. Esto generaba incompatibilidades entre ambos tipos de norma, además de que muchas de las normas eran anticuadas.

<sup>72</sup> *La Nación* del 22/5/2005.

<sup>73</sup> Se trata de una burocracia relativamente autónoma que tiene como cabeza al administrador general del Poder Judicial. Sus funciones se pueden ver en los arts. 17 y 18 de la ley 24.937, actualizada por la ley 26.080.

Suprema no tenga que encargarse más de estas actividades, sino que pueda dedicarse con más atención a la enorme cantidad de casos que llegan a ella por año. Sin embargo, la Corte se ha negado a ceder estas atribuciones, lo cual llevó a situaciones de confrontación que, según algunos, se deben a que el Superior Tribunal se ha esforzado por mantener el *statu quo* en el funcionamiento del Poder Judicial<sup>74</sup>.

En la práctica, la comisión de administración y financiera realiza pocas actividades efectivamente. Generalmente actúa como órgano fiscalizador e interviene, por ejemplo, cuando un proveedor presenta un recurso por haber sido excluido en las compras que realiza el Poder Judicial. Adicionalmente, a primera vista no parece una buena idea encomendar a la comisión, órgano plural y no técnico, la función de efectuar auditorías de lo que hace el administrador general del Poder Judicial<sup>75</sup>. Sin embargo, la Constitución Nacional así lo dispuso y no existe otro cuerpo que realice el control.

La principal fortaleza señalada por la organización Poder Ciudadano en lo que respecta a la comisión de administración y financiera<sup>76</sup> es el carácter público de las reuniones, que permite a personas ajenas al Consejo presenciar los debates, punto que resulta relevante sobre todo cuando se tratan temas relacionados con el presupuesto del Poder Judicial.

Al igual que la comisión de reglamentación, la de administración trata temas que no son tan visibles políticamente ni tienen tanta presencia en los medios como los de las demás comisiones. Como consecuencia, los consejeros no dan tanta importancia a sus actividades (salvo los consejeros jueces). Sin embargo, en los últimos años hubo algunos temas por los que la comisión cobró interés en la opinión pública por diferentes razones<sup>77</sup>.

El principal problema que se puede destacar es que la comisión no tiene un plan ni un programa de cómo desea que sea administrado el Poder Judicial. Esto lleva a que las decisiones se tomen aisladamente, sin tener en cuenta ningún criterio general.

<sup>74</sup> Entrevista a Nicolás Deane.

<sup>75</sup> BIELSA, R., "Debilidades...", cit., p. 105.

<sup>76</sup> Ver "Informe sobre el monitoreo del Consejo de la Magistratura", disponible en internet: [www.poderciudadano.org](http://www.poderciudadano.org) (sitio visitado el 11/5/2007).

<sup>77</sup> Algunos ejemplos son el conflicto con la Corte Suprema por aumentos de sueldo, decreto 557/2005, publicidad de las declaraciones juradas patrimoniales de los jueces, auditorías externas a la administración por parte de la AGN, etcétera.

## VI. CONCLUSIÓN

El Consejo de la Magistratura ha generado, desde su creación, tanto adeptos como opositores. Creemos, sin embargo, que los avances que se pueden observar respecto de la forma en que sus funciones eran ejercidas en el pasado son claros, siendo el pluralismo y la publicidad dos de sus atributos principales.

En las diferentes comisiones también es posible observar claramente aspectos positivos. En primer lugar, y quizás como punto principal, el sistema de selección de magistrados es ahora uno que impone requisitos de idoneidad y experiencia a los candidatos, a la vez que los sitúa en una situación de igualdad ante el concurso. Al final del procedimiento, siguen siendo el Poder Ejecutivo y el Senado los que tienen la última palabra.

En cuanto al sistema de acusación, los resultados que se observan en la práctica hablan por sí solos: se ha diseñado un sistema que, aunque con algunos problemas persistentes, evita varios de los obstáculos que existían en el pasado a la hora de acusar a un magistrado que mereciera ser destituido.

En cuanto a las funciones de disciplina, administración y reglamentación, también es posible detectar elementos positivos, aunque existen algunas críticas que serían quizás buenos puntos de partida para la propuesta de reformas en el futuro.

Es necesario tener en cuenta, sin embargo, que sacar conclusiones puede ser todavía apresurado, si se tiene en cuenta que, precisamente en el momento en que la institución comenzaba a madurar y a encontrar su lugar en el sistema estatal (años 2004 y 2005), una reforma modificó varias de sus características, opacando, cuando no eliminando, varias de sus anteriores virtudes. Las intenciones políticas detrás de la reforma se hicieron evidentes para cualquiera que tuviera una mirada relativamente atenta y cierto respeto por las instituciones: se ha logrado, nuevamente, interferir en la independencia de la justicia, lo cual no hace más que traer a la memoria algunos recuerdos de abusos que se cometieron en el pasado.

Subject

in the

title

of the

work

is

the

same

as

the

one

in

the

title

of

the

work

is

the

same

as

the

one

in

the

title

of

the

work

is

the

same

as

the

one

in

the

title

of

the

work

is

the

same

as

## CAPÍTULO XVII

# EL JUICIO POLÍTICO EN ARGENTINA: SU FUNCIONAMIENTO FORMAL Y EN LA PRÁCTICA

Por NICOLÁS DASSEN<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

La institución del juicio político o *impeachment* se inscribe en la lógica de los frenos y contrapesos o controles mutuos en un sistema republicano y representativo de división de poderes. Provisoriamente, alcanza con saber que se trata de un mecanismo de control o *accountability* horizontal en manos de órganos políticos, que consiste en el sometimiento de un alto funcionario a un proceso cuyo objetivo principal es la remoción del cargo por un comportamiento que se considera reprochable o delictivo, en el marco del cual se le reconocen las garantías de defensa en juicio<sup>2</sup>.

Históricamente el juicio político ha estado en manos del Poder Legislativo para destituir al Poder Ejecutivo y sus ministros, y a los jueces de la Corte Suprema e inferiores de la Nación. Los magros resultados respecto de casos resonantes que hubieran ameritado la destitución confirman la subordinación o "correspondencia" histórica del Poder Judicial

<sup>1</sup> Adjunto regular de Derecho Constitucional (UBA). Agradezco a Lucas Arrimada y a Federico Orlando por sus comentarios y asistencia en la búsqueda de bibliografía para la elaboración de este artículo.

<sup>2</sup> Guillermo O'Donnell define los mecanismos de *accountability* horizontal como acciones emprendidas por una institución estatal con el propósito explícito de prevenir, cancelar, reparar y/o castigar acciones (o eventualmente inacciones) de otra institución estatal (o funcionario individual) que se presumen ilegales, tanto bajo los supuestos de trasgresión como de corrupción. Ver O'DONNELL, G., *Disonancias, críticas democráticas a la democracia*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007, p. 114.

a los poderes de turno, tanto en períodos democráticos como en los de facto<sup>3</sup>, provocando que en la reforma constitucional de 1994 se mantuviera el sistema originario para los altos funcionarios, pero que se traspasara la competencia de remover a los jueces inferiores de la Nación a un Consejo de la Magistratura de la Nación y a un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (arts. 114 y 115, CN).

Estos organismos vendrían a ser, en palabras de O'Donnell, agencias de *accountability horizontal* asignada, esto es, agencias especializadas en juicio político, permanentes, donde tengan más peso los criterios jurídicos que los políticos para decidir el apartamiento de un magistrado, y se respeten sus garantías del debido proceso en mayor medida que en el marco del proceso que se celebra ante el Poder Legislativo<sup>4</sup>. El desempeño de estos organismos en la Argentina, como veremos, estuvo lejos de responder a estas premisas que inspiraron la reforma constitucional en 1994.

Existen dos principios constitucionales que entran en conflicto cuando se encara el tema del juicio político. Por un lado, el necesario respeto por la independencia de los jueces por parte de los poderes políticos y, por el otro, que el sistema cuente con un mecanismo de rendición de cuentas que los haga responsables cuando no cumplen con los deberes del cargo<sup>5</sup>.

Encontrar un equilibrio entre estos dos principios es ciertamente lo ideal, pero el fiel de la balanza oscila entre un extremo y el otro, a veces inclinado hacia una férrea defensa de la inamovilidad de los jueces a pesar de haber incurrido en una causal de destitución –por ejemplo, por una devolución de favores por hechos del pasado–, y otras veces impulsando su apartamiento por causas políticas –por ejemplo, por no estar dispuesto a avalar la constitucionalidad de ciertas decisiones del gobierno–.

No se puede entender cómo funciona el juicio político con sólo conocer cómo se interpreta el marco normativo. En la práctica, se dan una serie de razones políticas y otras que rozan prácticas ilegales por parte de ciertos sectores que afectan el funcionamiento deseado de esta institución.

<sup>3</sup> GARGARELLA, R., "El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo: algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina", *Revista Sociedad*, vol. 6, Facultad de Ciencias Sociales UBA, 1995, ps. 76-19.

<sup>4</sup> O'DONNELL, G., *Disonancias...*, cit., p. 123.

<sup>5</sup> El principio de la independencia está muy bien definido por la Declaración Universal de la Independencia Judicial, art. 2:02 de la Declaración de Montreal (1983): "Los jueces individualmente deben ser libres, y será su deber decidir cuestiones que se presentan ante ellos en forma imparcial, de acuerdo con su verificación de los hechos y su entendimiento del derecho sin restricciones, influencias, inducciones, presiones, amenazas o interferencias, directas o indirectas, de cualquier parte o por cualquier razón".

El presente artículo tiene como objetivo principal describir el funcionamiento formal del juicio político, identificar ciertos problemas de ese funcionamiento, y mostrar cuáles son las prácticas políticas y los incentivos de los sectores político, judicial y en menor medida entre los abogados, para acusar –o no– a los funcionarios sujetos a juicio político.

Para ello, haré una breve historia del juicio político y una descripción de su funcionamiento formal en el ámbito del Congreso de la Nación y del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento nacional, incluyendo las causales de destitución y sus efectos. Enumeraré estadísticas de ambos sistemas, para luego ingresar en los incentivos que tienen políticos, jueces y abogados para votar, o no, una acusación contra un funcionario o magistrado, concluyendo que la *accountability* social, traducida en un mayor acceso a la información, sumado a una movilización de organismos no gubernamentales monitoreando de cerca estos procesos y difundiéndolos a través de la prensa, es una buena herramienta para elevar los costos si se decide proteger arbitrariamente a un funcionario<sup>6</sup>.

## II. ANTECEDENTES Y NATURALEZA JURÍDICA

1. Sus antecedentes se remontan al año 1376 cuando la Cámara de los Comunes de Gran Bretaña acusó, con el consentimiento tácito de un debilitado rey Eduardo III, ante la Cámara de los Lores, a *lord* Latimer y a un mercader londinense llamado Richard Lyons, una persona que, si bien no era funcionario, se lo enjuició por ser una persona poderosa, o un "favorito" del rey. La acusación contra ellos fue estar involucrados en actividades fraudulentas con dinero público, más precisamente, por prestar

<sup>6</sup> PERUZZOTTI, E. - SMULOVITZ, C. (eds.), *Controlando la política, ciudadanos y medios en las democracias latinoamericanas*, Temas, Buenos Aires, 2002. "Accountability social, la otra cara del control. La *accountability* social es un mecanismo de control vertical, no electoral, de las autoridades políticas basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos así como en acciones mediáticas. Las acciones de estos actores tienen por objeto monitorear el comportamiento de los funcionarios públicos, exponer y denunciar actos ilegales de los mismos, y activar la operación de agencias horizontales de control. La *accountability* social puede canalizarse tanto por vías institucionales y como no institucionales. Mientras que las acciones legales o los reclamos ante los organismos de supervisión son ejemplos de las primeras, las movilizaciones sociales y las denuncias mediáticas, orientadas usualmente a imponer sanciones simbólicas, son representativas de las segundas".

dinero a la corona británica a excesivas tasas de interés, y las penas impuestas incluyeron la prisión<sup>7</sup>.

La naturaleza jurídica de esta institución en sus orígenes en Inglaterra y Francia es judicial, mientras que en Estados Unidos y en la Argentina se la considera de naturaleza política. Alexis de Tocqueville señala que en Europa entendían que se trataba de un proceso judicial ya que las Cámaras de Representantes (o Comunes) y de Senadores (o Lores) cambiaban sus roles al de fiscal y juez, respectivamente, pudiendo probar todas las disposiciones del Código Penal y castigar con penas de muerte, prisión, multa, confiscación, o bien el destierro. Mientras, en América el objetivo central era el de privar de poder al funcionario removiéndolo del cargo e impidiéndole de ejercerlo en el futuro. Esto llevó al autor citado a afirmar que se trataba de una decisión más administrativa que judicial, si bien el proceso es similar a este último en cuanto a sus formas (inclusive, se exige a los senadores tomar juramento al cambiar sus roles de legislador al de jueces)<sup>8</sup>.

La evolución del sistema institucional británico hacia un gobierno parlamentario durante el siglo XVIII, por el cual la permanencia del Gabinete de Ministros a cargo de la función ejecutiva de gobierno queda subordinada a la "confianza" del Parlamento o a la inexistencia de un voto de censura de su parte, hizo que la institución del *impeachment* como un juicio a la conducta del funcionario quedara en desuso.

2. Esta breve reflexión sirve para hacer una distinción importante: como se afirmó, el juicio político, tal como se lo conoce hoy, es un proceso por el cual se juzga un comportamiento reprochable o delictivo del funcionario en cuestión, no una responsabilidad "política", como en los sistemas parlamentarios<sup>9</sup>. No se trata de un proceso por el cual el órgano competente remueve a un funcionario porque está en "desacuerdo" polí-

<sup>7</sup> ROANEY, M., "The Origins and Scope of Presidential Impeachment", *Hinchley Journal of Politics*, University of Utah, 2000, vol. 2, nro. 1, ps. 67 a 72.

<sup>8</sup> TOCQUEVILLE, A. de, "El juicio político en los Estados Unidos", en *La democracia en América*, reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

<sup>9</sup> Hay una frase común en doctrina y jurisprudencia que puede derivar al equívoco, que describe al procedimiento de remoción como un juicio de responsabilidad política con sujeción a las reglas del debido proceso legal (ver, por ejemplo, el consid. 1º de la causa del Jurado de Enjuiciamiento nro. 6402 contra el juez "Leiva"). Cuando el Jurado se refiere a responsabilidad política, alude a la naturaleza política del proceso, en contraposición a la naturaleza judicial. Pero, ciertamente, no se trata de un proceso equiparable al voto de censura parlamentario; debe haber una causa justificada para la remoción en el mal desempeño o en la posible comisión de delitos.

tica o ideológicamente, o no se coincide con su gestión, o determinada política pública, decisión o sentencia que haya adoptado. Esta distinción se ve claramente en nuestra Constitución, que reglamenta las causales de remoción en juicio político en el art. 53, mientras que prevé en el art. 101 un control político al Poder Ejecutivo en manos del Congreso a través de la posibilidad de votar una moción de censura contra el jefe de Gabinete de Ministros, figura incorporada en la reforma constitucional de 1994.

### III. EL PROCESO DE DESTITUCIÓN Y FUNCIONARIOS SOMETIDOS A JUICIO POLÍTICO

1. En la actualidad, nuestra Constitución Nacional prevé dos procesos distintos de juicio político<sup>10</sup>. El primero, a cargo del Congreso de la Nación, por el cual la Cámara de Diputados puede acusar ante el Senado nacional (que cumple con el rol de juzgador), al presidente, vicepresidente,

<sup>10</sup> La Constitución argentina de 1853 y los antecedentes constitucionales que la precedieron receptaron el modelo de juicio político previsto en la Constitución de Estados Unidos, la que, a su vez, abrevó en el antecedente británico. Originalmente, la Constitución colocó a la Cámara de Diputados en el rol de cámara acusadora y a la Cámara de Senadores como cámara juzgadora en causas contra el presidente y vicepresidente de la Nación, los ministros, los miembros de ambas cámaras legislativas, los de la Corte Suprema de Justicia y los gobernadores de provincia. En 1860, al reformarse la Constitución para posibilitar la incorporación de la provincia de Buenos Aires, se eliminó la posibilidad de que el Congreso Nacional enjuiciara políticamente a los gobernadores, en favor de una mayor autonomía provincial, y se eliminó la posibilidad de remover a los integrantes de las Cámaras Legislativas, a la luz del art. 66, CN, que reserva para cada una de las Cámaras la facultad de corregir o aun remover a alguno de sus integrantes. Dicha reforma incluyó entre los funcionarios sometidos a juicio político a los jueces inferiores de la Nación.

El retraso en el tratamiento de los pedidos de juicio político contra jueces inferiores llevó a que en el art. 91 de la reforma constitucional de 1949, posteriormente dejada sin efecto en 1956, se estableciera que los magistrados inferiores serían enjuiciados por los propios miembros del Poder Judicial.

Durante las etapas de gobiernos *de facto*, con el Congreso cerrado, quienes tomaban el poder removían las Cortes Supremas directamente. Para la remoción de los jueces inferiores optaban por el sistema del control entre pares. Los procesos estaban a cargo de tribunales de enjuiciamiento, integrados por cuatro jueces y un abogado de la matrícula (gobierno *de facto* de 1966), o a cargo de cuatro *ex jueces* de la Corte Suprema y un abogado de la matrícula (gobierno *de facto* de 1976).

Ver ARMAIGNAQUE, J., *Juicio político y Jurado de Enjuiciamiento*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 81 y 82, o RAMIELLA, P., *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 680.

al jefe de Gabinete de Ministros (incorporado en 1994), a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema (art. 53, CN).

El segundo sistema, como se dijera en la introducción, fue incorporado con la reforma constitucional de 1994, con el objetivo destituir a los jueces inferiores de la Nación. La acusación está a cargo del Consejo de la Magistratura de la Nación, y el juzgamiento a cargo de un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, integrado por representantes de legisladores, jueces y abogados (arts. 114 y 115, CN, y ley 24.937 y sus reformas)<sup>11</sup>.

Los motivos del cambio se debieron a la excesiva politización en la Cámara de Diputados que impedía que las causas avanzaran. Pese a que las denuncias por mal desempeño y la comisión de delitos se acumulaban, entre 1853 hasta 1998 —año en que empezó a funcionar el nuevo sistema— sólo se acusó a veintisiete jueces, de los cuales diecinueve fueron destituidos<sup>12</sup>. A estos números se les debe agregar la destitución de los jueces de la Corte Suprema Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano realizada durante la presidencia de Néstor Kirchner en los años 2003 y 2005, respectivamente. Justo es mencionar también que otros jueces renunciaron ante la inminencia de su destitución, lo que agranda las estadísticas de eficiencia con el sistema ante el Congreso<sup>13</sup>.

Enrique Hidalgo propone una explicación adicional, algo indulgente quizás, pero válida, al afirmar que la creación del Jurado de Enjuiciamiento se debió al crecimiento numérico de los jueces nacionales, desbordando la capacidad del Congreso para despachar y controlar todas las causas.

<sup>11</sup> Vale aclarar que los gobernadores de provincia, los jueces provinciales y el jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y sus secretarios se remueven de acuerdo con las propias Constituciones locales, en virtud de la forma federal de Estado que adopta nuestra Constitución (arts. 1º, 5º, 123 y 129, CN). A su vez, los intendentes y sus colaboradores cuentan con sus propios regímenes de remoción en sus cartas orgánicas o leyes municipales.

<sup>12</sup> Fuente: Solicitada del Consejo de la Magistratura de la Nación, publicada en *La Nación* del 22/6/2004, p. 9. Esta cifra incluye a tres jueces de la Corte Suprema destituidos por el presidente Juan Domingo Perón en 1947 (cuatro de los cinco jueces fueron acusados, pero Roberto Repetto renunció antes de que el juicio comenzara). Entre otros cargos, se esgrimieron razones puramente políticas, como la incompatibilidad de los votos de los jueces con la política del gobierno. Ver PALACIOS, A., *La Corte Suprema ante el tribunal del Senado*, Jus, Buenos Aires, 1947.

<sup>13</sup> Enrique Hidalgo contabiliza las renuncias de los jueces Perugini, Rogovsky Tapia, González Moreno, Soria, Tamburrino Seguí, Ferreira Ramos. A esta lista deben agregarse las oportunas renuncias de los jueces de la Corte Suprema Nazareno, Vázquez y López. Ver HIDALGO, E., *Controles constitucionales sobre funcionarios y magistrados*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 181.

Eso sin duda pudo haber sido así, pero lo cierto es que si uno compara las destituciones (no el número de casos archivados), los resultados han sido pobres por razones políticas<sup>14</sup>.

Sea como fuere, el Consejo de la Magistratura también debió defender sus estadísticas a través de una solicitada cuando se justificaba la reducción de sus integrantes de veinte a trece en nombre de la mayor eficacia (reducción que se concretó con la ley 26.080)<sup>15</sup>. Entre 1998 y 2007, el Jurado destituyó a trece jueces, absolvió a cinco, y otros diez renunciaron ante la aprobación de su acusación<sup>16</sup>.

2. Como ya se señaló, la imposición de penas está expresamente vedada en los arts. 60 y 115, al disponer que el fallo no tiene otro efecto que el destituir al acusado, quedando la parte condenada sujeta a acusación, juicio y castigo ante los tribunales ordinarios. En cuanto a los efectos, hay una diferencia entre el juicio político ante el Senado y el que se sigue ante el Jurado de Enjuiciamiento, y es que el primero puede imponer la pena accesoria de inhabilitación para evitar que el funcionario removido asuma un cargo en el futuro (comparar el art. 60 con el art. 115, CN). Alexis de Tocqueville explicaba a comienzos del siglo XIX que la inhabilitación no era una pena, sino una consecuencia de la remoción misma, pero más de doscientos años después, el derecho penal tiene claro que se trata de una pena y, por ello también, en 1994 los constituyentes argentinos decidieron eliminarla como pena a ser impuesta por el Jurado de Enjuiciamiento.

3. Hay un efecto adicional de la remoción, que no está previsto en la normativa constitucional, y que afecta a los jueces: aquellos que son removidos pierden la posibilidad de jubilarse con el régimen especial —y más beneficioso—, con la que cuenta el Poder Judicial por ley 24.018. Por eso, muchos jueces renuncian antes de que comience el juicio ante el Jurado, cuando ya fueron acusados, e inclusive antes (cuando notan avances en las causas en trámite ante el Consejo de la Magistratura). Esto, que parece un dato menor, cobra importancia política en “los pasillos” entre los consejeros que no representan al sector judicial, porque se suma algo

<sup>14</sup> HIDALGO, E., *Controles...*, cit., ps. 181 y 182. Señala, en particular, que las críticas a la acumulación de expedientes en la comisión de juicio político de la Cámara de Diputados carecen de fundamentos, desmintiendo las imputaciones de desidia, ya que dicha comisión entre 1993 y 1995 fue de las que más se reunió y dictámenes emitió.

<sup>15</sup> Solicitada del Consejo de la Magistratura de la Nación, publicada en *La Nación* del 22/6/2004, p. 9.

<sup>16</sup> *La Memoria Anual del Consejo de la Magistratura de 2006* da cuenta de doce jueces destituidos. En 2007, se destituyó a uno más (juez Guillermo Tiscornia).

más importante todavía –institucionalmente hablando– y es la imposibilidad de ventilar públicamente el perjuicio que dicho juez pudo causar con su desempeño en temas de suma trascendencia, contrariando el principio de la publicidad de los actos de gobierno<sup>17</sup>. Si bien la respuesta técnica pasa por reformar la ley 24.018 o la 24.937 del Consejo para casos futuros si el problema fuesen las jubilaciones, es inevitable la sensación de que los jueces cuestionados “se salen con la suya” al irse en silencio (lo cual, de todas formas, no es poco). En ciertos casos, también influye en el desánimo la sensación de lentitud o impunidad que existe en la investigación de causas penales que eventualmente se abren contra los jueces por corrupción<sup>18</sup>.

Cabe aclarar, desde ya, que el apoyo a la celebración del juicio en casos de gran trascendencia pública, a pesar de la renuncia presentada cuando la acusación se aprobó, es una posición minoritaria, más allá de que ha ganado lugar en el último lustro<sup>19</sup>.

4. El proceso que se sigue para la remoción en ambos sistemas es similar, pero no idéntico: el órgano que actúa como acusador, sea la Cámara de Diputados o el Consejo de la Magistratura, cuando recibe una denuncia, la gira a una comisión que se encarga de instruir la investigación (comisión de juicio político de la Cámara de Diputados, o la comisión de disciplina y acusación del Consejo de la Magistratura), dando oportunidad al acusado de defenderse, controlar y producir pruebas<sup>20</sup>. Si se reúnen elementos suficientes para acusar, las respectivas comisiones elaboran un dictamen acusatorio, el que es elevado al plenario de la Cáma-

<sup>17</sup> Esto ocurrió en el caso seguido al juez federal de Salta, Ricardo Lona, a quien se imputaba, entre otros cargos, haber dispuesto el traslado de detenidos por la dictadura militar y que fueron asesinados en lo que se conoce como la Masacre de Palomitas. El juez Lona finalmente fue absuelto por el Jurado, por lo que el presidente aceptó su renuncia antes de que fuera retirada. En el caso seguido contra el juez Galeano, imputado por desviar la investigación del atentado terrorista a la AMLA, el Consejo solicitó al presidente de la Nación que, de presentarse la renuncia, ésta no fuera aceptada.

<sup>18</sup> Si bien la remoción no libera al juez de sus responsabilidades penales, la propia justicia no es muy eficiente investigando a sus colegas, aunque es justo decir que el juez Trovatto fue condenado, entre otros.

<sup>19</sup> Ver VANOSI, J., “La posibilidad constitucional del juicio político a los ex funcionarios”, JA 1983-III-766; COLAUTTI, C., “El juicio político y la renuncia de los magistrados”, LL 1991-B-1090.

<sup>20</sup> Pueden convocar a testigos, recabar documentos públicos y privados y expedientes, disponer auditorías o peritajes. No pueden disponer allanamientos ni realizar intervenciones telefónicas, ya que sólo por orden judicial pueden tomarse tales medidas en virtud del art. 18, CN.

ra de Diputados o del Consejo de la Magistratura, según sea el caso. Para aprobar una acusación, el pleno de estos organismos debe hacerlo con una mayoría de dos tercios de los presentes, mientras que si se rechaza la acusación, esto implica hacer cosa juzgada y el tema no puede volver a ser tratado (ver arts. 53, 59, 60, 114, inc. 5º, y 115, CN; arts. 14 y 21 a 27, ley 24.937).

Si se aprueba la acusación, el proceso que sigue es similar al procedimiento oral penal<sup>21</sup>. Se designa un grupo de dos diputados o dos consejeros para actuar como fiscales ante los respectivos órganos juzgadores, se celebran las audiencias orales con producción de pruebas y alegatos. Para que se efectivice la destitución, tanto el Senado como el Jurado de Enjuiciamiento deben reunir dos tercios de los votos presentes. El proceso ante el Jurado no puede exceder los ciento ochenta días, contados a partir de que el Consejo aprueba la acusación (art. 115, CN)<sup>22</sup>.

5. Contra las sentencias, sólo proceden los recursos de aclaratoria (utilizados para aclarar algunos puntos que generen dudas sobre los efectos del fallo —por ejemplo, la distribución de las costas—, no para cambiar la sustancia de lo decidido), y el recurso extraordinario ante la Corte Suprema, que sólo prospera ante “patentes violaciones a aspectos esenciales del derecho de defensa [...]” y cuando sea acreditado por el recurrente que “[...] la reparación del perjuicio es conducente para variar la suerte del proceso”<sup>23</sup>.

Este estándar ha sido reiterado por el alto tribunal en el caso “Moliné O’Connor”, al sostener que la revisión del fallo se limita a la cuestión de si hubo o no ejercicio efectivo del derecho de defensa, sin que quepa emitir opinión sobre el mérito de las motivaciones de fondo. Y que, quien pretende el ejercicio de la revisión judicial, ha de demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo de las reglas del debido

<sup>21</sup> En el Congreso, el procedimiento se rige por reglamentos propios de las comisiones de juicio político de la Cámara de Diputados y de Senadores. Para el caso de jueces inferiores, el proceso se rige por las normas previstas en el título II de la ley 24.937, reglamentaria de los arts. 114 y 115, CN, y por reglamentos específicos de la comisión de disciplina y acusación del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Tanto en el Congreso como en el proceso ante el Consejo y el Jurado, se aplican supletoriamente las normas del Código Procesal Penal de la Nación.

<sup>22</sup> Este plazo perentorio, incluido en 1994 debido a los “cajoneos” a los cuales nos tenía acostumbrados el proceso ante el Congreso Nacional, se computa como días corridos y no hábiles judiciales.

<sup>23</sup> Corte Sup., 9/12/1993, Fallos 316:2940, consid. 10, recaído en la causa contra el juez Nicotía.

proceso que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa<sup>24</sup>.

La posibilidad de interponer el recurso extraordinario admitida por la Corte Suprema contra fallos del Jurado de Enjuiciamiento puede causar cierta perplejidad, debido a que el art. 115, CN, dice expresamente que los fallos son irrecurribles. En la Convención Constituyente de 1994, quien sostuvo que no procedía el recurso extraordinario fue el convencional Armagnague, basándose en que el Jurado de Enjuiciamiento incluía jueces y abogados quienes "indudablemente se van a preocupar por el derecho de defensa", agregando que al Jurado de Enjuiciamiento no le son aplicables las normas de la ley 48 –que reglamenta el proceso para interponer el recurso extraordinario contra decisiones del tribunal superior de la causa– por no tratarse de un tribunal de naturaleza judicial, sino de una "naturaleza distinta"<sup>25</sup>. Evidentemente, primó el criterio de larga data jurisprudencial inspirado en la interpretación de los arts. 18 y 116, CN, sobre el control judicial de todo acto que pueda afectar derechos individuales.

6. Una cuestión de relevancia es lo previsto en el art. 7º, inc. 7º, de la ley 24.937, que dispone que la decisión de abrir un procedimiento de remoción por parte del Consejo de la Magistratura "no podrá extenderse por un plazo mayor de tres años contados a partir del momento en que se presente la denuncia contra el magistrado. Cumplido el plazo indicado sin haberse tratado el expediente por la comisión, éste pasará al plenario para su inmediata consideración". Este artículo fue fruto de una conquista obtenida por los jueces al momento de reformarse la ley 24.937 por la ley 26.080, pues se sentían amenazados en su independencia por los representantes del poder político (legisladores y un representante del Poder Ejecutivo) debido al gran número de denuncias que se acumulaban en su contra sin resolver en la antigua comisión de acusación del Consejo, abriendo un estado de sospecha permanente, lo cual puede ir contra la cláusula de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone que los Estados deben resolver las causas judiciales dentro de un plazo razonable<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Corte Sup., 1/6/2004, Fallos 327:2048.

<sup>25</sup> Convención Nacional Constituyente, versión taquigráfica, 20ª reunión, 3ª sesión ordinaria –continuación–, del 29/7/1994, ps. 2527 y 2528.

<sup>26</sup> Art. 8º, inc. 1º, de la CADH. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que "el tiempo razonable debe medirse en función de la complejidad del caso, de la conducta del inculpaado y de la diligencia de la autoridad competente, de acuerdo con la interpretación que la Corte Europea de Derechos Humanos realizara en

Inclusive, decían los jueces, podía conspirar contra ascensos en la carrera judicial, o si tomaban decisiones antipáticas para el poder político, las denuncias en su contra avanzarían.

Esto podría eventualmente ser cierto. Pero quienes se opusieron en su momento al establecimiento de tal plazo sostuvieron que se corría el riesgo de garantizar la impunidad de jueces sospechados de incurrir en mal desempeño o delitos. La mejor manera de garantizar la impunidad de un juez acusado es no impulsar la investigación, o solicitar medidas de prueba dilatorias, justamente para que el plazo transcurriese. Muchas veces ocurre que los jueces acusados ante el Consejo de la Magistratura también son denunciados ante la justicia penal por la comisión de delitos. En esta instancia, se produce una disyuntiva: muchos jueces penales esperan "guiños" políticos desde el Consejo para avanzar en las denuncias contra sus propios colegas (alguna declaración en la prensa, una conversación telefónica, el impulso de medidas probatorias, como la solicitud de fotocopias de la causa penal). Si la causa en el Consejo no avanza, ellos tampoco lo harán. Pero en el Consejo, cuando le conviene al consejero a cargo de la instrucción del caso, se dice que esperan al avance de la causa penal (una citación de indagatoria, por ejemplo) para ellos poder avanzar con el proceso de destitución. Así, el plazo de tres años podría transcurrir (lo que no ocurrió aún) viendo cómo se pasan la responsabilidad unos a otros.

Como algunos consejeros señalaron, en vez de sancionar o pedir explicaciones al consejero que no instruyó la causa, se pretende beneficiar al juez denunciado estableciendo un plazo, que ni siquiera se aclara si es de caducidad o de prescripción; tampoco se define qué es lo que hará el pleno del Consejo, si archivar la causa definitivamente, o asignársela a otro consejero instructor para que impulse la investigación<sup>27</sup>.

Para peor, parte del retraso puede producirse porque la comisión de disciplina y acusación del Consejo se reúne una vez por semana, debiendo aprobar todas las medidas de prueba de una causa (mientras que los juzgados de instrucción funcionan todos los días), o porque los jueces

---

muchas oportunidades del art. 6º.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que recepta términos similares a los del art. 8º.1 de la Convención Americana" ("Jorge A. Giménez v. Argentina", dictamen de la Comisión, 1/3/1996).

<sup>27</sup> Si fuera un plazo de caducidad, se podría volver a presentar la denuncia, pero si fuera de prescripción, esto tendría el efecto de cosa juzgada y no se podría volver a investigar los mismos hechos. Ver RODRIGUEZ, M., "Reforma del Consejo de la Magistratura: un nuevo intento para maniatar la justicia", publicado en la sección de informes y documentos en <http://www.art.org.ar/informes/consejo.pdf>. El consejero Beinusz Sztrukler también defendió esa posición.

investigados son renuentes a enviar copia de las causas por las que se los denuncia.

#### IV. CAUSALES DEL JUICIO POLÍTICO

1. Tanto para uno como para el otro procedimiento, las causales de destitución son las mismas: "mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes [...]" (art. 53, CN).

Debe tratarse de hechos ocurridos después de la designación del funcionario o magistrado, y así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia pasada en los casos "Brusa" y "Lona", en los que se imputó a estos magistrados por hechos anteriores a su designación, por entender que el acuerdo senatorial es una cuestión política no justiciable y, por lo tanto, irrevisable. Particularmente, en el caso "Lona" se sostuvo que ha de presumirse *iuris et de iure* que el Senado revisó los antecedentes y la idoneidad de la persona propuesta. Si lo hizo correcta o incorrectamente, es materia exenta de la autoridad de los jueces, los cuales pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos de los otros poderes pero no sobre las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por ellos para adoptar decisiones que les son propias<sup>28</sup>.

Debo discrepar con tal solución. Presumir *iuris et de iure* la infalibilidad del Senado deja sin válvula de escape al sistema de frenos y contrapesos. ¿Qué pasaría si, aun habiendo el Consejo de la Magistratura, o el Senado y el Poder Ejecutivo tomado las diligencias necesarias para revisar los antecedentes del candidato a juez en cuestión, no se enteraran de un delito grave cometido antes de su designación?<sup>29</sup> Es una posibilidad, simplemente, que provocará que la solución sea "política", a través de la presión para que el juez renuncie si el caso toma estado público en las organizaciones de la sociedad civil y en la prensa.

2. En cuanto a la imputación de delitos, está claro que ni el Senado ni el Jurado pueden reemplazar a los jueces penales, ni juzgar los hechos de una causa aplicando el estándar de "más allá de toda duda" requerido para llegar a una condena penal. En general, si existe una causa penal

<sup>28</sup> Jurado de Enjuiciamiento, causas 2/00, "Victor Brusa", y 9/03, "Ricardo Lona".

<sup>29</sup> Es cierto que el proceso de selección público ante el Consejo de la Magistratura, y el proceso participativo para consultar y eventualmente impugnar los antecedentes de jueces previstos en los decretos 222/2003 y 588/2003 alejan la posibilidad de que el Senado o el Poder Ejecutivo nacional se "enteren" de un delito previo.

abierta contra el funcionario o magistrado, en los procesos de remoción se imputa la "posible comisión de delitos", y, si se reúnen pruebas que sirvan para llegar a la convicción de que pudo haberse cometido un delito, se remueve al funcionario para que enfrente el proceso penal. Hay quienes prefieren ver en la causal genérica de mal desempeño la posibilidad de subsumir las causales de comisión de delitos, porque el efecto práctico es que se evitan inconvenientes y cuestionamientos respecto de qué tipo de estándar probatorio se requerirá para que la remoción prospere<sup>30</sup>.

3. Respecto de la definición del "mal desempeño", no hay dudas de que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, cuyo significado práctico nos lo dan la jurisprudencia y la opinión de los doctrinarios. Las decisiones del Jurado de Enjuiciamiento se reiteran en señalar que tal concepto "abarca desde la incapacidad propia del enfermo hasta el proceder rayano en el delito, y la imputación debe fundarse en hechos graves e inequívocos o en la existencia de presunciones serias que autoricen razonablemente a poner en duda la rectitud de conducta y la capacidad del juez para el normal desempeño de su función (Corte Sup., Fallos 266:315; 267:171; 268:438) y en tanto de las actuaciones surja una situación que exceda las posibilidades en materia disciplinaria (Corte Sup., Fallos 286:282), debido a que se trata de faltas de gravedad extrema (Corte Sup., Fallos 277:52; 278:360)"<sup>31</sup>.

Esta indeterminación ha dado lugar a que situaciones verdaderamente reprochables por hechos similares (no idénticos) con pruebas suficientes tuvieran diferentes finales por razones ajenas al derecho, más cercanas a conveniencias políticas.

Ejemplo de esto último es lo que pasó con los jueces Skidelsky (juez federal de Resistencia, Chaco), Terán (juez federal de Tucumán) y Rodríguez (juez federal de Santa Fe). Todos fueron acusados de perder su imparcialidad por estar involucrados en maniobras que favorecían a personas que presentaron acciones de amparo para que se les reconozca la devolución de sus depósitos bancarios o bonos en dólares estadouniden-

<sup>30</sup> La distinción entre delitos en el ejercicio de sus funciones y crímenes comunes proviene de la distinción anglosajona entre *misdeemeanors* y *high crimes*. La legislación española también hacía una distinción entre crímenes y delitos, según su gravedad. Ver ARMAGHACUE, J., *Juicio...*, cit., pp. 124 y 125. Ver también la explicación de la tesis Guastavino en HUALCO, E., *Control...*, cit., p. 114.

<sup>31</sup> Ver por ejemplo la causa 2, "Dr. Brusa, Víctor Hermes s/pedido de enjuiciamiento", o el consid. 28 en la causa 11, "Doctor Rodolfo Antonio Herrera s/pedido de enjuiciamiento".

ses, afectados por la pesificación, devaluación y *default* sucedidas durante la crisis económica de los años 2001/2003. El Consejo de la Magistratura resolvió archivar las causas contra los jueces Skidelsky y Reynaldo Rodríguez, mientras que el juez Terán fue destituido por el Jurado de Enjuiciamiento en 2006<sup>32</sup>.

Otro ejemplo es lo ocurrido con los jueces federales Leiva (juez de Mendoza) y Bonadio (juez federal de Capital Federal). Leiva fue un juez conocido por investigar a Raúl Moneta, dueño del Banco de Mendoza y empresario ligado por la prensa al ex presidente Menem, involucrado en maniobras fraudulentas. Como contrataque, fue denunciado ante el Consejo de la Magistratura y finalmente removido por no haberse excusado inmediatamente de investigar una causa en la que él mismo resultaba la supuesta víctima de una conspiración para desprestigiarlo públicamente<sup>33</sup>.

La falta del deber de excusación es la misma imputación que se le hizo al juez Bonadio, por no haberse apartado de investigar el encubrimiento en la investigación del atentado terrorista que sufrió la AMIA, ya que era amigo de los dos imputados principales del encubrimiento: el ex ministro del Interior del gobierno del presidente Menem, Carlos Corach, y Juan José Galeano. La propia Cámara Federal lo apartó justamente por considerar que tenía intereses en el resultado del proceso. Pero la causa contra el del juez Bonadio tramitó como si su accionar fuera una mera falta disciplinaria, defendido por Senadores que respondían al Partido Justicialista<sup>34</sup>.

Este tipo de casos y muchos otros en los cuales se rechazaron acusaciones por razones políticas extrajurídicas abusando de la indeterminación del concepto de mal desempeño llevaron a que el Congreso modificara el art. 25 de la ley 24.937, el cual dispone que se considerarán como casos de mal desempeño los siguientes:

1. El desconocimiento inexcusable del derecho.
2. El incumplimiento reiterado de la Constitución Nacional, normas legales o reglamentarias.
3. La negligencia grave en el ejercicio del cargo.

<sup>32</sup> Res. 418/2004 y 419/2004 del Consejo de la Magistratura para el caso "Skidelsky", y fallo del Jurado de Enjuiciamiento del 18/10/2006 recaído en la causa 24, "Terán". En cusito a Rodríguez, ver nota de *La Nación* del 23/11/2007, "Ratifican a un juez federal de Santa Fe". Recientemente, la Corte Suprema en el fallo "Scanla Argentina SA v. Amarilla Automotores SA" (18/9/2007) advirtió al juez Skidelsky que lo denunciará al Consejo de la Magistratura si decide medidas cautelares que no son de su competencia.

<sup>33</sup> Jurado de Enjuiciamiento, causa 6/02, fallo "Leiva".

<sup>34</sup> El relato de lo ocurrido se encuentra en Rodríguez, M. "Reforma...", cit.

4. La realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones.

5. Los graves desórdenes de conducta personal.

6. El abandono de sus funciones.

7. La aplicación reiterada de sanciones disciplinarias.

8. La incapacidad física o psíquica sobreviniente para ejercer el cargo.

Si bien esta enumeración puede traer mayor claridad al concepto de mal desempeño y, por ello, una mayor eficacia del régimen de remoción, el sector de los jueces ha expresado ciertos temores y críticas. Una de ellas es su similitud con las causales de sanciones disciplinarias previstas en la propia ley 24.937, pues pueden dar lugar a que se cometan arbitrariedades<sup>35</sup>. Por ejemplo, se considera mal desempeño como infracción disciplinaria al reiterado incumplimiento de normas legales y reglamentarias. También se parecen los graves desórdenes de conducta personal (causal de mal desempeño) con las violaciones al decoro de la función judicial o que comprometan la dignidad del cargo (falta disciplinaria).

4. También puede afectar la independencia con la que deben actuar los jueces si una infracción menor es tramitada como mal desempeño; ¿qué pasaría si se sancionara disciplinariamente a un juez en dos oportunidades, y ocurre una tercera infracción menor, y se la quiere tratar como mal desempeño, debido a la reiteración de faltas disciplinarias?

5. Otro de los temores del sector judicial es que se utilice la causal del "desconocimiento inexcusable del derecho" como excusa para desti-

<sup>35</sup> Art. 14: "Comisión de disciplina y acusación. Es de su competencia proponer al plenario del Consejo sanciones disciplinarias a los magistrados como así también proponer la acusación de éstos a los efectos de su remoción.

"a) Sanciones disciplinarias. Las faltas disciplinarias de los magistrados, por cuestiones vinculadas a la eficaz prestación del servicio de justicia, podrán ser sancionadas con advertencia, apercibimiento y multa de hasta un treinta por ciento de sus haberes. Constituyen faltas disciplinarias:

"1) la infracción a las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de incompatibilidades y prohibiciones, establecidas para la magistratura judicial;

"2) las faltas a la consideración y el respeto debidos a otros magistrados;

"3) el trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la justicia o litigantes;

"4) los actos ofensivos al decoro de la función judicial o que comprometan la dignidad del cargo;

"5) el incumplimiento reiterado de las normas procesales y reglamentarias;

"6) la inasistencia reiterada a la sede del tribunal o el incumplimiento reiterado en su juzgado del horario de atención al público;

"7) la falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes, así como de las obligaciones establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional".

tuir jueces por "el contenido de su sentencia", o sea por cómo interpretan las normas jurídicas (de hecho, muchas denuncias que se formulan contra magistrados son por meras discrepancias con lo decidido). También es cierto que en nombre del resguardo de la independencia judicial y la consecuente prohibición de revisar el "contenido de las sentencias" no fueron destituidos ciertos jueces que debieron serlo<sup>36</sup>.

En el caso "Terán", el Jurado de Enjuiciamiento diferenció estas dos situaciones: allí se señaló la imposibilidad de juzgar a los jueces por el contenido de sus pronunciamientos, "limitándose la tarea del Jurado a verificar si de ellos surgen conductas incorrectas que configuren mal desempeño o la comisión de un delito en el ejercicio del cargo. De ese modo cabe distinguir las decisiones judiciales que pueden resultar opinables en el marco de un proceso de aquellas otras que, aun cuando dictadas en el marco de la discrecionalidad, estuvieren en consonancia con el fiscal o fueren confirmadas por el superior, se encaminaron a satisfacer los requerimientos de una de las partes y conformaron un verdadero 'patrón de conducta' por su reiteración y concatenación. El contenido de las resoluciones que dictan los magistrados está sujeto al control que se ejerce a través de los remedios procesales que la legislación de forma y fondo prevén. Sólo ameritan que se extienda el marco de indagación cuando se denuncia en la conducta de un juez un desvío que pueda surgir de la exploración de todo lo actuado en el expediente en el que se insertan sus decisiones. Esto es así porque en ese caso la cuestión ya no transita por aquello consignado y valorado desde el punto de vista jurídico, ni por cuestiones de derecho discutibles tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sino por las motivaciones que, funcionando como circunstancias antecedentes, concomitantes y consecuentes, puedan revelar que el juez no ha sido imparcial o haya incurrido en alguna conducta merecedora de reproche"<sup>37</sup>.

Hay una verdad incontrastable, y es que para distinguir si una decisión cae dentro de la causal de mal desempeño, o si se trata de un caso de "contenido de sentencia" que no puede reprocharse aunque no estemos de acuerdo, necesariamente hay que revisar lo ocurrido en el expediente

<sup>36</sup> Por ejemplo, el juicio seguido contra Ricardo Bustos Fierro, juez federal de Córdoba, quien habilitó al ex presidente Menem para presentarse en la interna del partido justicialista para eventualmente ser candidato a presidente por tercera vez. Esto contrariaba el acuerdo fundamental al que se llegó en 1994 para reformar la Constitución y que se plasmó en la cláusula transitoria décima. Jurado de Enjuiciamiento, causa 3/00.

<sup>37</sup> Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, causa 24/06, "Terán", consid. 2°.

en función de los hechos y las pruebas allí agregadas, y a veces, compararlos con otras causas decididas por el mismo tribunal. También va a influir –aunque no es definitorio– si la Cámara de Apelaciones confirmó o revocó esas decisiones.

Más allá de las razones jurídicas que puedan existir para decidir si un caso determinado cae en uno u otro lado, aquí también juegan los incentivos extrajurídicos de los distintos sectores involucrados.

## V. LOS INCENTIVOS DE LOS DISTINTOS SECTORES INVOLUCRADOS

1. La institución del juicio político está en manos de representantes legislativos en el Congreso y, en el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, en manos de legisladores y representantes del sector de los jueces, abogados, académicos y del Poder Ejecutivo nacional.

El control del Consejo de la Magistratura por sus competencias en temas de acusación de jueces y en la selección de temas de candidatos a jueces fue el incentivo principal de un sector político para lograr su reducción de veinte integrantes a trece. Con esa reducción, se logró dominarlo, porque se rompió el indeterminado equilibrio del que habla el art. 114 de la Constitución Nacional. La anterior integración dejó lugar a esta nueva (tal como se explica en el capítulo XVI de esta obra: artículo de Laura Roth).

| <i>Integración anterior</i>                                   | <i>Nueva integración</i>   |
|---|--|
| Presidente de la Corte Suprema                                | Se elimina   |
| Cuatro jueces   | Se disminuye a tres  |
| Cuatro abogados   | Se disminuye a dos   |
| Ocho legisladores<br>(cuatro senadores<br>y cuatro diputados) | Se disminuye a seis,<br>eliminando las segundas minorías<br>de cada Cámara |
| Dos académicos  | Se disminuye a un representante  |
| Un representante<br>del Poder Ejecutivo nacional              | Se mantiene  |
| Total veinte  | Total trece  |

Con esta integración, el sector político cuenta con siete representantes sobre trece (más del 50%), y si un partido político en el gobierno tiene mayoría en ambas cámaras del Congreso, tendrá cinco integrantes sobre trece –casi el 40%, más de un tercio– (dos senadores, dos diputados y el representante del Poder Ejecutivo nacional), una mayoría suficiente para bloquear cualquier intento de destitución, pues las acusaciones deben votarse con la mayoría de dos tercios.

En el Jurado de Enjuiciamiento pasó algo similar. De nueve integrantes que existían antes de la ley 26.080 (tres políticos, tres abogados y tres jueces), se logró reducir el número a siete integrantes, rompiendo el equilibrio existente hasta ese entonces (cuatro políticos, dos jueces y un abogado). Así, si se piensa que para destituir a un juez se requieren dos tercios de los votos, no hay forma de lograr esto sin la concurrencia de algún representante político.

Uno de los argumentos para eliminar dos de tres abogados en el Jurado de Enjuiciamiento y dos de cuatro abogados en el Consejo fue que este sector tiene conflictos de intereses en remover jueces cuyas sentencias no le agraden.

Podría ser cierto, pero no es el sector con mayores incentivos políticos para hacerlo. También hay incentivos políticos para que no prospere una acusación, en donde priman reglas de grupo que tienen que ver con códigos de lealtad y de pertenencia más que las reglas de la ley, vinculadas éstas al estricto cumplimiento del marco normativo<sup>38</sup>.

Estos incentivos también son aplicables al proceso de juicio político que se celebra ante el Congreso de la Nación. Veamos.

### **1. Incentivos de los políticos (legisladores y representante del Poder Ejecutivo nacional)**

– Negociación entre legisladores o el representante del Poder Ejecutivo nacional para dar su voto a cambio del apoyo a un proyecto de ley, o a cambio de un voto a favor o en contra de otro juez acusado<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Tomo esta idea de reglas de grupo (aquellos deberes de lealtad que rigen en ciertos grupos) y reglas de la ley (aquellas que marcan cómo debe procederse de acuerdo con las normas jurídicas) de MORENO OCAMPO, L., *Cuando el poder perdió el juicio*, Planeta, Buenos Aires, 1996, p. 265.

<sup>39</sup> Es legendario el intercambio que hubo entre radicales y peronistas para destimar las acusaciones contra el ex juez de la Corte Suprema Augusto Belluscio (de

- Obediencia partidaria (puede ocurrir que un político tenga que votar de una forma determinada por orden de su partido).
- Favores debidos a un juez (podría ocurrir que un juez en el pasado haya hecho un favor a un político –sobreseyéndolo, por ejemplo, o sobre alguna cuestión electoral particular<sup>40</sup>, o bien que el político pretenda que el juez en cuestión le deba un favor en el futuro<sup>41</sup>).
- Encono contra un juez. Un político puede desear destituir a un juez en particular porque alguien de su partido tiene un problema judicial, y si bien a la larga no logra ese objetivo de máxima, no hay dudas de que consigue atemorizar a muchos otros jueces, pues se trata de un mensaje sobre lo que le puede pasar a ellos en el futuro<sup>42</sup> y<sup>43</sup>.
- Hacer un favor al juez, debido a que éste posee una causa abierta contra algún político cercano al consejero.

## 2. Incentivos del sector judicial

- Espíritu de cuerpo: se realiza una defensa corporativa entre los propios pares (priman las reglas del grupo).
- Política interna del sector judicial: el sector judicial también está politizado en el ámbito de la Asociación de Magistrados y Funcionarios

ascendiente radical) y la jueza María Romilda Servini de Cubría (de ascendiente justicialista).

<sup>40</sup> También es muy recordada la causa contra el juez Oyarbide, pues el Senado, con apoyo de la totalidad del bloque político del Partido Justicialista, desestimó todas las acusaciones contra este juez del que se decía que gozaba de protección política.

<sup>41</sup> Esta posibilidad puede darse más frecuentemente con las designaciones de jueces, o los ascensos a jueces de cámara.

<sup>42</sup> Por citar sólo un caso entre muchos, el ministro del Interior Aníbal Fernández solicitó al Consejo que se investigara al juez López Biscayart, a cargo de investigar un escándalo de corrupción entre el sector público y el privado (caso "Skanska"). Ver "Aumenta la presión del gobierno sobre jueces", *La Nación* del 18/4/2007.

<sup>43</sup> También puede verse esto claramente con el juez en lo Penal Económico Guillermo Tiscornia, cuyo padre fue filmado extorsionando a una empresa que tenía una causa abierta ante el juzgado de su hijo para que pague un soborno a cambio del sobrescimito. La acusación contra el juez en el Consejo de la Magistratura se activó, después de que el juez decidió avanzar en una causa contra la ministra de Defensa Nilda Garré por contrabando de armas desde Fabricaciones Militares SE, dependencia que no depende orgánicamente de dicho Ministerio. Cuando el Consejo acusó formalmente a Tiscornia y lo suspendió, su reemplazante dejó sin efecto el llamado a indagatoria de la ministra porque no estaban fundadas las conjeturas para crear sospecha suficiente. Ver "Dejan sin efecto la indagatoria a Garré por contrabando", *La Nación* del 14/8/2007.

del Poder Judicial, y allí también pueden primar las reglas del grupo por sobre las reglas de la ley<sup>44</sup>.

— Una defensa desmedida de la irrevisibilidad del contenido de las sentencias en nombre de la preservación de la independencia del Poder Judicial.

— La preocupación de crear un precedente por el que se puedan incluir otros casos futuros que afecten la independencia judicial a manos del sector político dominante.

### 3. Abogados y académicos

— Acusar a jueces en los fueros en donde habitualmente litigaban mientras ejercían la profesión, por no estar de acuerdo con sus sentencias.

Si bien los abogados tienen incompatibilidad con el ejercicio de la profesión mientras son consejeros, esto no es suficiente, teniendo en cuenta la duración del cargo (cuatro años) en comparación con lo largos que son los juicios en la Argentina, y la posibilidad de mantener un estudio jurídico abierto con un socio. En cuanto a los académicos, basta con notar la escasa cantidad de profesores de tiempo completo que están contratados en la universidad pública para entender que si necesitan subsistir, no queda otra que ejercer la profesión o ser magistrado<sup>45</sup>.

— Defender a jueces a cambio de favores pasados o futuros (esto podría darse más entre los jueces federales del interior, en donde abogados y jueces se conocen mucho, sin mencionar casos en los que se designa a los abogados del interior como jueces subrogantes).

— Posturas corporativas de las distintas asociaciones de abogados y sectores académicos que están representados.

<sup>44</sup> A la pregunta acerca de si lo querían remover, el juez Tiscornia respondió en un reportaje: "Sí, totalmente. Me quieren fuera del consorcio judicial. Acá hay una cuestión corporativa, la Cámara en lo Penal Económico me quiere sacar. Yo no formo parte de la corporación judicial y no rosqueo en la Asociación de Magistrados, entonces no les gusto. Éste es un proceso totalmente politizado". Nota a Tiscornia: "Me va a echar la corporación", *La Nación* del 22/11/2007.

<sup>45</sup> Sobre los distintos intereses de abogados y académicos, ver Böhmert, M., "Igualadores retóricos: las profesiones del derecho y la reforma de la justicia en la Argentina", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, nro. 15, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (en colaboración con Juan Manuel Otero). Disponible en [http://www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/publicaciones/15/paper\\_bohmert.pdf](http://www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/publicaciones/15/paper_bohmert.pdf).

#### 4. Incentivos cruzados para los representantes de todos los sectores

- Todos los sectores tienen incentivos cruzados con las otras competencias que tiene el Consejo, por lo que se abre el abanico de temas posibles para la negociación política (p. ej., selección de temas de jueces, administración de los recursos materiales y humanos del Poder Judicial).
- *Lobbies* o cabildeos desde el sector privado.
- Presión social a través de organizaciones de la sociedad civil o medios de prensa.
- Cambios de favores entre un sector y otro (p. ej., entre políticos y jueces).

De este breve análisis surge que quienes más incentivos tienen son el sector político y el judicial. En cuanto a los abogados, la Ley del Consejo misma prevé un desincentivo, pues les impone las mismas incompatibilidades que a los jueces (o sea, la prohibición de litigar durante el ejercicio de su mandato). Por lo tanto, se estira un poco más en el tiempo algún favor pasado o futuro que se pueda cumplir o prometer. No obstante, puede ocurrir que el estudio jurídico del abogado siga funcionando con otros profesionales. Esta última posibilidad también se aplica para legisladores y el representante del Poder Ejecutivo nacional, pues ellos mientras no sean consejeros no tienen impedido el ejercicio de la abogacía.

## VI. CONCLUSIONES

El juicio político que se celebra en el Congreso de la Nación está teñido de aspectos jurídicos y de incentivos políticos. La creación del otro sistema de destitución para jueces inferiores de la Nación tuvo como objetivo dotar al proceso de remoción de una mayor "profesionalidad" técnica, apaciguando el componente político, algo que no se consiguió del todo.

Por otro lado, uno de los problemas actuales es que la reforma del Consejo por ley 26.080 implicó romper el equilibrio de fuerzas que existía con la integración anterior. Consecuentemente, habrá que trabajar en el futuro en una reforma legal que lo restablezca.

En cuanto a las razones políticas para votar de una u otra manera, estimo que se debe desincentivar a los representantes de los distintos sectores que tienen influencia. Se trata, pues, de elevarles el costo por "mal proteger" o "mal acusar" a un funcionario político o magistrado. Eso se logra con estrategias de *accountability social*, a través de una mayor trans-

parencia o visibilidad para mostrar lo que ocurre en las instituciones y cómo se dan las relaciones de poder: información actualizada y completa en las páginas web, mayor inclinación y celeridad de los funcionarios en responder a pedidos de acceso a la información, reuniones públicas de la comisión de juicio político de la Cámara de Diputados, una mejor política comunicacional con el periodismo y, a su vez, una mayor preocupación de los medios para el tratamiento de estos temas.

Todo esto complementado con grupos de ciudadanos capacitados técnicamente y desprendidos de otros intereses sectoriales, reunidos en organizaciones no gubernamentales y, por qué no, en universidades, abocados a monitorear de cerca el funcionamiento del juicio político y difundir públicamente sus hallazgos y conclusiones, inclusive antes de que ocurran los problemas. A mediano y largo plazo, debe fortalecerse la educación basada en valores éticos, profundizando programas o cursos ya existentes en universidades y escuelas de magistrados.

CAPÍTULO XVIII

**JUECES Y JURADOS.  
HACIA UN "BICAMERALISMO"  
EN EL PODER JUDICIAL**

Por DEMIAN ZAYAT

I. INTRODUCCIÓN

¿Quiénes deben resolver casos judiciales, jueces o jurados? La Convención Constituyente de 1853 pretendió resolver el dilema en favor de estos últimos cuando consagró, en la Constitución, que todos los juicios criminales ordinarios se terminarían por jurados<sup>1</sup>. Sin embargo, a pesar del tiempo trascurrido, el juicio por jurados aún no fue establecido a nivel nacional ni para los casos penales ni para los civiles. Varias veces el Congreso Nacional analizó proyectos de ley al respecto, pero terminaron en el archivo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El juicio por jurados es una de las pocas repeticiones de la Constitución. Figura, de distinto modo, en tres lugares. Así, el art. 118: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución". Y, también, la obligación de establecer el juicio por jurados en cabeza del Congreso Nacional fue establecida por los arts. 24 y 75, inc. 12.

<sup>2</sup> En 1871 se promulgó la ley 483 que creó una Comisión Especial para proyectar la Ley de Organización del Jurado y la de Enjuiciamiento. El presidente Faustino Sarmiento designó a Florentino González y a Victorino de la Plaza como integrantes de la Comisión, quienes elaboraron un proyecto sobre el "Establecimiento del juicio por jurados y de Código de Procedimiento Criminal en las causas en que conoce la justicia nacional" (Imprenta y Librería de Mayo, 1873). Por su lado, el presidente Roca envió un proyecto de ley al Congreso para implantar el juicio por jurados, en 1884, aunque el Congreso prefirió el proyecto de Obarrio (que no instituyó el jurado) en 1888. El diputado J. A. Martínez presentó un proyecto de ley en 1902, pero la Comisión de Códigos

Las provincias, por su parte, tienen autonomía para establecer el régimen político y sistema judicial que consideren mejor, siempre y cuando respeten el debido proceso y la independencia judicial. Así, las provincias podrían establecer el juicio por jurados del modo que prefieran, aunque, sin embargo, la gran mayoría tampoco lo adoptó, y los procesos son resueltos por jueces técnicos. Al día de hoy, la provincia de Córdoba estableció un régimen de juicio por jurados muy limitado, exclusivamente para los delitos aberrantes y de corrupción, entre ellos el homicidio agravado. El jurado cordobés estará integrado por tres jueces profesionales y ocho ciudadanos populares (cuatro varones y cuatro mujeres)<sup>3</sup>.

La construcción de un sistema judicial para una democracia debe tener en cuenta la legitimación de la actuación judicial. Debido a que los jueces no son electos popularmente, ni tienen plazos para el ejercicio de su función, su legitimación no puede provenir de la representación popular. Será por esto que la legitimidad debe estar relacionada con la confianza de la ciudadanía sobre la utilidad de la función judicial<sup>4</sup> y sobre su origen democrático. Creo que, en una democracia, la participación ciudadana en la administración de justicia, tanto en el modo de seleccionar a los jueces, en los controles exógenos y las rendiciones de cuentas, como en la propia participación de la ciudadanía para resolver las causas, puede contribuir a la construcción de su legitimación democrática.

Históricamente, desde el periodo crítico de la historia norteamericana de 1780/1790, se intentó alejar a la ciudadanía del gobierno y de la

---

aconsejó su archivo en 1904. En 1920, el senador Del Valle Iberlucea presentó otro proyecto estableciendo el juicio por jurados para causas criminales y correccionales, que no tuvo tratamiento, al igual que el del diputado Vidal Baigorri en 1932. En 1934, la Comisión Especial de Reforma de los Códigos de la Cámara de Diputados estableció que la defensa podría optar por el juicio por jurados, aunque no resultó sancionado. En 1958 el diputado Mercado propuso crear una comisión especial para proyectar una ley de juicio por jurados; y, al año siguiente, el diputado Rodríguez Díaz propuso una comisión bicameral mixta *ad hoc*. En el año 1988 el presidente Alfonsín propone los juicios por jurados; en 1990, el diputado Bernardo Saldana; en 1993, Berhongaray; en 1994, Antonio María Hernández; en 1995, los senadores Augusto Alasino y José Antonio Romero Feris; y en 1997, Elisa Carrió, Víctor Fayad y Elisa Carca; y Jorge Solana en el mismo año. En el 2003 el senador Jorge Yoma presentó un proyecto, que fue retomado por el Poder Ejecutivo en el 2004, que tuvo despacho de las comisiones del Senado, aunque no se aprobó. Fuente: Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación, EI 047.01.08.

<sup>3</sup> Ley 9182, sancionada el 22/9/2004; entró en funcionamiento a partir del 1/1/2005.

<sup>4</sup> Ver COURTES, C., "La legitimidad del Poder Judicial frente a la ciudadanía", *Revista Nexos*, nro. 349, disponible en [www.nexos.com.ar/zip.php?article=349](http://www.nexos.com.ar/zip.php?article=349).

administración de justicia. Esto se vio reflejado en el esquema constitucional de frenos y contrapesos que adoptaron los federalistas en Estados Unidos<sup>3</sup>. Estas bases implicaban mediatizar la fuerza de la mayoría mediante elecciones indirectas y un sistema institucional de frenos y contrapesos. El sistema fue pensado para mantener a las mayorías lejos del gobierno<sup>4</sup>. En nuestro país, con la copia de este modelo y su profundización<sup>5</sup>, la ciudadanía fue alejada de participar de modo directo en la asuntos públicos<sup>6</sup>. Esto produjo un resultado deficiente en términos de legitimidad, que hizo eclosión en diciembre de 2001, provocando el descreimiento tanto en los órganos representativos como en la justicia. El Poder Judicial, por su parte, no tuvo muy clara su función y no protegió ni los derechos humanos, ni a las minorías, ni al sistema democrático<sup>7</sup>. El proceso judicial—escrito, burocrático, jerárquico— y las prácticas de los operadores no supieron responder a las expectativas creadas en la ciudadanía, y produjeron descreimiento<sup>8</sup>.

El foco principal de este trabajo estará orientado a discutir qué sistema judicial podría tener una mayor legitimidad, si uno donde los casos sean resueltos exclusivamente por jueces profesionales, o uno donde tengan participación los jurados populares. Al mismo tiempo, me interesa analizar qué tipo de jurados populares sería más conveniente, si el modelo clásico con doce jueces ciudadanos, u otro con jurados escabinos de jueces y jurados mezclados. Me interesa analizar qué sistema podrá generar la mayor confianza en la ciudadanía acerca de la administración de justicia.

<sup>3</sup> Ver GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 17 y ss.

<sup>4</sup> James Madison, en *El Federalista*, nro. 10, considera que para que las "facciones" (los grupos mayoritarios movidos por un interés común) no hagan prevalecer su interés inmediato sobre el interés permanente del país, debe establecerse un sistema que tamice sus intereses a través de un grupo escogido. MADISON, J. - HAMILTON, A. - JAY, J., *Los papales del federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1949, cap. X, p. 39.

<sup>5</sup> Ver PÉREZ GUILHOU, D., *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 93.

<sup>6</sup> El art. 22 de la Constitución Nacional es un buen ejemplo de esta filosofía política: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete el delito de sedición".

<sup>7</sup> Ver GARGARELLA, R., "Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina", JA 2003-IV-1175.

<sup>8</sup> Ver CELS, "Transformaciones urgentes hacia una justicia democrática", en CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2002-2003, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2003.

A su vez, me interesa analizar la posibilidad que brinda el juicio por jurados para que la sociedad recupere el control de lo que las leyes significan, especialmente a través de la posibilidad de nulificar la ley en caso de estar en desacuerdo con la solución que propone la norma. Esta nulificación –pariente cercana de la desobediencia civil– permitiría que la ciudadanía interpretase de modo directo la ley, apropiándose, del modo propuesto por la escuela del constitucionalismo popular.

En este trabajo no se podrá realizar un análisis del funcionamiento del juicio por jurados, ya que las experiencias en el país son cortas e incipientes. Nuestro sistema de justicia nacional sigue sin incorporar al ciudadano como actor relevante a la hora de resolver los conflictos judiciales<sup>11</sup>. Por esto, sólo se podrá realizar un análisis más bien teórico sobre qué sistema sería más legítimo, si uno con jueces profesionales exclusivamente o uno con jurados populares. Para poder llegar a esta conclusión de un modo definitivo habría que instalar los juicios por jurados (o al menos alguna experiencia piloto) y luego de un tiempo realizar la comparación con el sistema de jueces técnicos.

## II. LA FUNCIÓN JUDICIAL

Qué sentencia hace más creíble al sistema judicial en una democracia, ¿una dictada por jueces profesionales u otra dictada por jurados populares?

El concepto central de democracia es, al menos, el del autogobierno mediante la regla de la mayoría. Así, un sistema democrático será aquel donde se establezca un procedimiento para que la ciudadanía tome las decisiones políticas<sup>12</sup>. Así, la democracia podría ser considerada como un

<sup>11</sup> La Corte Suprema, a través de la acordada 28/2004, permitió la participación de terceros en juicios a través de la figura del *amicus curiae* o amigo del tribunal. Sin embargo, en los fundamentos de la acordada se limita a la presentación de memoriales por parte de expertos que puedan ilustrar a la Corte en los temas de su experticia. Algo similar dijo en el fallo "Juplast v. Estado nacional" del 31/10/2006 (Fallos 329:4590), cuando resolvió el desglose de varios memoriales.

<sup>12</sup> No tengo intención de introducirme en el debate acerca de qué es la democracia. Creo que este concepto de autogobierno, con una mayor o menor extensión, puede ser útil a los fines de este trabajo. Ver al respecto Nus, J., *Democracia, ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000. Nun habla de dos familias de concepciones de la democracia, la schumpeteriana, donde las élites cumplen por el voto del pueblo, similar a la de los federalistas estadounidenses (gobierno de los políticos); y la de Thomas H. Marshall, donde está en juego la capacidad de los ciudadanos para participar de forma autónoma en el debate político (go-

procedimiento para permitir el autogobierno mediante la regla de la mayoría, garantizando ciertos derechos como prerequisites para la deliberación o para la legitimación del sistema<sup>13</sup>. En este esquema, la justicia tiene entonces como función principal garantizar los prerequisites para el debate y mantener abiertos los canales del procedimiento democrático<sup>14</sup>.

A su vez, el Poder Judicial tiene como función, también, aplicar las decisiones que se adopten mediante el proceso democrático. Debe aplicar las leyes para resolver los conflictos concretos entre las partes, o para sancionar a los infractores. Los jueces determinarán, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido un regla primaria o sustantiva<sup>15</sup>.

En el derecho continental (*civil law*), la postura tradicional considera que el juez sólo debe aplicar la ley como fue establecida por la Legislatura. De este modo, el juez tiene una función casi mecánica, la de operar una maquinaria establecida por la Legislatura<sup>16</sup>. Por su parte, en el derecho común (*common law*), la expresión de esta misma postura fue expuesta por William Blackstone, quien consideraba que el juez "ha prestado

---

bierno del pueblo), similar a la de los antifederalistas estadounidenses. Por su parte, Robert Dahl considera que para considerarse democrático, un sistema debe contar con los siguientes elementos: 1) participación efectiva (que todos los miembros de la asociación tengan la oportunidad igual y efectiva de dar a conocer sus puntos de vista); 2) igualdad de voto; 3) comprensión ilustrada (que todos los miembros tengan la oportunidad igual y efectiva de instruirse acerca de las políticas alternativas relevantes); 4) control de la agenda (los miembros deben tener control de qué asuntos deben ser incluidos en la agenda); 5) inclusión de los adultos (todos deben tener los plenos derechos de la ciudadanía). Ver DAHL, R. *La democracia, una guía para los ciudadanos*, Taurus, Buenos Aires, 1999.

<sup>13</sup> Jeremy Waldron considera que hay dos categorías de derechos: aquellos que permiten el proceso democrático y aquellos que son condiciones para su legitimidad. Así, habría algunos derechos que serían condiciones para el debate, y otros que serían necesarios para la legitimidad o el respeto moral de los productos del proceso democrático. Ver WALDRON, J., *Democracy and distrust*, Oxford University Press, Nueva York, 1999, p. 283.

<sup>14</sup> ELY, J., *Democracy and distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, ps. 73 y ss.

<sup>15</sup> HART, H., *El concepto del derecho*, 2ª ed., trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 120. Henry Hart considera que existen las reglas primarias de obligación, sustantivas, que establecen lo que se debe hacer; y, por el otro, que existen reglas secundarias. Estas reglas secundarias son las reglas de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación. Las últimas establecen la autoridad (jueces) y el procedimiento a seguir para aplicar una sanción.

<sup>16</sup> Ver MERRYMAN, John H., *Sistemas legales en América latina y Europa, tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, México, 1989, p.76.

juramento para decidir, no de acuerdo con su propio juicio privado, sino de acuerdo con las leyes y costumbres conocidas del país; no ha sido facultado para crear nuevo derecho, sino para mantener y exponer el viejo derecho"<sup>17</sup>.

Sin embargo, esta postura tradicional, tanto en el derecho continental como en el derecho común, recibió numerosas críticas. Los realistas norteamericanos como Jerome Frank, Karl Llewelyn, Wesley Sturges y Morris y Felix Cohen, entre otros, consideraban que era un error tratar de describir lo que hacen los jueces a partir de las normas que ellos mencionan en sus decisiones, porque en realidad los jueces deciden casos de acuerdo con sus propios gustos políticos o morales, y después, como racionalización, escogen una regla jurídica apropiada<sup>18</sup>. De este modo, comenzó a abrirse una grieta en el entendimiento de que los jueces sólo aplican el derecho conforme las leyes, para dar ingreso a sus preferencias morales o políticas<sup>19</sup>. Por su parte, la escuela crítica del derecho le dio una vuelta de tuerca más a esta posición, enmarcando al sistema legal en un contexto económico y político que produce, a través del derecho, pobreza y exclusión<sup>20</sup>.

La selección de cuáles serán los hechos relevantes del caso, la determinación de las leyes aplicables, la asignación de sentido jurídico a esas leyes, la elección de un método de interpretación de las leyes, la inferencia de consecuencias lógicas de las leyes interpretadas, la superación de las indeterminaciones y, finalmente, la subsunción del caso al material jurídico seleccionado<sup>21</sup> dan un gran margen de discrecionalidad a los jueces al momento de resolver un caso. Al mismo tiempo, los jueces no están obligados a utilizar siempre el mismo método interpretativo, pudiendo

<sup>17</sup> BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, t. 1, editado por William Carey Jones, Bancroft-Witney Co., San Francisco, 1925, p. 68 de la versión. Citado por CUETO RÓA, J., *El Common Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 27.

<sup>18</sup> Tomado de DWOREKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 46.

<sup>19</sup> El juez de la Corte Suprema, Enrique Petracchi, ha dicho con cita de Benjamín Cardozo que "el problema no es ya admitir que los jueces crean derecho, sino determinar cuándo, cómo y cuánto". Ver "González de Delgado v. UNC", sentencia del 19/9/2000, consid. 13.

<sup>20</sup> La escuela crítica del derecho (*Critical Legal Studies*) es demasiado heterogénea, con divisiones internas entre tendencias, métodos de trabajo y autores, como para tener una única postura. Casi arbitrariamente, tomo este párrafo de GORDON, R., "Nuevos desarrollos de la teoría jurídica", en COURTIS, C. (comp.), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 329.

<sup>21</sup> Ver NUÑO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pá. 81 y ss.

hacerlo, por ejemplo, de modo originalista en un caso y no originalista en el siguiente<sup>22</sup>, lo que amplía aún más su margen discrecional.

Entonces, vemos que las críticas muestran que la tarea de juzgar no es una cuestión mecánica, sino que los valores que comparte el juez, su situación social y sus ideas políticas, influirán de un modo determinante al momento de decidir. Y para esto no es necesario que ejerzan el control de constitucionalidad —que en nuestro sistema pueden ejercer— sino que alcanza con que realicen determinada interpretación de las leyes que eligieron aplicar.

Es por esto que resulta relevante en un sistema democrático conocer a quién y de qué modo se le va a otorgar este poder de aplicar (o invalidar) las leyes. Y por ello habrá que prestar atención a la legitimidad democrática de este poder.

### III. LA LEGITIMIDAD DE LOS JUECES

Una de las características esenciales de la judicatura es que debe decidir los casos que se le presenten de modo imparcial. La imparcialidad es la esencia de la judicialidad<sup>23</sup>. En pos de esta imparcialidad se requiere que los jueces sean —a su vez— independientes<sup>24</sup>. Para favorecer a esta independencia es que, en nuestro sistema, los jueces tienen las garantías de la intangibilidad de sus remuneraciones y la estabilidad en el cargo.

La intangibilidad de las remuneraciones tiende a asegurar un determinado salario que no será disminuído ya sea que falle a favor de determinada persona o en contra de ella. Esto está pensado básicamente para los casos donde el Estado es parte. Alexander Hamilton, al justificar esta garantía, dijo que "[...] después de la permanencia en el cargo, nada puede contribuir más eficazmente a la independencia de los jueces que el proveer en forma estable a su remuneración [...]"<sup>25</sup>. Según esta manera de pensar, un método de presión para los jueces podría ser la amenaza de disminuirle el salario en caso de no fallar del modo favorable al gobierno.

<sup>22</sup> VÉZ GARGARELLA, R., "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional" en este volumen.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, E. R., *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 101.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, E. R., *Estructuras...*, cit., p. 107.

<sup>25</sup> HAMILTON, A., "El Federalista", nro. 79, en HAMILTON, A. - MADISON, J. - JAY, J., *Los papeles de El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 336.

Sin embargo, esto no parece ser una herramienta útil. En épocas de inflación, no aumentar los salarios podría equivaler a una disminución. Al mismo tiempo, los sueldos suelen verse de modo relativo, y el aumento a otros funcionarios podría entenderse como una disminución relativa de los salarios<sup>26</sup>.

La otra garantía para que los jueces fallen de modo independiente que establece nuestra Constitución es la estabilidad. Los jueces se mantienen en su cargo "mientras dure su buena conducta"<sup>27</sup>. De este modo, sólo en circunstancias excepcionales, cuando se pueda acreditar el mal desempeño de un magistrado, o la comisión de algún delito, podrá realizarse un juicio político para destituirlo. Para que avance este juicio político será necesaria o una mayoría de dos tercios en ambas cámaras legislativas (para los jueces de la Corte Suprema<sup>28</sup>) o una mayoría de dos tercios tanto en el Consejo de la Magistratura como en el Jurado de Enjuiciamiento (para los jueces inferiores<sup>29</sup>). Estas mayorías son difíciles de lograr.

La garantía de la estabilidad puede no resultar útil, ya que muchas veces los jueces están mirando más cómo lograr ser designados en cargos superiores que en la independencia necesaria para su cargo actual. La perspectiva de ascender en la carrera puede hacer que tomen determinada decisión de un modo poco independiente. La estabilidad en el cargo, además, dificulta la rendición de cuentas de los jueces. Los jueces no están acostumbrados a rendir cuentas, básicamente, porque piensan que de este modo podrían perder su independencia<sup>30</sup>.

Entonces, los jueces no sólo tienen una gran discreción al momento de fallar un caso, sino que difícilmente se les pueda pedir explicaciones acerca de su sentencia. Al mismo tiempo, no se los podrá controlar, ya que, de pretender hacerlo, se alegrará que se vulnera su independencia.

<sup>26</sup> A su vez, la Corte Suprema de Justicia, por medio de la acordada 20/1996, adujo cuestiones de intangibilidad de sus remuneraciones para que todos los jueces y funcionarios del Poder Judicial no paguen el impuesto a las ganancias al que están obligados. Y recientemente, ya en un caso concreto, la Corte Suprema resolvió que esta exención impositiva se aplica también a las jubilaciones. Ver el fallo "Gutiérrez, Oscar v. ANSeS", fallado el 11/4/2006. Así, la Corte Suprema utilizó básicamente la garantía de intangibilidad para no pagar impuestos como lo debe hacer el resto de los ciudadanos.

<sup>27</sup> Art. 110, CN.

<sup>28</sup> Arts. 53, 59 y 60, CN.

<sup>29</sup> Arts. 7°, inc. 7°, y 25, ley 24.937 y sus modificatorias.

<sup>30</sup> Para un análisis entre la rendición de cuentas y la independencia judicial, ver FERDINIA, J. - KRAMER, L., "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint", 77 *NYU L. Rev.* 962 (2002).

De este modo, la ciudadanía —el actor principal de la democracia— tiene muy pocas maneras de incidir en lo que puede hacer el Poder Judicial. El proceso de selección de los jueces es quizás uno de los pocos momentos en donde se puede hacer una revisión acerca de las posturas morales y políticas que tendrá el futuro juez. Para esto, el sistema tiene que permitir una audiencia pública con los candidatos, para que se discuta si su perfil es el adecuado para la sociedad.

En Estados Unidos, de donde tomamos el modelo constitucional, los procesos de selección de jueces —tanto de los jueces inferiores, pero principalmente de la Corte Suprema— son un tema central de la agenda judicial. Cada vez que se produce una vacante<sup>31</sup> tiene lugar una discusión política acerca de los valores morales o políticos del candidato a integrar un tribunal. Tanto el Senado como el Ejecutivo juegan políticamente sus papeles en el proceso de propuesta y consentimiento. El Senado estadounidense no aprobó veintisiete de las ciento cuarenta y siete nominaciones realizadas en los últimos dos siglos<sup>32</sup>. Al mismo tiempo, el Senado rechazó aproximadamente el 20% de los candidatos a las cortes de apelaciones, y el 10% de los candidatos a jueces de distrito<sup>33</sup>. En el Senado estadounidense los senadores del Estado del candidato tienen una posibilidad informal de veto<sup>34</sup>, y para las nominaciones de los jueces de apelación puede utilizarse la técnica de *filibustering*<sup>35</sup> para que la sesión se caiga. La evidencia muestra, a su vez, que antes de llegar a un rechazo o al bloqueo, existen

<sup>31</sup> A su vez, el juez renunciante, en general, elige cuándo va a producir esta vacante, para darle la posibilidad de designar a su reemplazante a determinada administración o la siguiente.

<sup>32</sup> Datos extraídos de EPSTEIN, L. - SEGAL, J., *Advice and Consent*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 20. De los veintisiete candidatos no aprobados, doce fueron rechazados, y los restantes quince fueron retirados.

<sup>33</sup> EPSTEIN, L. - SEGAL, J., *Advice...*, cit., p. 21. Para las cámaras de apelaciones, fueron rechazados 69 de los 350 candidatos propuestos, y para los jueces de distrito, se rechazaron 131 de los 1.248 propuestos.

<sup>34</sup> Llamado *senatorial courtesy*. Ver RIZNIK, J., "Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply and Life Tenure", en el simposio "Jurocracy and Distrust: Reconsidering the Federal Judicial Appointments Process", 26 *Cardozo Law Review*, 579, nota 156 (2005).

<sup>35</sup> La mayoría necesaria para los acuerdos judiciales, en Estados Unidos, es una mayoría simple. Sin embargo, una minoría puede hablar durante horas, hasta que la sesión se levante por falta de quórum. Esto es conocido como *filibustering*. Para evitar esta traba, el Senado puede cerrar la lista de oradores y poner un tiempo máximo de exposición (*costure*), pero requiere sesenta votos para ello (tres quintos del total). Ver EPSTEIN, L. - SEGAL, J., *Advice...*, cit., p. 24.

comunicaciones informales previas a la nominación. Es por esto que se puede concluir que tanto el Ejecutivo como el Senado —órganos representativos— tienen un peso relativo en la designación de jueces. A su vez, la realidad muestra que ambos tienen en cuenta el partido político y la ideología del candidato, tanto como sus calificaciones profesionales<sup>36</sup>.

En la Argentina, la relación entre el Senado y el presidente parece ser de alguna manera similar, y de otra distinta. Con un mecanismo parecido a su par estadounidense, desde la vuelta de la democracia, el Senado argentino dejó sin aprobar menos del 10% de los pliegos. Y estos números se acentuaron durante el gobierno de Alfonsín y el primer mandato de Menem<sup>37</sup>. Sin embargo, a diferencia de lo sucedido en Estados Unidos, luego del año 2000, con la puesta en funcionamiento del Consejo de la Magistratura, el Senado dejó de tener tanta relevancia en la selección de jueces, y casi no tuvo un papel político predominante. Asimismo, aun las discusiones sobre la ideología política de los jueces están ocultas en los debates de acuerdos.

El trámite para la selección de jueces de la Corte Suprema se mantuvo sin modificaciones en la reforma constitucional de 1994, salvo lo referido al carácter público de las sesiones en que se les daría el acuerdo<sup>38</sup>. Sin embargo, el trámite para la selección de los jueces inferiores fue modificado con la incorporación del Consejo de la Magistratura<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> EPSTEIN, L. - SEGAL, J., *Adviser...*, cit., p. 26.

<sup>37</sup> Desde 1983, se solicitaron al Senado 1824 acuerdos para jueces de todas las instancias, y no fueron aprobados 191 (de los cuales 157 fueron retirados y 34 rechazados). Estas no aprobaciones se produjeron en su gran mayoría durante los gobiernos de Alfonsín (de 583, 61 retirados y 34 rechazos) y el primer mandato de Menem (de 679 propuestas, 87 retiros). Durante el segundo gobierno de Menem, el 100% de los pliegos pasó por el Senado; durante el período de De la Rúa, de los 61 pliegos que envió, retiró 5; Duhalde consiguió la aprobación de 58 de los 59 pliegos que envió, y Kirchner 154 de los 160 (hasta 2006). Datos obtenidos de LLANOS, M. - SCHIMBER, C., "Prestando acuerdo: el Senado frente a los nombramientos del Poder Judicial en la Argentina democrática" (1983-2006), GIGA Research Unit: Institute of Latin American Studies, 2007, nro. 54.

<sup>38</sup> Esto no es poco si recordamos el bochornoso trámite con el que se les dio acuerdo a Ricardo Levene (h), Mariano Cavagna Martínez, Rodolfo Barra, Julio Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor, el 19/4/1990, en una sesión secreta de siete minutos, sin la presencia de la oposición. Ver VERBITSKY, H., *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires, 1993, ps. 52 y ss.

<sup>39</sup> El Consejo para la Consolidación de la Democracia, creado mediante el decreto 2446/1985, al momento de proponer reformas al sistema de selección de jueces, propuso en 1985 mantener el sistema de selección vigente antes de 1994, pero con la publicidad de las audiencias en el Senado. Respecto del Consejo de la Magistratura, lo desaconsejó ya que "Este organismo, parcialmente integrado por representantes del Poder Judicial y

El Consejo de la Magistratura fue pensado como un modo de restringir la discrecionalidad del Ejecutivo en la selección de jueces y, al mismo tiempo, como un intento para despolitizar los nombramientos judiciales. Nuestra praxis —sobre todo a partir de 1990, con la ampliación de la cantidad de miembros de la Corte Suprema— había sido muy deficiente en términos de independencia de los jueces de todas las instancias. Al mismo tiempo, habían existido casos bochornosos de jueces sin la idoneidad mínima<sup>40</sup>. De este modo, el Consejo de la Magistratura debería solucionar estos problemas.

El Consejo estaría integrado por representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula y por personas del ámbito académico. Entre sus funciones estaría la de elaborar temas vinculantes luego de realizar concursos para los cargos vacantes<sup>41</sup>. El pluralismo propio del Consejo debería haber tendido a garantizar un pluralismo en la judicatura, y este pluralismo aseguraría la imparcialidad<sup>42</sup>. Este pluralismo en la elección de los jueces vendría a legitimar al sistema de justicia. Sin embargo, no es claro que este objetivo sea correcto, ni que se haya alcanzado<sup>43</sup>.

---

de los otros poderes, tendría a su cargo el nombramiento de los jueces. La experiencia de este método de designación en algunos países que, como España, lo han adoptado ha sido negativa. Ha conducido a un enquistamiento del Poder Judicial, a la consolidación de una suerte de *establishment* de los jueces, impermeables a razonables sugerencias originadas en las cambiantes necesidades de la sociedad". Ver CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, "Dictamen preliminar", en *Reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, p. 62.

<sup>40</sup> Por ejemplo, la jueza Ana Capolupo de Duraffona y Vedía, quien fue nombrada jueza de la Cámara Nacional de Casación Penal, aunque su especialidad era el derecho civil (recuérdese que las designaciones de los jueces de Casación, en el año 1992, produjeron la renuncia del por entonces ministro de Justicia, Carlos Arslanián, que se negó a nombrar a "esos esperpentos"); Néstor Oyarbide, que presentó sus antecedentes dos días después de ser nombrado juez federal por el presidente Carlos Menem; Jorge Damonte, nombrado fiscal cuando ni siquiera era abogado; o la jueza Rogovsky Tapia, nombrada en el año 1993, denunciada por contratar a un abogado para que le escribiera las sentencias. Ver CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2007*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 140.

<sup>41</sup> Art. 114, CN.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, E. R., *Estructural...*, cit., p. 110. El autor dice que "No hay otra imparcialidad humana que la proveniente del pluralismo, y éste sólo es posible dentro de un modelo democrático de magistratura que permita los agrupamientos democráticos y espontáneos y el control recíproco dentro del Poder Judicial".

<sup>43</sup> Ver al respecto, INECIP, "Consejos de la Magistratura", edición especial de la *Revista Pena y Estado*, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002. Asimismo, la refor-

Existen sectores que propician que la selección de jueces no tenga ningún componente político. Así, por ejemplo, en algunas provincias, bajo esta idea, las designaciones son realizadas por el Superior Tribunal de Justicia. Si ya el sistema del Consejo de la Magistratura puede ser cuestionado por ser poco pluralista (y más, luego de la reforma de la ley 26.080), que la selección sea hecha por el propio Superior Tribunal de Justicia resulta aún más cuestionable. Por un lado, puede afectar la independencia interna de los jueces y, de este modo, en última instancia, la imparcialidad. La independencia interna se puede ver afectada cuando el órgano superior del propio Poder Judicial es quien puede realizar las presiones por haber dictado determinado fallo<sup>44</sup>. En general, suele suceder con las facultades disciplinarias, pero si el sistema de selección (o ascensos) depende del Superior Tribunal, la independencia interna puede resultar vulnerada. Además, este sistema de selección favorece el corporativismo judicial y la creación de la "familia judicial". Esto aleja aún más a los jueces de la ciudadanía. Según esta postura, las cuestiones judiciales sólo le atañerían a los jueces y deben ser resueltos o decididos exclusivamente por ellos. En general, este tipo de arreglos favorece la creación de una "casta" judicial, privilegiada, que olvida que los jueces son ciudadanos iguales al resto.

Con la incorporación del Consejo de la Magistratura se continuó escondiendo el papel político de los jueces tras un manto tecnocrático. Así, el mejor juez pasaría a ser quien más puntos obtenga en el concurso de oposición y antecedentes<sup>45</sup>. Sin embargo, no se descartó totalmente el carácter político de las designaciones judiciales, porque una vez realizada

---

ma introducida por la ley 26.080 a la composición del Consejo de la Magistratura disminuyó el pluralismo del cuerpo. Para una crítica a esta reforma, véase CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2007*, cit., p. 139

<sup>44</sup> Ver ZAFFARONI, E. R., *Estructuras...*, cit., p. 104. Zaffaroni considera que la independencia interna implica la seguridad de que el juez no sufrirá las presiones de los órganos colegiados de la misma judicatura. Asimismo, que la independencia interna sólo puede ser garantizada dentro de una estructura judicial que reconozca igual dignidad a todos los jueces, admitiendo como únicas diferencias jurídicas las derivadas de la diversidad de competencias (p. 106).

<sup>45</sup> Sin embargo, no hay que olvidar que este esquema se introduce en una sociedad desigual en términos de género. El Consejo de la Magistratura, quizás sin plantearse expresamente, vino a desacelerar el proceso de desagregación por sexo de la judicatura. Ver BERGALLO, P., "¿Un techo de cristal para el Poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires", en ALEGRE, M. - GARDARELLA, R. (comps.), *El derecho a la igualdad*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

la terna por cuestiones de mérito y antecedentes, el Poder Ejecutivo seleccionará uno de esos candidatos y solicitará el acuerdo al Senado.

Tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como en el del Senado, se incorporó a partir del 2003 un procedimiento de consulta a la ciudadanía. A través del decreto 222/2003 para los jueces de la Corte Suprema, como con el decreto 588/2003 para los jueces inferiores y los funcionarios del Ministerio Público, se estableció una instancia participativa, donde la ciudadanía pudiera expresar sus opiniones antes de que el Ejecutivo envíe el pliego al Senado. A su vez, el Senado reformó su reglamento interno incorporando las audiencias públicas con el candidato previo al dictamen de la comisión de acuerdos. En estas audiencias, la ciudadanía podría realizar impugnaciones o apoyos a los candidatos, como preguntas acerca de sus concepciones sobre el cargo para el que fue propuesto o sus concepciones políticas<sup>46</sup>. Estas reformas, sugeridas por organizaciones de la sociedad civil<sup>47</sup>, sirvieron para darle un grado mayor de legitimación a las designaciones que se fueran a realizar.

Sin embargo, aún no está del todo claro cuál es el fundamento de la legitimidad de los jueces en Argentina. Siguen teniendo una vinculación en su origen con los órganos representativos, pero se encuentra tamizada con un componente meritocrático, donde interviene un órgano con cierta pluralidad (y sin participación ciudadana).

En este contexto, nadie tiene demasiado claro por qué obedecemos lo que dicen los jueces, más allá de los argumentos elitistas que tradicionalmente se dieron en el fallo "Marbury v. Madison". Alexander Hamilton —en cuya teoría se apoyó el juez Marshall— consideraba que los jueces eran quienes podían comprender qué es lo que el pueblo quiso al sancionar la Constitución<sup>48</sup>. Por esto, los jueces debían controlar lo que hicieran

<sup>46</sup> Sin embargo, no han funcionado del todo bien. Por un lado, se ha visto una baja participación de los senadores en las audiencias públicas, y al mismo tiempo, una baja participación de la ciudadanía o de las organizaciones de la sociedad civil. A su vez, los candidatos suelen escaparse de responder algunas preguntas para no prejuzgar en el supuesto de que les llegue un caso judicial. Con el tiempo esta práctica deberá ejercitarse por parte de la sociedad civil para producir reales debates acerca del cargo que se está discutiendo. Ver, entre otros, ADC, "Proceso de designación de la Dra. Elena Highton de Nolasco. Consideraciones sobre la audiencia pública celebrada en el Senado de la Nación", disponible en [www.adccorte.org.ar](http://www.adccorte.org.ar).

<sup>47</sup> Ver el documento "Una Corte para la democracia" que elaboraron la ADC, CELS, FARN, Fundación Poder Ciudadano, INECIP y la Unión de Usuarios y Consumidores, disponible en las páginas institucionales de estas organizaciones.

<sup>48</sup> Ver estos argumentos y una certera crítica en GARGABELLA, R., *La justicia...*, cit., ps. 48 y ss. Las críticas están vinculadas con tres argumentos: uno histórico, que señala

los representantes del pueblo en el Congreso, para que no se apartasen de las directivas del pueblo en la Constitución. Esto sólo significa que "donde la voluntad de la Legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras"<sup>49</sup>. En la actualidad, este es el fundamento de la legitimidad de los jueces<sup>50</sup>. Así nació la supremacía judicial.

Sin embargo, estos argumentos no resultan convincentes en términos igualitarios y democráticos, ya que se terminan apoyando en concepciones elitistas, donde existirían personas mejor capacitadas que otras para tomar decisiones<sup>51</sup>. Esta idea de que no son las mayorías, sino un pequeño puñado de jueces, quienes saben qué es lo que verdaderamente quiere el pueblo implica la adopción de una teoría donde unos pocos pueden saber qué es mejor para todos, es decir, un elitismo epistemológico<sup>52</sup>.

#### IV. LA LEGITIMIDAD DE LOS JURADOS

Un tribunal integrado por ciudadanos elegidos al azar del padrón electoral tiene mayor legitimidad en términos democráticos que uno integrado por jueces profesionales. Y esto porque el sorteo nos asegurará cierta representación especular de la sociedad. El principio subyacente al sorteo es que las personas elegidas constituirán aproximadamente una representación precisa del entrecruzado local<sup>53</sup>. Así, si la mitad de la población fuera mujer, probablemente la mitad de los jurados sorteados sería

---

que no es cierto que el pueblo haya estado en la Convención Constituyente que dictó la Constitución; uno intertemporal, que señala que aun de haber estado, ese pueblo ya estaría muerto; y un tercer argumento sobre la interpretación que deben realizar los jueces antes de aplicar la Constitución.

<sup>49</sup> HAMILTON, A., *El Federalista...*, cit., p. 332.

<sup>50</sup> Por ejemplo, desde una posición garantista, Luigi Ferrajoli sostiene una postura muy similar. Ver FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 26.

<sup>51</sup> Ver las críticas de Gargarella citadas en la nota 48. Asimismo, GARGARELLA, R., "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", en VÁZQUEZ, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, pp. 215 y ss.; y NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 258 y ss.

<sup>52</sup> GARGARELLA, R., *La justicia...*, cit., p. 48.

<sup>53</sup> ABRAMSON, J., *Ifc, the Jury, the Jury System and the Ideal of Democracy*, Harvard University Press, Massachusetts, 2000, p. 99.

mujer. Este sistema de selección asegura cierto *mini-populus* y su veredicto representará el juicio del *demos*<sup>34</sup>. Metodológicamente, cuanto mayor sea la cantidad de jurados, mayor la representatividad, el pluralismo y la legitimidad.

Sin embargo, esta representación especular puede verse afectada por el procedimiento de selección del jurado. En general, las leyes de jurados permiten a los abogados de las partes excluir —luego de la examinación en una audiencia (*voir c'vre*, en Estados Unidos)— a determinada cantidad de jurados sin razón. El proyecto de ley nacional presentado por el Poder Ejecutivo en el 2004 (con dictamen de la comisión del Senado<sup>35</sup>) habilita a las partes a excluir hasta cuatro jurados sin expresión de causa (art. 15). Estos *peremptory challenges* —pensados con el objetivo de reasegurar la imparcialidad del jurado— han sido certeramente criticados porque generalmente están basados en estereotipos de grupos, frecuentemente discriminatorios<sup>36</sup>, y entorpecen la representación de todos los componentes de la sociedad en un ideal entrecruzado<sup>37</sup>. Una alta cantidad de recusaciones sin causa puede interferir con el objetivo de darle voz a todos los sectores, e inclinar el pluralismo que va a construir el veredicto en la sala de deliberaciones<sup>38</sup>.

El jurado es preeminentemente una institución política, y tiene que ser visto como una forma de la soberanía popular. Es, antes que nada, un elemento republicano en el gobierno<sup>39</sup>. Al decir de Tocqueville, el sistema de jurados parece ser la consecuencia directa y extrema de la soberanía del pueblo, del mismo modo que el sufragio universal. El jurado ubica el

<sup>34</sup> Tomo esta terminología de DAHL, R., *Democracy and its Critics*, Yale University Press, New Haven, 1989, p. 340. Sin embargo, Dahl está pensando en una democracia directa (no en un jurado), donde se elegirían unos mil ciudadanos (que serían el *mini-populus*) para que deliberen durante un año. Citado por NINO, C., *La constitución...*, cit., p. 211.

<sup>35</sup> Orden del día 1777/04. Reproducido por el expte. 3815/06 por la entonces senadora Cristina Fernández de Kirchner.

<sup>36</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos ha prohibido la exclusión de jurados simplemente por su raza (USSC "Batson v. Kentucky", 476 US 79, 1986) o su género ("J. E. B. v. Alabama", 114 S. Ct. 1419, 1994). Empero, estos fallos permiten que las partes realicen justificaciones tontas sobre las exclusiones ("Purkett v. Elem", 514 US 765, 1995).

<sup>37</sup> VET ABRAMSON, J., *We, the Jury...*, cit., ps. 131 y ss.

<sup>38</sup> ABRAMSON, J., *We, the Jury...*, cit., p. XXV.

<sup>39</sup> TOCQUEVILLE, A. de, *Democracy in America*, Everyman's Library, Nueva York, 1994, p. 282.

real control de la sociedad en las manos de los gobernados, o en una porción de los gobernados, y no en las de los gobernantes<sup>60</sup>.

En Estados Unidos, el papel principal del jurado —extendido tanto a los casos civiles como a los penales— es el de proteger a los ciudadanos ordinarios del abuso gubernamental<sup>61</sup>. Originalmente, uno de los principales fundamentos del sistema de jurados fue el de proteger a aquellos imputados de los delitos del ataque arbitrario del poder. Asimismo, el entusiasmo por los jurados con amplios poderes (incluso los de fijar en concreto la pena) está relacionado con un miedo más general a jueces no electos popularmente, elitistas y sin responsabilidad a los deseos de la ciudadanía<sup>62</sup>. Por esto, no es de extrañar que en Estados Unidos, en la parte dogmática de la Constitución (el *Bill of rights*), existan tres enmiendas relacionadas con el juicio por jurados: la necesidad de acusación por parte del gran jurado (para evitar, por ejemplo, procesos a quienes critican las políticas oficiales<sup>63</sup>) y el derecho al juicio por jurados tanto en casos criminales como civiles. Estos derechos de los ciudadanos se suman a lo dispuesto en el art. III, sección 2ª, en donde se establece que todos los juicios criminales, salvo los de juicio político, terminarán por jurados en el Estado donde se hayan cometido, similar a nuestro art. 118 de la Constitución.

Al mismo tiempo, el jurado permite la participación ciudadana en la administración de justicia. Como lo marcaron algunos de los padres fundadores norteamericanos, es esencial que la gente común participe o tenga influencia, tanto en el departamento judicial como en el legislativo<sup>64</sup>. Incluso Jefferson ha llegado a decir que si tiene que decidir si sería mejor omitir al pueblo del Poder Legislativo, o del Judicial, elegiría mantenerlo fuera

<sup>60</sup> TOCQUEVILLE, A. de, *Democracy...*, cit., ps. 282 y 283.

<sup>61</sup> AMAR, A., "The Bill of Rights as a Constitution", 100 *Iale L. J.*, 1131, p. 1183.

<sup>62</sup> KONTCHINA, J., "Jury Sentencing as Democratic Practice", 89 *Virginia Law Review* (2003), 311, p. 318. La autora comenta que el Estado de Virginia fue el primero que adoptó la facultad de sentenciar de los jurados (*jury sentencing*) para todos los crímenes, en 1796. Más allá de que el temor de la opresión de los jueces de la colonia era distante, la idea del jurado era evitar estos abusos judiciales. El fervor democrático del momento tendía a realizar un control popular de todos los funcionarios públicos, inclusive los jueces. Por ello, se tendió a que por vías legales o constitucionales se adoptaran sistemas de la elección popular de jueces (HAYNES, E., *The Selection and Tenure of Judges*, The National Conference of Judicial Councils, Berkeley, 1994, pa. 96 y 97).

<sup>63</sup> AMAR, A., "The Bill...", cit., p. 1183.

<sup>64</sup> STORING, H., *What the Antifederalist Were For*, 1981, p. 19; citado por AMAR, A., "The bill...", cit., p. 1188.

del Legislativo<sup>65</sup>. Por su parte, John Taylor, del Estado de Carolina, consideró que la estructura judicial era similar a la del Legislativo, con una cámara alta con estabilidad y experiencia y una cámara baja que representa el sentimiento popular más directo. Del mismo modo, el granjero de Maryland (*the Maryland Farmer*) definió al jurado como la rama democrática del Poder Judicial, más necesaria que los diputados del Legislativo<sup>66</sup>.

De este modo, el jurado otorga a los ciudadanos la posibilidad de participar en la solución de los casos judiciales y, de este modo, de ser parte en el autogobierno<sup>67</sup>. Esta suerte de "bicameralismo" implica que para llegar a determinada decisión deberán estar de acuerdo tanto los jurados como los jueces, brindándole a la ciudadanía determinado papel en la administración de justicia. Esta interacción entre jueces y jurados puede hacerse según dos modelos: el jurado clásico y el jurado escabino.

En los jurados clásicos (modelo anglosajón) serán estas doce personas sorteadas quienes determinarán si el acusado es culpable o inocente, conforme el derecho que fuera explicado o instruido por los jueces. El veredicto deberá ser unánime —como una garantía del imputado, que obliga también a los jurados a esforzarse para arribar a una solución que deje a todos conformes, lo que acentúa los argumentos deliberativos<sup>68</sup>—; del debate participarán exclusivamente los jurados, y su decisión no se fundamentará. Las cuestiones sobre el derecho aplicable serán discutidas entre las partes y el juez (previo a que dicten las instrucciones), y se podrá apelar lo resuelto por el juez ante las instancias superiores. Del mismo modo, también será apelable la habilitación del juez para realizar alguna pregunta fuera de las permitidas a algún testigo durante las audiencias de juicio<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> "Letter from Thomas Jefferson to L'Abbé Arnoux (19/7/1789)", citado por AMAR, A., "The Bill...", cit., p. 1188.

<sup>66</sup> AMAR, A., "The Bill...", cit., p. 1189.

<sup>67</sup> Un gran debate se sigue dando en torno de si el juicio por jurados es un derecho disponible del imputado, o no es disponible, al ser una facultad de la ciudadanía. La Corte Suprema estadounidense, en "Patton v. US" (281 US 276, 1930), estableció que era un derecho del imputado y, como tal, renunciable. Sin embargo, para Amar, los fundamentos de este fallo no superan un escrutinio atento. AMAR, A., "The Bill...", cit., p. 1196. Coincidente con esta postura es AMRÚA, I., "Razones para el juicio por jurados en la era de la globalización", *El Dial* DC19B, 2002.

<sup>68</sup> Ver ABRAMSON, J., *We, the jury...*, cit., p. 191.

<sup>69</sup> Existe, tanto a nivel federal como estadual, un código bien regulado sobre qué tipo de preguntas puede hacerse en el juicio y cuál no, para regular qué información tendrá el jurado. De este modo se aseguran las garantías del debido proceso. Entre las excluidas se encuentran las que puedan acarrear un prejuicio injusto, confusión, pérdida de

Los fundamentos del fallo serán entonces las preguntas que realicen los jueces y las respuestas que den los jurados.

Existe también otro modelo, de jurados escabinos<sup>70</sup> o mixtos: jueces profesionales, seleccionados –nuevamente, en el mejor de los casos– por sus méritos; y ciudadanos sorteados del padrón electoral. Éste es el modelo que siguió el jurado en Córdoba, donde conviven jueces profesionales y ciudadanos no abogados. Si bien creo que esto es un avance, no veo que este sistema pueda funcionar del modo y con los fundamentos que describí en los párrafos anteriores. La deliberación se hace juntamente con los jueces profesionales, y serán éstos quienes llevarán la voz líder. También son quienes escribirán los fundamentos de las sentencias, y el veredicto no requerirá unanimidad sino mayoría simple.

Este modelo mixto le da una gran relevancia a la opinión de los jueces. Dirigen el debate y luego la deliberación, redactando los fundamentos del fallo. El papel de los ciudadanos es adhesivo en la mayoría de los casos. Para que se animen a fallar de un modo distinto del de los jueces, deberá suceder que el resultado del caso revele una injusticia tal que supere cierto umbral de inercia de los jurados. En estas ocasiones, el juez profesional que redactará el fallo podrá encontrar alguna diferencia en los hechos o en la valoración de alguna prueba para justificar la diferencia de los jurados.

La idea de jurado como cámara baja frente a una cámara alta de los jueces designados, tenida en mente por algunos padres fundadores estadounidenses, para que sólo pueda resultar una condena cuando jueces y jurados estén de acuerdo, se aleja bastante en este modelo escabino. Los jueces participan en la instrucción previa, en el debate, en la deliberación y en las apelaciones. En cambio, los ciudadanos sólo tienen una parte en la deliberación, y deben discutir sobre derecho con los jueces técnicos.

---

tiempo, o la existencia de otros crímenes para mostrar el carácter del acusado. Ver *Federal Rules of Evidence*. Asimismo, FISHER, G., *Evidence*, University Casebook Series, Foundation Press, Nueva York, 2002.

<sup>70</sup> Sobre el término "escabinos" ver BISHOP, A., "Sobre el origen histórico de la palabra 'escabino'", en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2000. En su origen, todos los juicios eran por jurados de hombres libres, pero para asegurarse la concurrencia, se designaron algunos jurados escabinos: tres plazas que tenían obligación de concurrir al juicio, mientras que para los otros era voluntaria la concurrencia. Luego se fueron profesionalizando, aunque en numerosos casos el tribunal se integraba con escabinos y con hombres libres.

## V. RESPUESTA A LAS POSIBLES OBJECIONES A LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA. EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Muchas críticas se alzan en contra de la participación del ciudadano o ciudadana común en la administración de justicia, y contra la institución del juicio por jurados. De hecho, la mora del Congreso de más de ciento cincuenta años es una muestra de que no hay un consenso real acerca de la conveniencia de la instalación de los juicios por jurados.

Para la mayoría de estas voces, la justicia es una cuestión técnica, que no debe ser resuelta por personas *legas*, sino por buenos profesionales, técnicos, por medio de razones fundadas. Ya en 1765 se señalaba que con la complejización de la sociedad, las comunicaciones y los negocios, el derecho se convirtió en una ciencia, inasible para la persona común<sup>71</sup>. De este modo, para estas posturas, el derecho constituye un sistema con principios: un intelegible, predecible y armonioso orden cuya estructura orgánica y sus reglas dinámicas pueden ser comprendidos y enseñados usando los mismos métodos que utilizan las otras ciencias<sup>72</sup>.

Al mismo tiempo, los críticos entienden que la justicia debe estar para proteger a las minorías, por lo que debe ser ciega a los deseos mayoritarios. Y también estas voces ven problemas prácticos (costos, edificios, tiempos, etc.) en la adopción de un sistema de juicios por jurados<sup>73</sup>. A su vez, como ya vimos, algunos autores un poco más refinados entienden que la legitimación de los jueces no debe pasar por un fundamento democrático, sino por su apego a la Constitución<sup>74</sup>.

Sin embargo, las críticas son contestables. Creo que, en definitiva, estas posturas denotan una gran desconfianza en la sociedad<sup>75</sup>. Como dije, la escuela realista del derecho o incluso los críticos del derecho pudieron rebatir los argumentos tradicionales de Blackstone, al considerar que si

<sup>71</sup> BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England* (1765), University of Chicago, Chicago, 1979, p. 4. Citado por KRAMER, L., *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, p. 162.

<sup>72</sup> KRAMER, L., *The People...*, cit., p. 162.

<sup>73</sup> Ver, por ejemplo, GRISSETTI, R. - KAMADA, L., "El juicio por jurados. A propósito de una encuesta de la Federación Argentina de la Magistratura", *El Dial* DCBC6, 2007. Ver también UNIDOS POR LA JUSTICIA, "Informe sobre juicios por jurados", junio de 2004.

<sup>74</sup> Ver nota 50.

<sup>75</sup> Mark Tushnet dice que los liberales tienen miedo de lo que el pueblo puede hacer, y por ello temen las votaciones. TUSHNET, M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1999, p. 177.

bien el derecho puede ser más o menos complejo, no es una cuestión técnica sino discrecional: los jueces o abogados pueden encontrar buenas razones tanto para una posición como para la contraria y decidirán de acuerdo con sus principios morales o políticos<sup>76</sup>. Por otro lado, si bien las minorías deben ser protegidas, de esto no se sigue que sean los jueces quienes estén mejor posicionados para hacerlo<sup>77</sup>. Al mismo tiempo, estudios empíricos muestran que generalmente los jueces fallan de acuerdo con lo que prefieren las mayorías<sup>78</sup>. Y finalmente, respecto de los argumentos sobre los problemas prácticos, creo que no tienen el peso suficiente como para ser una valla para la instalación del juicio por jurados, sino más bien la demostración de la resistencia a todo cambio.

No hay que dejar de tener en cuenta que un Poder Judicial legítimo provocará un mayor apego al cumplimiento de las leyes (*rule of law*), involucrará mayor medida a la ciudadanía en las decisiones públicas y hará más creíble y confiable al sistema judicial. Éstos son objetivos que un sistema democrático tiene que promover. El jurado tiene un importante papel educador y creador de la ciudadanía<sup>79</sup>. Al mismo tiempo, el juicio por jurados permitirá que la sociedad se apropie —en cierta medida— del control de sus leyes, y de su Constitución. De este modo, las leyes y la Constitución volverían a ser manejadas —en algún modo— por el pueblo. Este mismo objetivo está siendo propuesto por la escuela del constitucionalismo popular, a la que dedicaré el próximo apartado.

## 1. El constitucionalismo popular

En los últimos años, en la academia estadounidense, emergió un nuevo cuerpo de literatura jurídica a la que se hace referencia como "constitucionalismo popular"<sup>80</sup>. Profesores como el decano de la Universidad

<sup>76</sup> Ver notas 18 a 20 y el texto adjunto.

<sup>77</sup> GARGARELLA, R., "La dificultad...", cit., p. 225.

<sup>78</sup> Ver DAHL, R., "La toma de decisiones en una democracia: la Suprema Corte como una institución que crea políticas públicas", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, reimpr., año 8, no. 1, 2007.

<sup>79</sup> Ver TOCQUEVILLE, A. de, *Democracy...*, cit., ps. 284 y 285. Para el autor, el jurado contribuye poderosamente a la formación de los valores y aumenta la inteligencia de las personas: "Enseña a los hombres a practicar la equidad; todas las personas aprenden a juzgar a sus vecinos como si fueran ellas las juzgadas".

<sup>80</sup> Ver GARGARELLA, R., "El nacimiento del constitucionalismo popular, en este volumen.

de Stanford, Larry Kramer, o Mark Tushnet de Harvard, o Akhil Amar y Jack Balkin de Yale, etc., publicaron artículos que tienen en común la desconfianza frente al elitismo de la reflexión jurídica y el papel central de los tribunales en ella<sup>81</sup>. Como elementos esenciales de esta escuela se encuentra una crítica central a que sea la Corte Suprema quien tenga la última palabra en materia constitucional, y a la supremacía judicial frente a los otros poderes en términos constitucionales. La idea principal del constitucionalismo popular es certera: el pueblo debería tener un mayor control acerca de lo que dicen sus leyes y lo que significa su Constitución.

La participación ciudadana, tanto en el gobierno como en la justicia, resulta clave para esta escuela. De manera similar a lo propuesto por los antifederalistas norteamericanos, las instituciones deberían permitir los controles exógenos, y no quedarse únicamente en controles interórganos o endógenos (frenos y contrapesos)<sup>82</sup>. Las elecciones anuales, el derecho de revocatoria, la posibilidad de realizar instrucciones a los representantes, etc., son las propuestas antifederalistas que tendían a este objetivo de mantener un control ciudadano sobre la Constitución<sup>83</sup>.

Para la administración de justicia se ha pensado en la participación en los procesos de selección de jueces, ya sea mediante la elección popular o al menos a través de la realización de audiencias públicas ante el Senado; periodos renovables de duración de los términos; un sistema de rendición de cuentas; legitimación amplia para participar en los procesos de interés público; la posibilidad de presentar *amicus curiae*; publicación de los fallos; fijación de una fecha para los acuerdos de la Corte Suprema para que la prensa esté al tanto de lo que se va a resolver, entre otras cosas.

La implementación del juicio por jurados, con amplios poderes, resultará esencial para avanzar en esta dirección. De todos modos, aun con jurados, las críticas de los constitucionalistas populares no serán acalladas ya que los jueces seguirán teniendo este papel predominante en la judicatura y supremacía frente a los otros poderes.

Actualmente, en Estados Unidos, la Corte Suprema estableció que la función del jurado es simplemente la de fijar los hechos del caso. Las

<sup>81</sup> Ver GARGABELLA, R., "El nacimiento...", cit.

<sup>82</sup> GARGABELLA, R., "En nombre de la Constitución: el legado de 'El Federalista' dos siglos después", en BORDIN, Atilio A., *Filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, CLACSO, Universidad de San Pablo, San Pablo, 2006, p. 179. Acceso al texto completo: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolupt/filopolmpt.html>.

<sup>83</sup> KRAMER, L., *The People...*, cit., p. 59.

cuestiones de derecho serán fijadas y resueltas por el juez mediante las instrucciones, y esto podrá ser apelado y discutido en las instancias más altas. En el caso "Sparf *et al.* v. US"<sup>84</sup>, la mayoría de la Corte resolvió que "sobre el tribunal descanza la responsabilidad de declarar la ley; sobre el jurado, la responsabilidad de aplicar la ley así declarada a los hechos que considere, bajo su conciencia, que han ocurrido". Por su parte, la minoría en ese caso consideró que el jurado tenía el derecho y el poder de decidir, de acuerdo con su propio juicio y su conciencia, todas las cuestiones, tanto del derecho como de los hechos<sup>85</sup>.

Según Larry Kramer, la supremacía judicial tiene por objeto maximizar la autoridad de las cortes inculcando una actitud de deferencia y sumisión a sus fallos: "la supremacía significa decirle a los jurados que deben seguir las instrucciones del juez del juicio para minimizar el uso de el poder de nulificar"<sup>86</sup>. Este poder de nulificar (*jury nullification*) las leyes implica que los jurados desoigan las instrucciones acerca de la ley aplicable que le imparte el juez, y que resuelvan el caso del modo que consideren más justo. Es un punto bastante controvertido, con serias implicancias, por lo que lo trataré separadamente.

## 2. *Jury nullification*

A nivel general, la nulificación por el jurado ocurre cuando los jurados, voluntaria e intencionalmente, eligen no seguir la ley fijada por el juez. Esto, teóricamente, puede ocurrir tanto en casos civiles<sup>87</sup> como penales<sup>88</sup>. En los casos criminales, se entiende que hay nulificación cuando

<sup>84</sup> 156 US 102, 103 (1895).

<sup>85</sup> La minoría consideró que "Puede haber menos peligro de prejuicio u opresión de jueces designados por un presidente electo popularmente que por jueces designados por una monarquía hereditaria. Pero, como la experiencia de la historia muestra, no puede considerarse que los jueces van a ser siempre justos e imparciales, y libres de alguna inclinación [...] para amplificar su propia jurisdicción y poderes a expensas de aquellos otorgados por la Constitución a otros cuerpos". Ver CONRAD, C., *Jury Nullification, the Evolution of a Doctrine*, Carolina Academic Press, Durham, 1998, p. 105.

<sup>86</sup> KRAMER, L., *The People...*, cit., p. 233.

<sup>87</sup> La nulificación en casos civiles está bastante más controvertida que en los casos criminales. Ver, por ejemplo, LAKE, N., "Civil Jury Nullification", 86 *Iowa L. Rev.*, 601 (2001). Sin embargo, el principio es similar.

<sup>88</sup> Ver MAARDER, N., "The Myth of the Nullifying Jury", 93 *Northwestern University Law Review*, 877, 882 (1999). La voluntariedad y la intencionalidad distinguen la nulificación del mero error del jurado. Cuando el jurado yerra, no estamos en presencia de la nulificación.

los jurados se niegan a aplicar la ley ante imputados que consideran, conscientemente, que no deben ser castigados<sup>89</sup>. De este modo, más allá de la prueba recolectada, el jurado resuelve absolver al imputado. En estos casos, ni el juez del juicio ni nadie puede revisar lo resuelto, gracias a la garantía contra la doble imputación (*non bis in idem*). La decisión de absolver del jurado es final, y el imputado puede irse libre.

Nancy Marder, profesora de la Universidad de Southern California, enumera tres tipos de razones por los que los jurados suelen nulificar. En primer lugar, para no aplicar la ley al imputado, ya sea por circunstancias personales (por ejemplo, debilidad mental), por creer que el caso es nimio y que no mereció llegar a juicio, o por pensar que la sanción aplicable sería muy gravosa dada la conducta<sup>90</sup>.

El segundo tipo de razones se encuadra en un descontento con una determinada ley, y son quizás el supuesto más interesante desde un punto de vista de la teoría democrática. Una determinada ley, impopular en alguna zona, es resistida por el jurado. El caso paradigmático, que fue quizás el primer supuesto de nulificación, lo constituyó la ley que condenaba las calumnias brindadas por la prensa, calificadas de sediciosas, que el jurado se negó a aplicar<sup>91</sup>. Asimismo, también la *Fugitive Slave Act* de 1793 que perseguía a los esclavos fugitivos y a quienes los ayudaban a escapar, fue nulificada en los Estados del norte de Estados Unidos; en casi todo Estados Unidos se nulificó la Ley de Prohibición de Producción, Transporte y Venta de Alcohol (*National Prohibition Act* de 1919); e incluso en la actualidad se ha nulificado la ley de *Three Strikes* en California<sup>92</sup>. La nulificación en estos supuestos de descontento con la ley nos mostraría una instancia de control de constitucionalidad realizada por el jurado; en algunos supuestos –del mismo modo que con los jueces profesionales–, luego de una repetida nulificación por parte de distintos jurados, la ley es derogada o dejada sin efecto<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> ABRAMSON, J., *We, the Jury...*, cit., p. 57.

<sup>90</sup> La autora también menciona las malas razones: por simpatía o enemistad racial con el imputado, por su belleza o carisma, etc. Ver MARDER, N., "The Myth...", cit., p. 888.

<sup>91</sup> "Rex v. Zenger", HOW. ST. TR. 17:675 (1735). Ver CONRAD, C., *Jury...*, cit., p. 32.

<sup>92</sup> MARDER, N., "The Myth...", cit., ps. 893 y 895. La ley de California del *three strikes and you are out* implica que a la tercera condena por una falta, aun menor, la pena será de prisión perpetua. En San Francisco, algunos jurados resolvieron absolver antes que condenar a perpetuidad por robar una porción de pizza o unas galletas. No sucedió lo mismo en San Diego.

<sup>93</sup> Por ejemplo, la Ley de Prohibición de Producción, Venta o Transporte de Alcohol fue derogada en 1993. Ver CONRAD, C., *Jury...*, cit., p. 115.

El tercer supuesto que encontró Marder es cuando la nulificación ocurre por otros factores que los sociales: descontento con el sistema judicial o con la aplicación de la ley con ensañamiento contra determinado grupo. El ejemplo más claro que encuentra la autora es la nulificación, en respuesta de las condiciones sociales, por el llamado "Jurado del Bronx"<sup>94</sup>. Este jurado difícilmente condene a un afroamericano en casos de drogas, porque entiende que el alto número de condenas que se registraron durante muchos años fueron producto de discriminación y racismo en la aplicación de la ley, contra determinada minoría<sup>95</sup>. Pero, por otro lado, la nulificación también sirvió para que los jurados de los Estados del sur absolvieran a líderes del Ku Klux Klan acusados de asesinar a líderes afroamericanos a fines de los años sesenta<sup>96</sup>.

Sin embargo, todas las cosas consideradas, creo que el poder del jurado de nulificar le otorga a la institución del juicio por jurados su mayor atractivo. Ahora será el jurado quien tenga que analizar en el caso concreto si la ley aplicable provoca un resultado justo. A su vez, puede ser un vehículo para controlar la legitimidad de las leyes.

## VI. CONCLUSIÓN

La legitimidad del Poder Judicial es aún un problema pendiente de nuestra democracia. Diversas encuestas de opinión muestran descontento con la actuación judicial. Muchas veces la justicia termina enfrentada con la opinión pública, lo que provoca descreimiento en las instituciones, debilitando al sistema institucional. La crisis de 2001 fue una muestra de esto.

El fundamento actual de legitimidad de los jueces como funcionarios apegados al texto de la Constitución no resulta convincente, debido al amplio poder discrecional del que gozan. La garantía de la independencia

<sup>94</sup> MARDER, N., "The Myth...", cit., p. 899.

<sup>95</sup> El "Bronx Jury" también es conocido como un medio para redistribuir la riqueza, ya que las sentencias en los juicios civiles de responsabilidad civil suelen condenar a grandes sumas a las empresas, mediante la condena de reparación de los daños punitivos. En el derecho de responsabilidad civil estadounidense, el monto de condena es fijado por el jurado. Éste es un amplio poder en manos de la ciudadanía que, actualmente, está en el ojo de numerosas críticas. Ver HILLAND, E. - TABARROK, A., *Judge and Jury: American Tort Law on Trial*, The Independent Institute, Oakland, 2006; y SUNSTEIN, C. (comp.), *Punitive Damages, How Juries Decide*, Chicago University Press, Chicago, 2002.

<sup>96</sup> ABRAMSON, J., *Hi, the Jury...*, cit., p. 62.

judicial fue utilizada muchas veces por la Corte Suprema para conseguir prerrogativas particulares, desprestigiando nuevamente la administración de justicia. Por su parte, el Consejo de la Magistratura no logró funcionar de un modo plural, ni esto demostró ser teóricamente suficiente. Aún está pendiente que los jueces tengan una legitimación de origen, la que por ahora prefieren pasar por alto.

Una justicia conformada exclusivamente por jueces técnicos o profesionales no logró constituir un sistema legítimo. Para superar esto se pensó en permitir la participación ciudadana, tanto en el proceso de selección de jueces (mediante las audiencias públicas) como luego en el trámite en particular (por ejemplo, mediante la presentación de *amicus curiae*). Sin embargo, este esquema le sigue dando demasiada relevancia a funcionarios no electos por la ciudadanía, y a quienes no puede remover. La posibilidad real de la ciudadanía de hacer escuchar su voz es aún muy baja.

Para relegitimar al sistema judicial debería pensarse en incorporar a la sociedad de un modo más efectivo. La propuesta de los antifederalistas estadounidenses de un sistema bicameral, con jueces y jurados, donde se llegaría a una sentencia únicamente cuando ambos estén de acuerdo, parece ser un buen camino. Esta suerte de "bicameralismo" podría ser un buen mecanismo para crear confianza en el sistema judicial.

Mediante el juicio por jurados, ya no serán solamente unos jueces alejados de la sociedad los que decidan acerca de la responsabilidad de las personas, sino que deberán hacerlo en conformidad con los propios ciudadanos. Esto provocará resultados más confiables o con menores sospechas, lo que fortalecerá la legitimación del sistema. Al mismo tiempo, podría pensarse que la adopción del juicio por jurados permitirá a la ciudadanía recuperar el control de la interpretación de las leyes y la Constitución.

Las críticas al juicio por jurados en general demuestran una desconfianza en la sociedad. Esta desconfianza dio origen al modelo de los federalistas estadounidenses relatado, y por ello se intentó excluir a la población de los ámbitos de decisión. Sin embargo, ciento cincuenta años después, podemos ver que este resultado no fue adecuado para nuestra democracia. Produjo descreimiento de la ciudadanía en las autoridades y le dio al sistema un sustento elitista, difícilmente compatible con una democracia. Quizás sea hora de permitirle a la ciudadanía ser parte real en el autogobierno.

273  
1890  
1891  
1892  
1893  
1894  
1895  
1896  
1897  
1898  
1899  
1900

## FEDERALISMO

El federalismo es un sistema de gobierno en el que el poder se divide entre un gobierno central y gobiernos locales. Este sistema permite que los gobiernos locales manejen los asuntos que afectan directamente a sus ciudadanos, mientras que el gobierno central se encarga de los asuntos que afectan a todo el país. El federalismo es un sistema de gobierno que ha sido adoptado por muchos países, como Estados Unidos, Canadá, Alemania y Brasil. Este sistema de gobierno permite que los gobiernos locales manejen los asuntos que afectan directamente a sus ciudadanos, mientras que el gobierno central se encarga de los asuntos que afectan a todo el país.

El federalismo es un sistema de gobierno que ha sido adoptado por muchos países, como Estados Unidos, Canadá, Alemania y Brasil. Este sistema de gobierno permite que los gobiernos locales manejen los asuntos que afectan directamente a sus ciudadanos, mientras que el gobierno central se encarga de los asuntos que afectan a todo el país. El federalismo es un sistema de gobierno que ha sido adoptado por muchos países, como Estados Unidos, Canadá, Alemania y Brasil. Este sistema de gobierno permite que los gobiernos locales manejen los asuntos que afectan directamente a sus ciudadanos, mientras que el gobierno central se encarga de los asuntos que afectan a todo el país.



## CAPÍTULO XIX

### NOTAS SOBRE FEDERALISMO

Por JUAN F. GONZÁLEZ BERTOMEU<sup>1</sup>

“Esta forma de gobierno es una convención por la cual varios pequeños Estados aceptan ser miembros de uno mayor, que se proponen crear. Es una reunión de varias sociedades para formar una nueva, susceptible de ampliarse por medio de nuevas asociaciones, hasta conseguir el grado de poder necesario para defender la seguridad de ese cuerpo unido. Una República de esta índole, capaz de resistir a una fuerza externa puede sostenerse a sí misma sin corrupciones internas. La forma de esta sociedad logra evitar toda clase de problemas”.

MONTESQUIEU<sup>2</sup>.

“Una gran democracia debe o bien sacrificar el autogobierno en pos de la unidad o preservarla mediante el federalismo. La coexistencia de varias naciones bajo el mismo Estado es un desafío, al mismo tiempo que la mejor manera de asegurar su libertad... La combinación de diferentes naciones en un Estado es tanto una condición necesaria de la vida civilizada como lo es la combinación de personas en la sociedad”.

Lord ACTON<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> LL.M. (2003), J.S.D. student (2007), New York University (NYU); profesor de derecho, UBA, UP, UNLP. Agradezco a Marcelo Alegre, Fernando Basch, Roberto Gargarella, Marcelo Leiras, Margarita Maxit, Laura C. Roth y Demian Zayat por sus inteligentes y generosos comentarios a versiones previas de este artículo. Desde luego, esos comentarios no se extienden a los varios errores que el trabajo pueda todavía contener.

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, C., *Del espíritu de las leyes*, Libro 9. Citado por HAMILTON, A. en “El Federalista”, nro. 9 (MADISON, J. - HAMILTON, A. - JAY, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997).

<sup>3</sup> *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, “Federalism”, disponible en [plato.stanford.edu](http://plato.stanford.edu).

## I. INTRODUCCIÓN E INTERROGANTES

De acuerdo con la conocida declaración incluida en el primer artículo de la Constitución Nacional, nuestro país adoptó un régimen de Estado federal. ¿Cuál es el significado de esta cláusula? ¿Qué implica que un país sea federal? ¿Qué rasgos mínimos debe tener para que podamos identificarlo como tal? ¿Por qué existen países federales? ¿Por qué Argentina es o debería ser uno de ellos? ¿Es Argentina *insuficientemente* federal o —en cambio— es *demasiado* federal? Sea lo que fuere que Argentina es a este nivel, ¿funciona bien o es necesario efectuar algunos ajustes?

El propósito de este artículo es intentar esbozar algunas respuestas provisionarias a estos interrogantes. Dada su complejidad, muchos temas relacionados con el federalismo quedarán de lado, y los que incluyo no recibirán la atención que merecen. El trabajo se articula del siguiente modo. En la próxima sección (II) intento despejar algunas dudas respecto del concepto de federalismo. En la sección III me ocupo de la justificación normativa de los arreglos federales, poniéndolos a prueba respecto de tres posibles estándares: el control ciudadano del sistema político, la defensa de derechos e intereses de grupos minoritarios, y la capacidad de este sistema de procesar preferencias mayoritarias. Según afirmo allí, los dos primeros estándares, aunque no el último, apoyan en ciertos supuestos una estructura de tipo federal. En la sección IV estudio brevemente el origen del federalismo argentino, con algunas notas sobre el norteamericano.

Luego analizo el desempeño de nuestro federalismo (V). Sostengo en primer lugar que varias cláusulas constitucionales relacionadas con el tema no se respetan, pero que uno de los resultados de este incumplimiento desafía ciertas intuiciones corrientes. El respeto de las cláusulas que se refieren a la conformación del Poder Legislativo nacional daría menos y no más poder a algunas provincias. Afirmo, sin embargo, que el mayor peso político que en la práctica ellas hoy tienen no produce beneficios visibles, y en cambio sí consecuencias negativas en términos institucionales. Digo por ello que es necesario acatar el mandato constitucional, solucionando las distorsiones en materia de representación, y atacando el problema de las asimetrías entre las provincias de un modo directo, con un régimen transparente de coparticipación impositiva.

Posteriormente estudio brevemente otros posibles argumentos a favor y en contra de nuestro federalismo: la (des)igualdad en la aplicación del derecho, la experimentación jurídica y la aplicación de los tratados.

El trabajo termina con una breve conclusión (VI) acerca de los modos de resguardar un arreglo de naturaleza tan inestable como el federalismo.

## II. FEDERALISMO

El federalismo es una de las tantas maneras en que se puede organizar *territorialmente* el poder dentro de un Estado<sup>4</sup>. Así, frecuentemente se sostiene que un Estado es "federal" cuando en un mismo territorio coexisten como mínimo dos tipos de estructuras de gobierno, una central y una local<sup>5</sup>. Esta dispersión de poder implica que, al menos en un área o tema determinado, cada una de estas unidades —el Estado central y las jurisdicciones locales— retiene la autoridad para adoptar decisiones independientemente de la otra<sup>6</sup>. Además, esta autonomía está frecuentemente consagrada en la Constitución, de modo que ninguna de las partes pueda modificarla unilateralmente<sup>7</sup>.

Pero el término "federalismo" dista de ser unívoco. A veces se lo emplea como un concepto de tipo *normativo*, para defender en general el diseño de arreglos de poder menos centralizados, y se reserva el término "federación" para la *descripción* del tipo de estructura que solemos denominar "federal". Sin embargo, en ocasiones tanto "federalismo" como "federación" son empleados de un modo *descriptivo*, entendiéndose

<sup>4</sup> En este artículo doy por presupuesto que el federalismo gira principalmente en torno a esta dimensión territorial. La posibilidad de que existan otros tipos de arreglos federales no basados en el territorio (por ejemplo, la atribución de poder a un grupo étnico disperso geográficamente), aunque desde luego muy interesante, no es explorada aquí.

<sup>5</sup> Este artículo tampoco analiza una interesante dinámica contemporánea relacionada con el federalismo. Mientras muchos países, sean o no federales, intentan unirse entre sí en formas que de modo creciente se asemejan a estructuras federales (el ejemplo de la Unión Europea es el más ilustrativo), a nivel interno suelen observarse, por el contrario, mayores demandas por autonomía o incluso soberanía local.

<sup>6</sup> Esta nota es la que parece estar ausente en los sistemas "confederales", en los que o bien no existe un poder central o, cuando existe, no tiene autonomía real para tomar decisiones independientemente de los Estados locales, que conservan una soberanía casi ilimitada.

<sup>7</sup> Ficker, W., *Federalism: Origin, Operation, Significance*, Little, Brown and Company, Boston, 1964, p. 5. Como la propia caracterización lo indica, la delimitación entre los poderes de la unidad y las subunidades no siempre es tajante, y la autoridad respecto de ciertas áreas es frecuentemente compartida. Estos rasgos suelen producir roces entre la unidad central y las subunidades.

al primer término como el género de los sistemas de organización política descentralizados, y al segundo como una de sus especies (junto a otras: "confederación", "Estados asociados", etc.). Finalmente, una última alternativa es volver a concebir el "federalismo" como un ideal *normativo*, y reservar los conceptos "sistemas políticos federales" y "federación" para emplearlos respectivamente como el género y la especie *descriptivos*<sup>8</sup>.

Pero incluso circunscribiendo el análisis al empleo del término "federación", existen tantas modalidades diferentes como países hay auto-denominados federales<sup>9</sup>, y ello viene determinado por la distinta expansión de los poderes de cada una de estas estructuras, central o local. En algunos, más "centralizados", el equilibrio del reparto de competencias está inclinado hacia el lado del Estado central, mientras que en otros, más "periféricos", lo está hacia las subunidades locales. Diversas variables pueden emplearse para medir este equilibrio: el tipo de distribución de competencias legislativas y administrativas entre la unidad y las subunidades, los límites fijados por la Constitución a cada una de ellas, la capacidad de recaudación de y/o la asignación de recursos financieros a las subunidades, y el nivel de participación de las subunidades en la toma de decisiones a nivel central<sup>10</sup>. Este último punto merece destacarse aquí. Pese a que la nota que caracteriza a los Estados federales es la división entre el gobierno central y las subunidades, estas últimas concurren de algún modo a formar la voluntad del primero<sup>11</sup>.

Desde luego, las fronteras de este amplio abanico de posibilidades que el federalismo deja abierto son borrosas. Determinar cuándo un país deja de ser federal, sea porque sus subunidades ya son soberanas, o porque carecen casi completamente de autonomía, depende de una elección poco menos que arbitraria. El federalismo es un punto de equilibrio *relativamente* estable entre otros modos de organizar el poder, y es el producto de dinámicas e inercias históricas, políticas y culturales en la vida de un país. Dicho de otro modo, lo que frecuentemente denominamos

<sup>8</sup> Véase WATTS, R., "Federalism, Federal Political Systems, and Federations", *Annual Rev. Polit. Sci.*, 1 (1998), ps. 117-122.

<sup>9</sup> Cuando en el artículo emplee la etiqueta "federalismo" me voy a estar refiriendo, temo que indistintamente, tanto al concepto normativo como a la especie "federación".

<sup>10</sup> Véase WATTS, R., "Federalism...", *cit.*, p. 124.

<sup>11</sup> Vale la pena repetirlo: en un país federal frecuentemente existe una confluencia de atribuciones entre la unidad central y las subunidades, pero, como dijimos, tanto el Estado central como las subunidades retienen autonomía en ciertas áreas. A su vez, las subunidades participan de alguna manera en las decisiones nacionales, por ejemplo, a través de una institución como el Senado. Analizo este punto más adelante.

"federalismo", un tipo de arreglo inspirado en la experiencia norteamericana, es un posible punto intermedio en un continuo sobre distribución territorial del poder dentro de un país<sup>12</sup>. Pero una federación puede optar por otro punto en ese continuo.

Dado que hay varios esquemas alternativos al federalismo, y que por ende los posibles defectos y virtudes de este sistema son relativos, al analizar el (o algún tipo particular de) "federalismo" es necesario aclarar con cuál de ellos se lo está comparando. Un ejemplo bastará para aclarar este punto. Uno de los argumentos usuales para justificar el federalismo es que éste, al dividir el poder entre distintas instancias territoriales, provee frenos o puntos de veto contra posibles abusos provenientes de un Estado central ilimitado. Pero sería ridículo ensayar este argumento, por ejemplo, y al menos como justificación no sólo normativa sino también *histórica*, respecto de un país como los Estados Unidos, en donde este arreglo fue adoptado a partir de otro, previo, de tipo confederal. Como es natural, difícilmente algo puede limitar más el poder central que una confederación. El argumento por ende sólo tendría valor si el caso fuera distinto: que el federalismo viniera precedido por una estructura centralista, y no confederal. Dado entonces que este tipo de arreglo es un punto de equilibrio entre dos extremos, a la hora de comparar entre alternativas es necesario saber cuál es el sentido o dirección de esa dinámica histórica.

### III. JUSTIFICACIÓN

Pese a que ambas dimensiones están relacionadas, el análisis normativo del federalismo, que busca justificar o rechazar su existencia, debe distinguirse del análisis histórico, que intenta explicar causalmente el surgimiento de este tipo de estructuras<sup>13</sup>. Más allá de las causas que dan

<sup>12</sup> En un extremo encontramos estructuras completamente centralistas, sin subunidades locales. Luego, con creciente fuerza, encontramos distintos tipos de descentralización, inicialmente sólo administrativa y luego también política, hasta llegar a un tipo de arreglo "federal" más centralizado, primero, y más periférico, después. En el otro extremo están las formas mucho más fuertes, ya "confederales", de soberanía local. Por supuesto, también existen esquemas asimétricos, en los que una zona del país goza de mayor autonomía que otras.

<sup>13</sup> Según vimos, podría ocurrir que las razones que explican el nacimiento de un Estado federal determinado no sean del todo coincidentes con los argumentos normativos que puedan existir para apoyarlo. Podríamos encontrar que ciertos argumentos normativos no tenidos en cuenta en un contexto histórico particular refuerzan o debilitan la

cuenta del surgimiento de un arreglo institucional como el federal, que más adelante analizaremos, una pregunta relevante es si existen buenos fundamentos teóricos para sustentarlo.

Según creo, la respuesta a esta pregunta es afirmativa pero no categórica. El federalismo no sale siempre triunfante en el cotejo con formas alternativas de distribuir el poder territorial de un Estado. A un nivel ya no normativo sino de aplicación práctica, la discusión se torna incluso más compleja al analizar el caso argentino, como veremos más adelante. Propongo aquí tres tipos de estándares que pueden ser (al menos alternativa-mente) aceptados por más de una teoría de la democracia<sup>14</sup>: la capacidad de un sistema institucional para promover la deliberación y el control democrático, para proteger a grupos minoritarios, y para procesar preferencias mayoritarias. Dado que dependen de un contexto específico y de su aplicación práctica, postergo el análisis de otros posibles estándares—incluyendo la eficiencia en el gobierno— para el momento de mencionar el caso argentino.

## 1. Deliberación y control democrático

Según una manera de justificar la democracia, el sistema político debe ser diseñado con el fin de minimizar la posibilidad de que un individuo o grupo se sitúe por encima de otros, dominándolos, y de apostar a la deliberación y el autogobierno colectivos<sup>15</sup>. Esto es, que sean los propios ciudadanos quienes se involucren en un proceso de discusión tan libre, reflexivo y profundo como sea posible para tomar, conjuntamente, decisiones políticas en todas aquellas áreas que puedan afectarlos<sup>16</sup>.

---

justificación de este arreglo institucional (o que argumentos tenidos en cuenta en un momento fundacional hoy ya no tienen peso).

<sup>14</sup> Para un estudio de teorías alternativas de la democracia, ver otras contribuciones en este libro.

<sup>15</sup> Además de encontrar cobijo en otros artículos de esta compilación, estos puntos se nutren de principios que son básicos para cierta corriente tradicional de reflexión político-filosófica, generalmente catalogada (aunque las etiquetas no son aquí importantes) como republicanismo cívico. Entre otros autores que pertenecen a esta tradición, puede citarse (de épocas y con muchos matices distintos entre sí) a Cicerón, James Harrington, Maquiavelo, Thomas Paine, Philip Pettit, J. G. A. Pocock o Quentin Skinner.

<sup>16</sup> De acuerdo con los principios reseñados en la nota anterior, aun aceptando que hoy es necesario que (algunos de estos procesos) sean llevados a cabo por políticos profesionales, los representantes, esto no debería verse como un rasgo que debamos celebrar sino como una limitación derivada de la vida en sociedades superpobladas. Un sis-

Ahora bien, en punto a la justificación del federalismo debemos avanzar con cierta cautela. Ello pues esta manera de concebir a la democracia no brinda respuestas categóricas a nuestros interrogantes. Históricamente, el pensamiento republicano solió privilegiar la existencia de naciones con una extensión territorial y poblacional acotadas<sup>17</sup>. Cuanta mayor distancia existiera entre representantes y representados, así como entre los propios ciudadanos, menor sería la posibilidad de una comunicación real entre todos ellos, especialmente en tiempos en los que la tecnología no ofrecía medios para achicar esa brecha. Por consiguiente, menor sería la posibilidad de que los ciudadanos controlaran posibles "traiciones" a la voluntad popular, y que se involucraran más directamente en la gestión y la discusión públicas.

En una República lo suficientemente pequeña, como veremos más adelante, la dispersión de poder típica del federalismo podía ser contraproducente. En cambio, en la medida en que la República creciera en territorio y población, tal vez sí fuera necesario subdividirla, de manera de volver a estrechar los vínculos de representación, de minimizar el riesgo de que un distante gobierno central pudiera violar los derechos de los ciudadanos, y de fomentar la participación pública. Así, el federalismo en estos casos multiplicaría los escenarios para la práctica política, y promovería la educación y virtud ciudadana. Su complejo entramado institucional pondría a disposición de los individuos un ámbito adicional, más cercano y local, tanto como esfera autónoma de participación cuanto como modo de experimentación y preparación para (saltar a) las discusiones a nivel nacional<sup>18</sup>.

---

tema puede ganar en "salud institucional", por consiguiente, si logra estrechar —en cuanto sea posible— los vínculos entre esos representantes y los ciudadanos, sus representados; si permite que éstos se comuniquen adecuadamente, de un modo más discursivo que plebiscitario, con los primeros; si permite que tengan la capacidad efectiva de controlarlos; y si no aliena o aboga el espacio de reflexión pública de los ciudadanos.

<sup>17</sup> Esta inquietud estaba presente, por ejemplo, en el pensamiento de J. J. Rousseau, T. Jefferson y Montesquieu.

<sup>18</sup> Una justificación de tipo "pluralista" tendería a invertir este argumento. Si bien no me detendré a justificar esta afirmación, creo que ella puede derivarse del análisis que sigue sobre grupos y minorías, así como de las notas sobre el origen del federalismo norteamericano incluidas en la sección IV.

## 2. Protección de grupos y minorías

A diferencia de un Estado centralista, los arreglos federales podrían estar en mejores condiciones de minimizar la posibilidad de dominación de un grupo sobre otros<sup>19</sup>. Pero esto podría ser así *sólo* si el peligro de abusos proviniera del propio Estado central<sup>20</sup>.

Por un lado, el federalismo agrega nuevos niveles para filtrar o directamente impedir la influencia a nivel local de ciertas decisiones adoptadas desde el centro. Pero al mismo tiempo convierte a las subunidades locales en jugadores especialmente importantes en el proceso de toma de decisiones a nivel nacional, pues en ciertos casos cuentan con un potencial poder de veto<sup>21</sup>. Aunque con matices, este principio podría ser compartido por teorías más y menos robustas de la democracia<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Cabe mencionar que unas intuiciones relativamente similares a las que analizo en este apartado están presentes en los escritos de Immanuel Kant sobre las relaciones entre los Estados. Es conocido el tránsito del filósofo alemán desde su posición en la *Metáfora de las costumbres*, donde sugería a los Estados establecer una federación internacional similar a la que regla internamente en varios de ellos, y que obligara irrevocablemente a sus sociedades, hasta el principio defendido en *La paz perpetua*. Con el fin de no contradecir el ideal de autogobierno colectivo, el filósofo de Königsberg sugiere en esta obra que las sociedades pacten la creación de una liga voluntaria de Estados (una "confederación pacífica" que ponga fin –para siempre– a todas las guerras), en la que éstos conserven su soberanía. Ver KANT, I., *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History*, editado por y con introducción de Pauline Kleingeld, Vail-Ballou Press, Binghamton, Nueva York, 2006.

<sup>20</sup> James Madison, como veremos, tenía la idea opuesta.

<sup>21</sup> La relación entre las subunidades y el gobierno central en un Estado federal puede analizarse a manera de un modelo "principal-agente", de acuerdo con el cual las primeras conservan cierta autoridad para supervisar el modo en que el gobierno central ejerce las atribuciones delegadas. La introducción del Senado (un punto al que vuelvo luego) es particularmente relevante en este contexto, tanto en los Estados Unidos como en Argentina. Por medio de su intervención (aunque indirecta) en esta institución, las provincias se reservan la última palabra a la hora de castigar a los funcionarios federales mediante el juicio político, y tienen cierto rol en la conducción de la política exterior y la defensa, al prestar consentimiento para la designación de diplomáticos y militares de alto rango. Finalmente, participan de la elección de los jueces de la Corte Suprema. Véase FERRERIN, J., "Accountability and Authority: Toward a Theory of Political Accountability", en PRZEWORSKI, A. - STOKES, S. - MANM, B. (eds.), *Democracy, Accountability and Representation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, ps. 133 a 136.

<sup>22</sup> Tanto –por ejemplo– una visión republicana como una visión pluralista de la democracia coinciden en la necesidad, en ciertos casos, de prevenir que un grupo domine a otros. Más adelante señalaré algunas diferencias entre ambas visiones respecto de este punto.

En naciones socialmente divididas, especialmente por diferencias identitarias (religiosas, étnicas o lingüísticas), el federalismo<sup>23</sup> parece una receta aconsejable para, como sostiene Alfred Stepan, "mantener unida" a una nación<sup>24</sup>. El federalismo sería a un mismo tiempo un freno más o menos directo a las pasiones mayoritarias y un modo de reforzar la autonomía, seguridad y reconocimiento de esos grupos minoritarios a nivel nacional, aumentando con ello la legitimidad del Estado<sup>25</sup>. A diferencia de lo que, según veremos, para algunos autores explica el origen del federalismo, es esta dinámica de tipo centrífugo la que parece observarse hoy en el mundo en aquellos países que se deciden por algún tipo de arreglo federal<sup>26</sup>.

Para Richard Pildes, estos esquemas podrían ser deseables porque pondrían en funcionamiento una suerte de *gag rule* o *ley mordaza*. Así, ciertos grupos fuertemente divididos a nivel nacional podrían acordar no discutir cuestiones particularmente sensibles, llevándolas así al ámbito local, de manera de confinarlas y segmentarlas. De esta manera, se evitarían posibles confrontaciones y parálisis a nivel nacional, y se permitiría seguir adelante con la discusión de temas menos conflictivos<sup>27</sup>. Estas inquietudes no son nuevas. Fueron una preocupación subyacente en los debates constitucionales norteamericanos y otros contextos históricos, y estuvieron presentes en el pensamiento de quien frecuentemente es considerado el "padre" del federalismo, el alemán Johannes Althusius<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> En varias de sus formas, incluyendo la "devolución" de poder a ciertos grupos o áreas específicos.

<sup>24</sup> Véase STEPAN, A., "Federalism and Democracy: Beyond the US Model", *Journal of Democracy*, 10.4 (1999), ps. 19 a 34.

<sup>25</sup> Sobre este punto, véase PILDES, R., "Ethnic Identity and Democratic Institutions: A Dynamic Perspective", en CROSMY, S. (ed.), *Constitutionalism in Divided Societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008 (*forthcoming*); STEPAN, A., "Federalism...", cit.

<sup>26</sup> PILDES, R., "Ethnic Identity...", cit. Según Stepan, todas las democracias multinacionales o multiétnicas que hoy existen en el mundo son federales (STEPAN, A., "Federalism...", cit.).

<sup>27</sup> PILDES, R., "Ethnic Identity...", cit. Acerca de las *gag rules*, véase HOLMES, S., *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, ps. 202 a 235.

<sup>28</sup> Althusius, un calvinista que vivió en la antigua ciudad alemana de Emden, de la que fue funcionario, escribió en 1603 la *Politica Methodice Digesta*, en donde abogaba por una mayor autonomía local principalmente en contra de la autoridad imperial católica y de autoridades provinciales luteranas. Véase CARMY, F., *The Politics of Johannes Althusius, an Abridged Translation of Politica Methodice Digesta*, Eyre & Spottiswoode, Londres, 1965; HUGGINS, T., *Early Modern Concepts for a Late Modern*

Aunque es imposible reseñar aquí sus aportes al pensamiento político y a la propia noción de federalismo, Althusius planteaba la necesidad de dispersar el poder en múltiples niveles asociativos. Defendía la existencia de varias asociaciones comunitarias imbricadas en un orden ascendente. A manera de una pirámide, las asociaciones más pequeñas y locales debían formar parte de las situadas por encima de ellas (menos locales y particulares), saltando de organizaciones sociales básicas como la familia a los gremios, la ciudad, la provincia y finalmente la nación (la unión "universal")<sup>29</sup>. De acuerdo con esta "teoría de representación política ascendente", ciertos grupos minoritarios que a nivel nacional serían ignorados podrían incorporarse a la vida política<sup>30</sup>.

Esta idea parece atractiva, especialmente para los casos de grupos minoritarios no dispersos geográficamente (lo que el juez de la Corte norteamericana Harlan Stone denominara, en la célebre nota al pie 4 del caso "Carolene Products", de 1938, *discrete and insular minorities*, algo así como "minorías identificables y cohesionadas")<sup>31</sup>. Es decir, resulta interesante cuando como consecuencia del trazado de límites entre las subunidades los miembros del grupo quedan del mismo lado, sea que la división se haga o no teniendo conscientemente en cuenta ese fin<sup>32</sup>.

---

*World, Althusius on Community and Federalism*, Wilfrid Laurier University Press, Ontario, 1999; *Stanford...*, cit.

<sup>29</sup> CARNEY, F., *The Politics...*, cit.; HUGGLES, T., *Early Modern Concepts...*, cit.

<sup>30</sup> A diferencia de los puntos sostenidos por los "federalistas" norteamericanos, que analizaremos más adelante, Althusius intentaba reconciliar el entonces nuevo fenómeno del nacimiento del Estado moderno, que implicaba centralizar el poder en una monarquía que gobernara para todo el territorio, con la necesidad de respetar a las minorías culturales y religiosas del país. Una manera, esto es, de hacer compatibles el orden particular y el universal, la parte y el todo. A pesar de que la teoría de Althusius tiene ciertos rasgos corporativos (además de comunitaristas), pues a medida que se asciende en la pirámide de organizaciones el tipo de participación se vuelve menos individual que orgánica, su preocupación central era proveer una estructura de gobierno que fuera a la vez inclusiva y respetuosa de las diferencias. Véase HUGGLES, T., *Early Modern Concepts...*, cit., pp. 145 y 213.

<sup>31</sup> Acerca de este punto, véase ACKERMAN, B., "Beyond Carolene Products", 98 *Harv. L. Rev.*, 713 (1985).

<sup>32</sup> Desde luego, una posible preocupación aquí podría ser la suerte de las minorías dentro de esta subunidad (es decir, los miembros de grupos mayoritarios o en todo caso no desaventajados a nivel nacional, pero minoritarios en la subunidad). Hacia el final de esta sección vuelvo sobre el tema, pero, como veremos, precisamente éste era el temor de "federalistas" norteamericanos como Madison. No me extiendo aquí sobre este punto por la razón antes vista: la comparación que aquí hago es entre el federalismo y estructuras más centralizadas a él. El sistema norteamericano, como antes dije, venía precedido de una ma-

Pero si los miembros del grupo minoritario no estuvieran "cohesionados" en la misma subunidad local, no es claro que el federalismo otorgaría muchas garantías. Suponga el lector que una minoría determinada representa el 20% de la población de la sociedad. Si el grupo estuviera geográficamente circunscripto a una subunidad, su peso y su voz necesariamente aumentarían a nivel local (y posiblemente a nivel nacional también<sup>33</sup>). Dependiendo de cómo se tracen los límites entre las subunidades, podría incluso ocurrir que una enorme proporción de la población de una subunidad pertenezca a ese grupo. Ahora bien, si esta cohesión no existiera, y si los integrantes del grupo estuvieran geográficamente diseminados a lo largo del país o al menos en más de una subunidad, el peso interno del grupo a nivel local podría llegar a ser menor, igual o a lo sumo sólo ligeramente superior al que tiene a nivel nacional. Y si a nivel nacional sufrían algún tipo de persecución o discriminación, lo mismo podría suceder a nivel local. Lo único que este arreglo lograría es abrir el rango de posibilidades<sup>34</sup>.

Al comienzo de este punto señalé que las ventajas que el federalismo promete en términos de la protección de grupos podrían ser reales sólo si el peligro proviniera del propio Estado central. Como veremos, James Madison sostenía en los debates de la Constitución norteamericana el punto inverso: el mayor peligro no podía venir del Estado central, que en ese momento prácticamente no existía, sino de los Estados locales. Por eso era aconsejable una mayor centralización del poder, de modo de proteger a las minorías (entonces aventajadas) de la "demagogia" populista local. Este punto, históricamente contingente en ese caso, podría sin embargo generalizarse.

---

yor descentralización. Aun cuando se compartieran los temores madisonianos, el federalismo era incluso en este punto un remedio en contra de esas estructuras de mayor dispersión.

<sup>33</sup> Ello pues, en comparación con un sistema centralista, esas mayorías locales podrían hacerse oír con más fuerza en órganos nacionales (como el Senado).

<sup>34</sup> Al haber más subunidades involucradas (en el caso del grupo cohesionado las posibles tensiones se daban principalmente entre la/s subunidad/es respectiva/s y el Estado nacional), habría más resultados posibles: que ninguna subunidad discrimine, que lo hagan todas, sólo algunas, una sola, etc. Aquí sólo me referí a un tipo especial de grupo, cohesionado geográficamente o a nivel organizativo, y especialmente identificable por ciertos rasgos más o menos visibles (como el color de la piel de sus miembros, por ejemplo). Como asegura ACKERMAN, B., "Beyond Carolee Products", cit., pese a que en algunos contextos, y desgraciadamente, siguen siendo objeto de fuerte discriminación, estos grupos cuentan con ciertas "ventajas" sobre otros menos identificables y cohesionados, especialmente en términos de costos de organización.

### 3. Mayorías

Sostuve antes que la receta a favor del federalismo parecía simple. En términos de participación democrática y de respeto a las minorías, la balanza parecía inclinarse hacia el lado del esquema federal, cuando se lo comparaba con un Estado centralizado. Especialmente cuando la extensión territorial del Estado es grande, y cuando existen grupos minoritarios concentrados en una región.

Pero dije también que la cuestión no era tan simple. Tal vez porque la propia definición de democracia no lo es. Más arriba puse énfasis en dos posibles dimensiones de este tipo de gobierno: la participación y la deliberación pública, por un lado, y el control ciudadano, por el otro. Mencioné sólo al pasar otra dimensión clave: el respeto a la *regla de mayoría*. En este aspecto el federalismo es más problemático. Según diré, en la medida en que multiplica y divide las instancias de toma de decisiones, este tipo de arreglo podría impedir la implementación de políticas preferidas por una mayoría.

Un Estado centralista está en mejores condiciones de procesar preferencias mayoritarias a nivel nacional que un Estado federal. Esto se debe principalmente a dos razones. En primer lugar, un Estado centralista no tiene límites en su agenda democrática. Es decir, el conjunto del pueblo en una República centralista puede adoptar decisiones en temas que, en un país federal, le están vedados, por haber sido asignados a cada una de las subunidades que lo componen. Este punto, que es el correlato del que analizamos antes sobre la protección de las minorías, podría no ser tan problemático, y esto dependerá entre otras cosas de nuestra concepción acerca del significado de "pueblo". Si consideramos que nuestra identificación comunitaria es más fuerte respecto de la subunidad que de la unidad, esto será más una ganancia que una pérdida<sup>35</sup>. Por otro lado, podríamos considerar, como sostuve antes, que el "autogobierno" democrático se ve mejor satisfecho con un ámbito de toma de decisiones más restringido y local.

Segundo, y como nos resultará familiar, el federalismo típicamente incorpora ajustes para asegurar cierta voz a cada una de estas subunidades

<sup>35</sup> Sin embargo, éste parece ser un caso límite, al menos llevado al extremo: si ésa fuera nuestra identificación, es probable que la propia participación de la subunidad en el Estado federal esté en tensión (de hecho, es esto lo que ocurre en lugares como la provincia canadiense de Québec, que protagoniza una inveterada lucha por su secesión de Canadá).

en las instituciones centrales. Esto generalmente involucra la creación de una segunda Cámara Legislativa, lo que de por sí puede impedir o al menos dificultar la aprobación de una propuesta preferida por la mayoría de la población<sup>36</sup>. Pero, además, esta Cámara Legislativa, tal lo que sucede en los Estados Unidos y en la Argentina con el Senado, suele ser fuertemente contramayoritaria al estar integrada por igual cantidad de miembros por subunidad, sin importar su población. Naturalmente, esto agrava el problema señalado<sup>37</sup>.

Este punto no tendría tanto peso si la distribución de poderes entre la Cámara Baja, que obedece al principio de igualdad política "una persona un voto" (en Argentina, la Cámara de Diputados), y la Cámara Alta, que refleja la estructura federal del Estado (el Senado de la Nación), no fuera simétrica<sup>38</sup>. En algunos Estados no federales es también típico

<sup>36</sup> Este tipo de propuesta generalmente recibe el nombre de "ganador Condorcet" (una propuesta que resulta preferida a cualquier otra en competición de a pares). Suponga el lector —simplificando excesivamente el ejemplo— que diez personas tienen que tomar una decisión. Imagine que existe una propuesta P que es preferida por seis de las diez personas. Con un sistema "unicameral", en el que las diez personas votan de acuerdo con la regla de mayoría, es imposible que esta propuesta no sea aprobada. Suponga ahora que las diez personas se dividen en dos grupos de cinco para tomar la decisión; ambos grupos tienen que aceptar la propuesta para que ella sea aprobada. La pertenencia a uno u otro grupo se asigna mediante un sorteo. En este caso, la propuesta "mayoritaria" podría no lograr su adopción. Por ejemplo, si cuatro de los seis que la defienden quedan en un grupo, serán mayoría en él, pero los dos restantes serán minoría en el otro. Algo semejante podría ocurrir en el caso de bicameralismo legislativo si las Cámaras son simétricas, como frecuentemente lo son bajo estructuras federales. Véase LEVMORE, S., "Bicameralism: When are Two Decisions Better than One?", *International Review of Law and Economics*, v. 12 (1992).

<sup>37</sup> Permitáseme introducir un dato sobre el que volveré más adelante. En los Estados Unidos, esta desproporción en el Senado es tangible: tomando los Estados más y menos poblados, la desproporción es de 66:1. Es decir, sesenta y seis personas en California tienen el mismo peso político que una sola en Wyoming. Véase PALLES, R., "Ethnic Identity...", *cit.* Si esta diferencia entre la provincia más y menos poblada es notable, cabe destacar que en Argentina es mayor al doble: 136:1. En la provincia de Buenos Aires, ciento treinta y seis personas tienen el poder político —en términos de quién elige a los senadores— que tiene cada persona en Tierra del Fuego. Calculado sobre la base del Censo 2001, resultados disponibles en [www.indec.gov.ar](http://www.indec.gov.ar).

<sup>38</sup> La simetría entre dos Cámaras implica que se necesite del concurso de ambas para aprobar una ley. Esto no quiere decir que las atribuciones de las Cámaras tengan que ser idénticas. En el caso argentino, cada una de ellas tiene ciertas potestades exclusivas en el trámite legislativo (especialmente en términos de dónde se debe originar el trámite de una ley en ciertos temas; así, Diputados para aprobar impuestos, Senado para aprobar la Ley de Coparticipación Federal), lo que suele ser un reflejo de su origen

encontrar una segunda Cámara como el Senado. Pero es común que el Parlamento esté compuesto por Cámaras *asimétricas*, y que la Cámara que representa más directamente al pueblo pueda sobreponerse a posibles vetos del Senado. Esto es lo que ocurre en Francia, por ejemplo<sup>39</sup>. De hecho, también en algunos países federales<sup>40</sup>. Como veremos más adelante al referirnos al caso argentino, este fenómeno incluso se potencia cuando existen ciertas distorsiones en la propia Cámara que representa directamente al pueblo.

En términos de procesamiento de preferencias mayoritarias<sup>41</sup>, por consiguiente, un Estado centralista aventaja a un Estado federal<sup>42</sup>. Francia es un buen ejemplo de la opción por un esquema centralista, pues a la vez que puede garantizar el predominio de las mayorías, también permite una adecuada participación y control ciudadano<sup>43</sup>. El centralismo francés, desde luego, tiene relación con la idea allí vigente (en parte inspirada en autores premodernos como Jean Bodin, y luego recuperada por los jacobinos) acerca de la indivisibilidad de la soberanía<sup>44</sup>.

---

y su tipo de representación. Pero lo importante es que ninguna ley puede ser aprobada si no lo es por parte de ambas Cámaras, y que el régimen de mayorías es idéntico para las dos.

<sup>39</sup> Véanse los arts. 45 y 46 de la Constitución de 1958.

<sup>40</sup> En Alemania, la Cámara Alta (*Bundesrat*, en donde los *Länder* están representados) tiene menos poderes legislativos que la Cámara Baja (*Bundestag*). Véanse los arts. 77 y 78 de la Constitución alemana.

<sup>41</sup> Stepan menciona un tercer rasgo del federalismo que debilita su posibilidad de procesar preferencias mayoritarias *vis à vis* un Estado centralista: la mayor intervención de la justicia, un órgano de por sí contramayoritario, para resolver conflictos entre el Estado central y las jurisdicciones locales (STEPAN, A., "Federalism...", cit.). Analizo muy brevemente este punto sobre el final del ensayo.

<sup>42</sup> Y el Estado federal es a su vez aventajado por un Estado confederal, pero si consideramos que la unidad de análisis relevante en dichos Estados es el pueblo de la subunidad, y no del conjunto de la confederación.

<sup>43</sup> Si, como veremos, la discusión norteamericana y argentina se dio sobre uno de los lados del continuo gobierno central-confederación (presuponiendo que debía existir una fragmentación del poder, se trataba de delimitar sus contornos), la lección de Francia discurre en el lado opuesto. Pese a que hoy existe cierto grado de descentralización político-administrativa (existen varias subdivisiones, como las regiones, los departamentos y las comunas), el Estado es unitario. Lo es en el sentido de no segmentar tanto como un país federal la agenda de temas entre distintas subjurisdicciones, pero también al no tener, como acabamos de ver, una segunda instancia legislativa no representativa con capacidad de veto.

<sup>44</sup> Parte de estas intuiciones podrían asociarse con el pensamiento de J. J. Rousseau. Sin embargo, la posición del pensador ginebrino no es clara respecto del tema del fede-

## IV. ORÍGENES

Dada la diversidad de Estados federales en el mundo y a lo largo del tiempo, es riesgoso ofrecer una explicación simplificadora que pueda dar cuenta de su origen en todos los casos. William Riker intentó hacerlo<sup>45</sup>. En 1964, Riker afirmaba que todos los tipos de "federalismo" conocidos, incluyendo el caso argentino, surgieron como resultado de una negociación mutuamente ventajosa (una "negociación federal"<sup>46</sup>) entre Estados o entidades políticas preexistentes. Estas negociaciones compartirían ciertas peculiaridades. En primer lugar, el Estado que ofrece el acuerdo tiene el deseo de expandirse territorialmente, generalmente como modo de posicionarse mejor para una defensa militar o diplomática, o para prepararse para un ataque. Paralelamente, el que lo acepta prefiere renunciar a parte de su libertad para afrontar de mejor modo los peligros de un ataque externo, militar o diplomático<sup>47</sup>. Como resultado, las partes acuerdan constituir un nuevo Estado, cuyo territorio es equivalente a la suma de los Estados previos, aumentando su capacidad militar y facilitando la recaudación de impuestos<sup>48</sup>.

---

ralismo. Para algunos autores, Rousseau estaba a favor de un sistema federal, y aunque no llegó a escribir extensamente sobre el tema, dejó algunas pistas sobre esta orientación (también hay versiones de que llegó a escribir un tratado que fue destruido). Sin embargo, a pesar de estar convencido de la necesidad de que los Estados fueran tan pequeños como fuera posible, Rousseau no parece brindar en sus escritos un argumento completo a favor del gobierno federal. Véase RILEY, P., "Rousseau as a Theorist of National and International Federalism", *Publius*, vol. 3, no. 1, 1973, pp. 5 a 17.

<sup>45</sup> Riker, el padre de la *positive political theory* —o "escuela de Rochester"—, intentaba encontrar evidencia empírica para contrarrestar lo que según él eran relatos románticos o anecdóticos acerca del surgimiento del federalismo. Según él, ellos frecuentemente se basaban en las virtudes económicas derivadas de la combinación de distintos Estados, o en la protección que el federalismo podía brindar a grupos o valores culturales. Véase RIKER, W., *Federalism...*, cit.

<sup>46</sup> Como puede apreciarse, este nombre es notablemente similar al "Pacto Federal" argentino, de 1831, que menciono más adelante.

<sup>47</sup> RIKER, W., *Federalism...*, cit., p. 12.

<sup>48</sup> Para Riker, sin embargo, la conservación del federalismo requería —entre otras cosas— la existencia de un sistema de partidos políticos de tipo descentralizado, en el que la selección de las candidaturas para cargos en el gobierno central dependiera de los partidos locales. Véanse RIKER, W., *Federalism...*, cit.; RODRÍGUEZ, J., *The Political Economy of Federalism*, MIT, 2005; BUDNAR, J. - ESKRIDGE, W. - FIERSON, J., "A Political Theory of Federalism", en FIERSON, J. - RAKOVIC, J. - RILEY, J. (eds.), *Constitutional Culture and Democratic Rule*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Como era de esperar, Riker fue criticado por ofrecer una explicación monocausal que pasaba por alto la existencia de complejas dinámicas históricas y culturales, distintas o alternativas a la que él mencionaba. Alfred Stepan, por ejemplo, sostiene que no todos los países federales respetan la lógica subyacente en el análisis de Riker, según la cual distintas entidades preexistentes "se juntan" (*come together*) para formar un Estado más amplio. Antes bien, el federalismo surge a veces a partir de experiencias centralistas, como modo de garantizar la supervivencia del sistema político. Citando ejemplos como el de la India en 1950, Stepan argumenta que, con frecuencia, los líderes políticos de un Estado advierten que la única manera de mantener a sus países unidos es devolver poder localmente, convirtiéndose en federaciones. Estos "federalismos", entonces, no surgen como resultado de negociaciones entre unidades previamente autónomas o soberanas, sino más bien desde el propio Estado central<sup>49</sup>. En vez de "juntarse", de un modo que podríamos llamar "centrípeto", a veces el país se "mantiene unido" (*holds together*) mediante un federalismo "centrífugo".

## 1. Estados Unidos

Uno de los puntos centrales sobre los que giró la discusión constitucional en el período formativo de la República norteamericana (el último cuarto del siglo XVIII) fue precisamente el relativo a la asignación de competencias y poderes entre el Estado central y los Estados locales en el nuevo esquema federal<sup>50</sup>.

Dado que durante el período colonial los trece Estados iniciales habían contado con gran autonomía, naturalmente aspiraron a conservarla luego de la independencia del país, en 1776. Esto se vio reflejado en su

<sup>49</sup> De esto no se sigue, sin embargo, que no exista una negociación entre las partes en el origen de estos arreglos federalistas alternativos. Si las regiones que reciben autonomía no son en cierto sentido autosuficientes, desde luego que no tiene sentido ofrecerles garantías institucionales desde el Estado central. Como sostiene Stepan, los federalismos *holding together* son asimétricos (a diferencia de los *coming together*). Esta asimetría refleja el poder de negociación de las unidades territoriales que reciben distintos grados de autonomía. En consecuencia, ambos tipos de federalismo pueden verse como resultado de una negociación y no de una imposición. Agradezco a Marcelo Leiras por hacerme ver este punto.

<sup>50</sup> Algunos calificaban a este nuevo federalismo con el adjetivo "centralista", para distinguirlo del orden confederal previo.

primera Constitución, conocida como los *Artículos de la Confederación*<sup>51</sup>. El texto era completamente claro en el sentido de que los Estados locales retenían su libertad y soberanía, y que el gobierno central –que por lo demás carecía de un verdadero Poder Ejecutivo– sólo contaba con aquellas pocas atribuciones expresamente delegadas por los Estados<sup>52</sup>.

Esta Constitución recibió críticas desde su promulgación y tuvo una vida muy corta. Ellas se centraron principalmente en la excesiva debilidad –la práctica inexistencia– del gobierno central, que no tenía siquiera facultades para crear y cobrar impuestos. Cuando la Convención Constituyente finalmente se reunió en Filadelfia (1787) a puertas cerradas para modificarla, pues sólo para esto los Estados habían extendido mandato a los convencionales, el resultado inesperado fue una Constitución completamente nueva<sup>53</sup>.

Si bien la Convención Constituyente no pulverizó completamente el poder que tenían los Estados, lo limitó creando un fuerte gobierno central. Ésta era la receta adecuada, al decir de James Madison y Alexander Hamilton, dos de los más fervientes defensores de esta nueva dinámica, para minimizar la posibilidad de que un grupo tiranizara al resto. Siguiendo el pensamiento de David Hume pero también de Montesquieu, los dos

<sup>51</sup> Adoptada en 1777 en la práctica, pero recién formalmente ratificada y en vigencia desde 1781.

<sup>52</sup> Si bien una fórmula relativamente similar (aunque sin hacer ya referencia a la "soberanía") fue empleada tanto en la Constitución norteamericana (Décima Enmienda) como en la nuestra (art. 121), una diferencia notable (además de la mayor taxatividad en la asignación de competencias al gobierno central en el caso de la confederación, y la inexistencia de un poder central fuerte) es la inclusión, en estos últimos textos, de una cláusula estableciendo el principio de supremacía del gobierno federal. El segundo párrafo del art. VI, prácticamente idéntico a nuestro art. 31 (si bien aquél está dirigido a los "jueces" locales, y éste a las "autoridades"), demarcó la subordinación de los Estados locales respecto de las normas federales, incluyendo desde luego a la Constitución. Éste es un punto relevante para las discusiones sobre control judicial de constitucionalidad, pues el origen de la cláusula mencionada debe buscarse en la estructura federal de la nueva Constitución norteamericana (es decir, se explica por la diferencia entre tener y no tener un país federal), y no en la inquietud de los constituyentes por proveer una justificación normativa para el ejercicio de este control, como se suele sostener.

<sup>53</sup> Juan Bautista Alberdi comentaría sobre ella, sesenta y cinco años después, que no creaba "una simple federación, sino una federación compuesta, una federación unitaria y centralista, digámoslo así; y por eso precisamente subsiste hasta la fecha y ha podido hacer la dicha de aquel país. Se sabe que [...] fue precedida de una confederación o federación pura y simple, que en ocho años puso a esos Estados al borde de su ruina". Véase ALBERDI, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1852, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com).

políticos norteamericanos consideraban que el riesgo de tiranía disminuía en la medida en que posibles grupos de individuos con intereses comunes pudieran controlarse y neutralizarse entre sí. La existencia de subunidades (Estados locales) dentro de una gran unión general era uno de los modos de asegurar esta ventaja<sup>54</sup>. Otros ajustes del nuevo Estado también sumarían a este complejo y peculiar mecanismo de frenos recíprocos, que es el singular aporte de ambos autores, aunque especialmente de Madison, a la entonces incipiente teoría de la división de poderes.

Claro que, en opinión de Madison y Hamilton, en la puja por la distribución de competencias entre el gobierno central y los Estados locales, éstos debían ceder espacio frente al primero. Así, los Estados locales serían una suerte de satélites girando alrededor del sol, el gobierno central. Esto es lo que, apenas concluido el trabajo de la Convención, generó ardientes discusiones, ya públicas, durante el proceso de ratificación del texto por parte de los Estados<sup>55</sup>. En el marco de esas discusiones, muchos expresaban temor frente a los posibles abusos y excesos que, según avizoraban, el nuevo gobierno central podía cometer respecto de los Estados y sus ciudadanos.

El lenguaje madisoniano sobre dominación de unos sobre otros podría tener dos lecturas. La primera nos remite a lo más rescatable de la tradición republicana antes mencionada. Sin embargo, a la inversa de lo que un defensor de esta tradición hubiese supuesto, la defensa de este arreglo se relacionaba con una preocupación típicamente "pluralista": para Madison, el peligro provenía de la existencia de una pequeña República sin filtros a la voluntad popular. Precisamente, todo el argumento madisoniano sobre las virtudes de una gran República en la que unas hipotéticas pasiones colectivas encendidas pudieran refrenarse mutuamente está ensayado como modo de justificar el otorgamiento de mayores poderes al Estado central por sobre los Estados locales<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, "El Federalista", nos. 9 y 10 (MADISON, J. - HAMILTON, A. - JAY, J., *El Federalista*, cit.).

<sup>55</sup> Al menos nueve de los entonces trece Estados debían hacerlo; esta decisión fue uno de los puntos más conflictivos de la Convención, ya que la anterior Constitución disponía que sólo podía reformarse mediante unanimidad.

<sup>56</sup> Insistiendo sobre un punto ya mencionado, el federalismo madisoniano podría ser hipotéticamente preferible a un arreglo completamente centralizado, si es que existieran motivos para pensar que desde un Estado central pudieran violarse los derechos de los ciudadanos. El peligro podría neutralizarse creando instancias intermediadoras para el ejercicio del poder. Pero no era esto lo que se discutía en el debate por la ratificación, en donde estos puntos surgieron con fuerza.

En contra de los *federalistas*, quienes abogaban por la aprobación del texto constitucional, los *antifederalistas*, defendiendo ideas sobre el autogobierno colectivo similares a las apuntadas anteriormente<sup>37</sup>, y aunque con matices, consideraban que la democracia local, la libertad y los derechos de los ciudadanos se veían amenazados por el nuevo gobierno central. El tipo de política que la nueva Constitución promovería era la antítesis del modelo postulado por este grupo<sup>38</sup>. Las primeras enmiendas a la Constitución, que reconocieron explícitamente una nómina de derechos que el gobierno central debía respetar, y especialmente la Décima Enmienda<sup>39</sup>, fueron justamente una imposición de los Estados locales, a manera de salvaguarda parcial contra esos posibles excesos.

El contexto norteamericano era muy específico. Las disputas sobre el alcance del poder del gobierno central eran en parte, es cierto, discusiones respecto de distintas concepciones políticas sobre la racionalidad colectiva y la construcción del bien común<sup>40</sup>. Pero también, y tal vez principalmente, la discusión estaba atravesada por un conflicto de clase<sup>41</sup>. La receta *federalista* podría haber cambiado si las clases *económicamente* dominantes hubiesen sido también *políticamente* dominantes a nivel local.

Pero más allá de estas discusiones más o menos coyunturales, lo cierto es que tanto la receta "federalista" como la "antifederalista" parecen ex-

<sup>37</sup> Véase notas 15 y 16, y texto respectivo.

<sup>38</sup> Según antifederalistas como Federal Farmer y Brutus, ella daría lugar a un vínculo de representación más distante, a la creación de una clase de políticos profesionales alejados funcional y territorialmente de su base de representación, y al ejercicio de una democracia menos local y menos participativa. Véase KITCHAM, R., *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, Signet Classics, 2003; BEDNAR, J. et al., "A Political Theory...", cit.

<sup>39</sup> Véase la primera parte de la nota 52.

<sup>40</sup> Esquematisando tal vez excesivamente, esta división tenía de un lado a los federalistas, más inclinados a sostener que los grupos pueden cegarse en la defensa de sus intereses o sucumbir a pasiones irracionales, y que la verdad en materia moral y política es especialmente asequible a cierta clase de personas, con un nivel social y de educación determinado. Del otro lado, los antifederalistas eran más optimistas sobre la posibilidad de que la ciudadanía se dé colectivamente y sin restricciones sus propias normas.

<sup>41</sup> Lo que ciertos Estados locales reivindicaban era su poder para adoptar decisiones (tales como imprimir papel moneda para escapar a la crisis económica del período postindependencia) para favorecer especialmente a las clases más desaventajadas. A su vez, lo que los federalistas protegían eran los intereses de las clases más poderosas, en contra de la "irracionalidad" del pueblo de algunos Estados. Véase WOOD, G., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1969; GARGABELLA, R., *La justicia contra el gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

trapolables a otros contextos, incluso actuales, al menos dejando fijos otros rasgos institucionales. Para el pluralismo de tipo madisoniano es particularmente descabido contar con una gran República, en la que diversos grupos con intereses encontrados puedan controlarse y neutralizarse recíprocamente. El enemigo es una pequeña República en la que el pueblo pueda tomar decisiones sin grandes filtros a la voluntad popular. Para el pensamiento republicano, en cambio, este último arreglo es preferible, al menos cuando con ello no se tiranice a ningún individuo o grupo. El salto hacia un esquema federal de coexistencia de jurisdicciones se justifica sólo si la República se agranda<sup>62</sup>. La receta parece ser exactamente la inversa de la propuesta por aquella visión pluralista. La cuestión parece simple: una confederación de (pequeñas) Repúblicas puede ser preferible a un Estado federal, y a la vez éste ser preferible a un (gran) Estado central. Pero vimos que no lo es tanto<sup>63</sup>.

## 2. Argentina

El objeto de este artículo no es brindar una reseña exhaustiva del proceso histórico que condujo a la formación del federalismo constitucional argentino, ni del modo en que éste se desarrolló en la práctica hasta el día de hoy, por lo cual sólo menciono ciertos rasgos generales. Entre el "juntarse" y el "mantenerse juntos" de la tipología de Stepan, nuestro país parece responder más a la primera categoría, aunque no sólo por razones de seguridad exterior sino por el temprano reconocimiento de cierto sentido de comunidad nacional<sup>64</sup>.

A pesar de que las provincias (en tanto personas de derecho público) surgieron con más fuerza recién en la segunda década del siglo XIX, algunas de ellas existían ya desde antes en forma embrionaria. En algunos casos, como consecuencia de la propia introducción del Cabildo en

<sup>62</sup> Ésta es una reformulación de los principios que antes exploramos. En una República pequeña, donde los representantes pueden ser controlados más fácilmente, el pensamiento republicano encontraba innecesario e incluso contraproducente dividir territorialmente el poder. Sólo en la medida en que la República se agrandara podía volverse necesario crear instancias de gobierno local, para acercar nuevamente la ciudadanía al ámbito de toma de decisiones.

<sup>63</sup> Por un lado, hay otros factores en juego, pero además existen países unitarios—mencioné antes el caso de Francia— que gozan de "buena salud" en términos de participación y control democrático.

<sup>64</sup> Y tal vez también por el éxito de J. M. de Rosas en haber mantenido la unidad nacional al precio que hiciera falta.

ciudades del interior, y en otros como desprendimiento natural de anteriores jurisdicciones político-administrativas<sup>65</sup>.

El sistema colonial, especialmente bajo el régimen de Intendencias, no garantizaba una verdadera descentralización política<sup>66</sup>. Sin embargo, los intendentes (designados por el rey) tenían ciertas atribuciones, especialmente en materia de justicia, guerra, economía y policía, y dirigían los Cabildos locales<sup>67</sup>. Teniendo en cuenta las enormes extensiones de territorio que las Intendencias abarcaban<sup>68</sup>, y la lentitud de las comunicaciones, es natural que hayan gozado de cierto nivel de autonomía y que dieran lugar al surgimiento de cierta conciencia y espíritu locales.

El período de fragmentación del régimen colonial comenzó, por un lado, a reforzar el espíritu nacional, pero por otro contribuyó a acentuar las tensiones entre el "centro" (Buenos Aires), gradualmente más fuerte, y la "periferia" del interior<sup>69</sup>. Este conflicto puede ya verse con el surgimiento del primer gobierno local. Allí comienzan a consolidarse ciertas posiciones que, aunque con grandes matices, avances y retrocesos, marcarían el destino del país durante al menos los siguientes cincuenta años: el reformismo liberal y moderno, aunque con ciertos rasgos antidemocráticos, contra la defensa de las tradiciones y el orden conservador de base popular<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> En el territorio nacional existieron antes de la creación del Virreinato tres gobernaciones —la del Río de la Plata, cuya capital era Buenos Aires, la de Guayrá y la de Tucumán, parte del distrito de la audiencia de Charcas—. Posteriormente, la Real Ordenanza de Intendentes para el Río de la Plata, de 1782, creó el sistema de Intendencias, que agrupaba bajo las de Salta, Córdoba, Buenos Aires y el gobierno militar de fronteras de Misiones a buena parte del actual territorio. Véase por ejemplo GALLETTI, A., *Historia constitucional argentina*, t. I, Platense, La Plata, 1972, ps. 118 a 143.

<sup>66</sup> Era natural que así fuera, pues esta institución reflejaba el centralismo borbón. El sistema de intendencias es una creación francesa, que los españoles introdujeron primero en su tierra y luego en las colonias, con el fin de garantizar una mayor eficiencia administrativa. GALLETTI, A., *Historia...*, cit.

<sup>67</sup> GALLETTI, A., *Historia...*, cit.

<sup>68</sup> Por ejemplo, la de Córdoba cubría el territorio de esta provincia además de las de La Rioja, San Juan, San Luis y Mendoza. GALLETTI, A., *Historia...*, cit., ps. 143 y ss.

<sup>69</sup> Desde luego, la propia categorización de "centro" y "periferia" puede resultar cuestionable. En vez de un intento de describir neutralmente ciertas dinámicas históricas, esta identificación podría verse como reafirmándolas, algo que no es mi intención hacer aquí.

<sup>70</sup> Si bien con frecuencia la primera facción se identificó con el "centro" (Buenos Aires) y la segunda con la "periferia" (las provincias del interior), sería superficial sostener de manera lineal que los reformistas se mostraban en contra de un Estado federal, mientras que el interior estaba a favor. A pesar de que en algunos casos esto fue así, la tensión no tenía como centro directo el tipo de organización institucional que el país de-

La larga disputa entre unitarios y federales, agravada con la caída del débil poder central en 1820, no debe entenderse sólo como una lucha —política o militar— entre dos facciones sobre el peso de Buenos Aires en relación con las provincias del interior en la organización constitucional del país. Desde luego este punto era muy importante, pero lo era porque, de modo similar al debate norteamericano, que estaba atravesado por una cuestión de clase, en nuestro país se enfrentaban dos visiones contrapuestas sobre el papel del Estado y la sociedad. El diseño de un Estado federal o centralista, por consiguiente, tenía para los sectores en pugna un valor más instrumental que intrínseco, pues permitiría a la facción triunfante avanzar con sus modelos político-filosóficos, así como plantar vallas institucionales para la defensa de los embates de sus rivales.

Durante años, la clase dirigente experimentó con varios intentos centralistas (en especial, las Constituciones de 1819 y 1826) que tuvieron muy poca suerte en la práctica. Notoriamente opuesta a esta tendencia se destaca la obra de José Gervasio Artigas, uno de los más importantes defensores del federalismo en la región y un notable pensador republicano<sup>71</sup>.

---

bia escoger. Como sostengo más adelante, este punto era en cambio función de un agudo diseño previo, sobre el rol del Estado en los planos político, social y económico. Así, Mariano Moreno, por ejemplo, se mostró reacio a la introducción de los diputados del interior a la Junta Grande (lo que generó su salida del gobierno) no por estar necesariamente en contra de la participación de la "periferia" sino por pensar que la causa de la revolución, de espíritu liberal y republicano, debía llevarse a todo el país incluso por la fuerza. Darle más poder al orden conservador de las provincias equivalía, según este criterio, a cristalizar el feudalismo, la causa contraria a la revolución. Esta tendencia se consolidaría: con gran frecuencia, las decisiones políticas se tomarían centrifugamente desde Buenos Aires, para luego ser plebiscitadas en el resto del país (tanto durante la Revolución de Mayo como en el llamado a la Asamblea General Constituyente de 1813, por ejemplo, la convocatoria nació de Buenos Aires, por parte de un órgano que contaba con una mínima representación del interior). Este excesivo centralismo, como es obvio, desconocía completamente las realidades y necesidades locales.

<sup>71</sup> Fuertemente inspirado en los Artículos de la Confederación y en autores como Thomas Paine, Artigas propuso un texto constitucional a la Asamblea de 1813 —además de varios puntos novedosos para la época, aunque tal vez también para hoy (la no imposición de una religión de Estado, la separación tajante entre los tres poderes, la elección popular directa de los representantes), la propuesta de Artigas era constituir una confederación (o un Estado federal fuertemente descentralizado) en la que cada provincia retuviera su soberanía y los poderes no delegados al gobierno nacional. El Congreso sería bicameral y existiría un Senado no representativo, pero los mandatos de los legisladores serían muy cortos (dos años para representantes, entre dos y tres pa-

Según se dijo, las provincias adquirieron nuevo vigor con el quiebre del (débil) poder central alrededor de 1820, cuando varias de ellas se constituyeron por primera vez como personas de derecho público<sup>72</sup>. Una nota destacable de este período es la presencia o al menos la mención constante, incluso bajo la "anarquía", de cierto espíritu de unidad federal. Éste queda cristalizado en varios documentos firmados entre las provincias, en los que se evoca la aspiración a una futura unión nacional. Con todas sus ambigüedades<sup>73</sup>, esto se observa, por ejemplo, en el Tratado del Pilar<sup>74</sup>, de Benegas<sup>75</sup>, del Cuadrilátero<sup>76</sup>, y especialmente en el Pacto Federal de 1831<sup>77</sup>.

---

ra senadores) y los senadores serían directamente elegidos por el pueblo. El presidente duraría dos años, sin posibilidad de ser reelecto, y sería elegido mediante un sistema rotativo de selección por parte de las propias provincias. Las provincias serían libres de contar con su propio Poder Judicial, y de reglamentar el régimen municipal. Como se sabe, el texto no fue aceptado en la Asamblea. Véase GALLETTI, A., *Historia...*, t. I, cit., ps. 300 a 320.

<sup>72</sup> Bajo el impulso del caudillo local Estanislao López, Santa Fe dictó su Estatuto Provisorio en 1819. Córdoba y Corrientes lo hicieron en 1821, Entre Ríos en 1822, y Tucumán, ya existente como provincia desde 1814, dictó su Constitución en 1820. San Juan aprobó su Constitución en 1823, redactada por Salvador María del Carril. Varios de estos textos fueron adoptados como "provisorios". GALLETTI, A., *Historia...*, cit., ps. 385 y ss.

<sup>73</sup> Aunque varios de estos tratados responden al modelo de RIEKER, W., *Federalism...*, cit., pues son pactos para la defensa común, de no agresión o para sellar la paz, se advierte también la existencia de un sentido de identidad nacional. Es cierto, sin embargo, que el valor de este reconocimiento es a veces poco más que declamatorio: la mayoría de estos documentos fueron firmados bajo el influjo del poder ejercido por Buenos Aires, en varios casos bajo el gobierno de Juan Manuel de Rosas, que a la vez fortalecía su posición demorando la convocatoria a sancionar una Constitución.

<sup>74</sup> Firmado el 23/2/1820 entre Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos (*Art. 1º*: "Protestan las partes contratantes que el voto de la Nación y muy en particular de las provincias de su mando, respecto al sistema de gobierno que debe regirlas, se ha pronunciado a favor de la federación, que de hecho admiten. Pero que debiendo declararse por diputados nombrados por la libre elección de los pueblos, se someten a sus deliberaciones [...]. Como están persuadidos que todas las provincias de la Nación aspiran a la organización de un gobierno central, se compromete cada una [...] a invitarlas [...]"). Véase GALLETTI, A., *Historia...*, cit.

<sup>75</sup> Firmado el 24/11/1820 entre Buenos Aires y Santa Fe (las partes "promoverán eficazmente la reunión del Congreso"). GALLETTI, A., *Historia...*, cit.

<sup>76</sup> Firmado el 25/1/1822 entre Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes. Las provincias reconocen la unión entre ellas pero suspenden el Congreso General Constituyente convocado en la provincia de Córdoba. GALLETTI, A., *Historia...*, cit.

<sup>77</sup> Firmado el 4/1/1831 entre Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe ("3. Las provincias [firmantes] se ligan y constituyen en alianza ofensiva y defensiva contra toda

Al grito de "Viva la Confederación Argentina", las provincias se unen en San Nicolás, el 31 de mayo de 1852 y luego de la caída de Rosas, para adherir conjuntamente al Pacto Federal de 1831 y convocar al dictado de una Constitución federal<sup>78</sup>. Poco después, la provincia de Buenos Aires se separa del Acuerdo y no participa ya de la discusión de la Constitución en la ciudad de Santa Fe, el año siguiente. Buenos Aires denunciaba el exceso de atribuciones del director provisorio (J. J. de Urquiza, a cargo del Ejecutivo con sede en Paraná), pero se sentía especialmente afectada por la pérdida de influencia que implicaba la decisión de hacer concurrir a la Convención un número igual de representantes por provincia.

El germen del modelo finalmente implementado en 1853 puede rastrearse en el pensamiento de Juan Bautista Alberdi, cuya influencia en ese proceso es conocida. En sus *Bases*, el autor tucumano indagaba sobre cuál debía ser el tipo de "federalismo" apropiado para el país, y sostenía que la respuesta debía surgir de "sus antecedentes históricos y las condiciones normales de su modo de ser físico y social". Pese a reconocer las virtudes de un gobierno centralista, de una "unidad pura", Alberdi señalaba la impracticabilidad de modelar un gobierno tal en un país con extensiones territoriales tan vastas y despobladas como el nuestro<sup>79</sup>. La "República posible", según Alberdi, debía preferirse a la "República verdadera"<sup>80</sup>.

---

agresión [...] de parte de cualquiera de las demás provincias de la República (lo que Dios no permita) que amenace la integridad e independencia de sus respectivos territorios. 12. Cualquiera provincia de la República que quiera entrar en la liga que forman las litorales, será admitida con arreglo a [...]. 16. Quinta: invitar a todas las demás provincias [...], cuando estén en plena libertad y tranquilidad, a reunirse en federación con las litorales, y a que por medio de un congreso federativo se arregle la administración general del país bajo el sistema federal [...]"). GALLIETI, A., *Historia...*, cit.

<sup>78</sup> La justificación formal de la reunión fue que las condiciones mencionadas en el Pacto para la celebración del Congreso ("plena libertad y tranquilidad") estaban ya satisfechas.

<sup>79</sup> Según Alberdi, "[l]a idea de una unidad pura debe ser abandonada de buena fe, no por vía de concesión, sino por convencimiento. Es un hermoso ideal de gobierno; pero en la actualidad de nuestro país, imposible en la práctica... El enemigo capital de la unidad pura en la República Argentina, no es don Juan Manuel Rosas, sino el espacio de doscientas mil leguas cuadradas en que se deslie, como gota de carmín en el río Paraná, el puñadito de nuestra población de un millón escaso". Véase ALBERDI, J. B., *Bases...*, cit.

<sup>80</sup> GALLO, E., "La declinación del federalismo argentino (1850-1930)", *Revista Electrónica Circunstancia*, Madrid, 2006.

Pero a la vez advertía sobre los peligros de adoptar un "federalismo" tan vigoroso como el existente en los Estados Unidos antes de la sanción de la Constitución de 1787 (según dijimos, un Estado más bien de tipo confederal), sosteniendo la necesidad de buscar, como en ese país, un punto medio entre una alianza débil entre entidades soberanas y un gobierno completamente centralista<sup>81</sup>. Alberdi afirmaba, por consiguiente, que debía imitarse ("asimilar discretamente") el modelo norteamericano. Sin embargo, a la hora de enumerar las atribuciones que debía asignarse al Estado central, profundizaba incluso más que sus pares norteamericanos la tendencia a fortalecer el gobierno nacional en detrimento de los locales<sup>82</sup>. Alberdi dio muestras de esa tendencia en el proyecto de Constitución que acompañó a las *Bases*<sup>83</sup>: condicionaba la vigencia de los textos constitucionales provinciales a la aprobación del Congreso Nacional (arts. 7° y 103); asignaba al Congreso Nacional la potestad exclusiva de sancionar leyes "en materia civil, comercial y penal" (art. 67.5)<sup>84</sup>, al tiempo que privaba a los jueces locales de la posibilidad de juzgar las disputas producidas a raíz de su aplicación (art. 97), quedando sólo a cargo de interpretar y aplicar leyes provinciales; y establecía la posibilidad de intervenir

<sup>81</sup> Para el tacumano, "una provincia en sí es la impotencia misma, y nada hará jamás que no sea provincial, es decir, pequeño, oscuro, miserable, provincial, en fin, aunque la provincia se apellide Estado. Sólo es grande lo que es nacional o federal". ALBERDI, J. B., *Bases...*, cit.

<sup>82</sup> Criticando a Sarmiento, que lo acusaba de imitar irreflexivamente el texto norteamericano, Alberdi sostenía que "estos artículos dan al poder de provincia... un carácter muy distinto del que tiene el poder aislado de cada Estado en la federación de Norteamérica... Hay, pues, esenciales diferencias entre ambas Constituciones respecto al uso de la soberanía local para la sanción de las Constituciones parciales... Esto hace que nuestra Constitución sea más central que la de Estados Unidos, en cuanto al régimen constitucional de provincia". Transcrito en HAZO, R., *Una perspectiva del pensamiento federalista alberdiano*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.acadec.uncc.edu.ar>, p. 3.

<sup>83</sup> Según Alberdi, y a diferencia de la experiencia norteamericana, los poderes de las provincias debían contener "la renuncia... de todo derecho a revisar y ratificar la Constitución antes de sancionarse. Sin esa renuncia, será muy difícil que tengamos Constitución. El deseo de conservar íntegro el poder local hallará siempre pretextos para desaprobar una Constitución que disminuye la autoridad de los gobiernos de provincia, y que no podrá menos de disminuir, porque no hay gobierno general que no se forme de porciones de autoridad cedidas por los pueblos". ALBERDI, J. B., *Bases...*, cit.

<sup>84</sup> Refiriéndose a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1854, Alberdi sostuvo: "[u]na provincia que habla de Códigos locales, de hipotecas de provincia, de monedas de provincia, ¿podrá representar otra época ni otro orden de cosas que aquellos en que estaba la Francia feudal antes de 1789?". ALBERDI, J. B., *Bases...*, cit.

federalmente a una provincia sin expresar qué autoridad debía autorizarla (art. 5º). El proyecto asignaba al gobierno central la potestad general de crear impuestos (art. 69.3).

La Constitución aprobada en 1853, que como se sabe tomó ese proyecto como una de sus fuentes principales, incorporó en su texto casi todas estas disposiciones<sup>85</sup>. Y sumó otras, acentuando esta tendencia centralista<sup>86</sup>. Recién con la reforma de 1860 se suavizaron algunas de ellas<sup>87</sup>. Se lo hizo a raíz de la presión ejercida por la provincia de Buenos Aires para garantizar su adhesión<sup>88</sup>. Con la definitiva incorporación de esta provincia, entonces, se devolvió más poder a nivel local<sup>89</sup>. Alberdi, como es natural, no festejó<sup>90</sup>. Pero en la práctica, sin embargo, desde fines del

<sup>85</sup> Se aclaró que el Congreso tendría la atribución de crear "contribuciones directas" pero "por tiempo determinado", en casos en que la "defensa, seguridad común y bien general" del Estado lo requieran, y se modificó el texto relativo a la intervención federal.

<sup>86</sup> Por ejemplo, le dio a la Corte Suprema jurisdicción originaria para entender en conflictos de poderes locales (arts. 97 y 98), es decir, un conflicto entre dos órganos de una provincia (el Poder Ejecutivo y la Legislatura, por ejemplo), e incluyó entre las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional la de enjuiciar políticamente a los gobernadores provinciales (art. 41).

<sup>87</sup> Así, además del cambio de nombre de "Confederación Argentina" por el de "Nación Argentina", se agregó una cláusula aclarando expresamente que, a pesar de que el Congreso Nacional es el que sanciona el "derecho común", son los jueces locales quienes tienen el poder exclusivo de interpretarlo en las disputas que surjan bajo su vigencia (arts. 64.11, hoy 75.12, y 97, hoy 116). Y se eliminó la atribución de competencia originaria a la Corte en conflictos de poderes, la posibilidad de que el Congreso enjuicie a los gobernadores y la necesidad de que el Congreso revise las Constituciones provinciales. También se eliminó otra cláusula del entonces art. 64, que daba atribución al Congreso para "examinar las Constituciones provinciales y reprobárlas, si no estuvieron conformes con los principios y disposiciones de esta Constitución".

<sup>88</sup> La paradoja de que fuera justamente esta provincia la que exigiera una morigeración del centralismo se explica en parte porque, como vimos, la sede del gobierno desde 1852 fue Paraná, y no Buenos Aires, aunque esto cambiaría rápidamente con la reincorporación de esta última.

<sup>89</sup> Aunque por motivos históricos y de maneras muy diferentes, es interesante señalar que tanto la Argentina como los Estados Unidos modificaron sus Constituciones al poco tiempo de aprobadas, con el fin de aplacar ciertas ansiedades sobre los posibles abusos del nuevo gobierno central.

<sup>90</sup> En carta fechada el 7/11/1860, escribe que "[l]a integridad de la República... ha sido hecha pedazos en nombre de la Unión y por las manos de los unitarios... ¡Singular unitarismo el de estos unitarios!... Unicidas más bien que unitarios. Idénticos, y no ideologistas, es decir, maniacos, hombres de ideas fijas, especie de locos... Buenos Aires es el fundador del provincialismo argentino. No pudiendo imponer su despotismo a toda

siglo XIX se intensificó la influencia del "centro" sobre la "periferia", en parte debido a la gradual concentración de la recaudación impositiva, una dinámica que con matices llega a nuestros días, y que más adelante analizaré.

## V. ARGENTINA FEDERAL

Como dijimos, el origen del federalismo argentino se explica como un proceso gradual mediante el cual las provincias, varias de ellas preexistentes al Estado nacional, se "juntaron" para garantizar su seguridad, pero también para satisfacer un sentido subyacente de comunidad. Pero, ¿qué justifica hoy nuestro federalismo? Las razones de seguridad ya no parecen tener tanto sustento, aunque sí cierta idiosincrasia local (basada en cuestiones culturales e históricas) que provee identificación a muchos ciudadanos con sus provincias y tal vez, aunque en menor medida, con sus instituciones<sup>91</sup>.

Luego de ciento cincuenta años de vigencia (tristemente interrumpida) de nuestra Constitución, y considerando el modo en que el federalismo opera en la práctica, ¿hay alguna razón adicional que podría justificar este arreglo? ¿Es necesario formular ajustes? A un nivel todavía más básico, ¿cómo medir el éxito o fracaso de nuestro sistema federal? En lo que resta del trabajo intentaré esbozar apenas algunas respuestas, dejando el camino abierto para una indagación más profunda en el futuro.

Quiero sin embargo evitar dos tentaciones. La primera, sacar una conclusión categórica a partir de analizar el nivel de respeto de las cláusulas constitucionales que tienen relación con el federalismo (régimen de intervenciones<sup>92</sup>, coparticipación de impuestos, facultades implícitas del

---

la Nación y no queriendo admitir la autoridad de la Nación, ha formulado y fundado el provincialismo nacional, como medio de quedar en la Nación sin sujeción a la autoridad de la Nación". Transcripto en HART, R., "Una perspectiva...", cit., p. 6.

<sup>91</sup> A esto se suma cierto sentido de reivindicación histórica, aunque tal vez no consumada, contra el centralismo ejercido por Buenos Aires, y contra las formas incipientes de organización nacional previas a la Constitución.

<sup>92</sup> En este artículo no me detengo a analizar el problema de las intervenciones federales (cuyo régimen fue modificado con la reforma de 1994, al establecerse expresamente que es el Congreso el que debe disponerlas -75.31-). Simplemente sostendré aquí que, con frecuencia, ellas fueron mal decididas o mal gestionadas, sea o no que existiera detrás un intento por obtener rédito político. Por otro lado, en varios casos en que tal intervención parecía ser exigida por la Constitución, ella no fue decidida. Este tema, en

Congreso Nacional, interpretación de la "cláusula comercial", etc.)<sup>93</sup>. Como varias de ellas, según intuitivamente sabemos, han sido con frecuencia violadas o interpretadas del modo más favorable a los intereses del gobierno nacional, un posible diagnóstico sería poco alentador: el federalismo argentino es débil, y las provincias están en una situación frágil frente al poder central. Esta conclusión, aunque en parte cierta, no puede derivarse tan linealmente.

Pero hay una segunda tentación que quiero resistir. Se relaciona con un análisis más integral, tanto de las reglas formales (constitucionales e infraconstitucionales) como de la práctica y la cultura políticas, a la vez influidas por aquéllas. Este examen más general podría sugerir una conclusión sobre la salud del federalismo argentino casi opuesta a la anterior. Así, como algunas provincias tienen en la práctica más poder político del que tendrían en un esquema más centralizado, pero también del que tendrían si la Constitución fuera cabalmente respetada, el federalismo argentino no sería tan defectuoso.

Sugiero ser más cauteloso en este tema. A continuación diré que este mayor poder que algunas provincias tienen en la práctica no implica que el sistema democrático en su conjunto se vea beneficiado. Y tampoco implica que esa distribución del poder se traduzca en mejoras —en otras dimensiones— para cuyo logro la democracia podría ser funcional.

## 1. Dinámicas institucionales. Impacto económico

En efecto, algunas provincias argentinas tendrían mucho menos peso político bajo un esquema alternativo más centralizado. Vimos antes las

---

buena medida, se relaciona —al igual que otras cuestiones propias del federalismo— con el problema más general de los excesos del presidencialismo argentino.

<sup>93</sup> A propósito de las cláusulas constitucionales, la reforma de 1994 produjo varias innovaciones en materia de federalismo. Además de aumentar de dos a tres la cantidad de senadores por distrito (art. 54), y entre otras disposiciones, la reforma aseguró el régimen de autonomía municipal (art. 123), reconoció que el dominio originario de los recursos naturales es provincial (art. 124), introdujo la posibilidad de que las provincias se unan en regiones o que celebren convenios internacionales en ciertos supuestos (arts. 75.19 y 124), y la autonomía de la ciudad de Buenos Aires (art. 129). Por otro lado, y como mencionaré más adelante, la reforma incorporó de forma explícita a la Constitución el régimen de coparticipación de impuestos (art. 75.2) Al respecto, véase, por ejemplo, SASSAY, D., "Situación del federalismo luego de la reforma constitucional", *Amarillo de Derecho*, no. 4 (1998), Universidad Austral, Buenos Aires, ps. 279 a 291. Disponible en <http://www.forn.org.ar/docs/a03/art3.html>.

consecuencias en términos de representación política de la introducción de nuestro Congreso simétrico, y del Senado como una institución no directamente representativa<sup>94</sup>; con el 30% de la población del país, las provincias pequeñas se alzan con el 80% de las bancas<sup>95</sup>. Esta situación es todavía más marcada que en los Estados Unidos; de hecho, nuestro Senado es el más sobrerrepresentado del mundo<sup>96</sup>.

Pero también a diferencia de los Estados Unidos, los desajustes en la representación se trasladan a la Cámara de Diputados, en donde el 14% de las bancas se distribuye violando el principio de "una persona un voto" (en aquel país este porcentaje es del 1,4%, el diez por ciento del argentino)<sup>97</sup>. En un índice comparado que calcula el nivel de desproporcionalidad de las Cámaras Bajas en el mundo, Argentina está en el décimo segundo lugar, aunque primero entre los países federales<sup>98</sup>. De acuerdo con los resultados de otro estudio, las provincias más pequeñas contribuyen con el 30% de los votos, y obtienen el 52% de las bancas en la Cámara de Diputados<sup>99</sup>.

Si bien el desajuste de representación del Senado viene ordenado por la propia Constitución, el que se observa en Diputados la viola *doblemente*. El texto exige que la distribución de asientos se haga proporcionalmente sobre la base de la población de cada distrito electoral (esto es, cada provincia)<sup>100</sup>. Esto no se cumple, y el desfase no es accidental, sino que, como

<sup>94</sup> Pese a que la Convención Constituyente norteamericana sesionó a puertas cerradas, se sabe que el proyecto de Madison (incluido en su "plan de Virginia") era que el Senado fuese elegido por los miembros de la Cámara de Representantes, pero de acuerdo con el principio de representación proporcional sobre la base de la población de cada Estado. Este punto no fue aceptado, en buena medida por los temores de los Estados más pequeños, y en cambio se adoptó el principio de igual representación de cada uno de los Estados, que nosotros incorporamos.

<sup>95</sup> Véase nota 37. Los distritos "grandes" son la ciudades y provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba.

<sup>96</sup> SAMUELS, D. - SNYDER, R., "El valor de un voto: una perspectiva comparada sobre la desproporcionalidad territorial", en CALVO, E. - ABAL MEDINA, J., *El federalismo electoral argentino. Sobrerrepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*, INAP - Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 37. Véase también nota 37.

<sup>97</sup> SAMUELS, D. - SNYDER, R., "El valor...", cit., ps. 34 a 36.

<sup>98</sup> SAMUELS, D. - SNYDER, R., "El valor...", cit., p. 36.

<sup>99</sup> Véase GIBSON, E. - CALVO, E., "Federalismo y sobrerrepresentación: la dimensión territorial de la reforma económica en Argentina", en CALVO, E. - ABAL MEDINA, J., *El federalismo...*, cit., ps. 183 y 184.

<sup>100</sup> *Art. 43*: "La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo

frecuentemente sucede con los cambios de las reglas de la competición electoral, se introdujo y reforzó mediante diversas medidas adoptadas con el fin de acumular rédito político. En 1949, la Constitución dictada por el gobierno de Perón estableció un piso mínimo de dos diputados por provincia con independencia de su población. El gobierno militar de 1972 fijó el mínimo en tres, y luego en 1983, el dictador Reynaldo Bignone lo elevó a cinco<sup>101</sup>. El objetivo, en todos los casos, fue aumentar artificialmente el peso político de ciertas provincias del interior, tradicionalmente más conservadoras<sup>102</sup>.

A esto se suma una segunda violación constitucional: tampoco se ha adecuado la representación al resultado de los últimos dos censos. Así, tomando nuevamente los casos extremos (vimos antes el promedio de desajuste para todo el país), un candidato en la provincia de Buenos Aires requiere más de doce veces la cantidad de votos que necesita un candidato de Tierra del Fuego para ser elegido diputado<sup>103</sup>.

¿Cómo juzgar este desajuste?<sup>104</sup> La violación constitucional –en el caso de Diputados– es de por sí censurable. Pero una manera adicional de hacerlo es analizar qué efecto y dinámicas produce tanto en las propias provincias como en el sistema institucional nacional<sup>105</sup>.

Varias de las provincias más chicas tendrían menos poder sin este desfase en Diputados, y todavía mucho menos si no existiera el Senado. Su baja densidad poblacional las convertiría en muchos casos en actores políticos insignificantes en la discusión nacional. La estructura constitucional y *para*-constitucional actual podría celebrarse, entonces, si fuera un modo de darle más poder, y por consiguiente más recursos, especialmente

---

Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado”.

<sup>101</sup> Decreto-ley 22.847/1983.

<sup>102</sup> GIBSON, E. - CALVO, E., “Federalismo...”, cit., ps. 183 y 184.

<sup>103</sup> GIBSON, E. - CALVO, E., “Federalismo...”, cit.; LEIRAS M. - ARDANAZ, M., “Para informar sobre la actividad parlamentaria: algunas instrucciones desde la ciencia política”, manuscrito, 2005.

<sup>104</sup> Cabe mencionar que otra de las instituciones que también contenían una desproporción en la representación, el Colegio Electoral para la elección de presidente, fue eliminada con la reforma de 1994. SAMUELS, D. - SNYDER, R., “El valor...”, cit., nota 96.

<sup>105</sup> Desde luego, unas posibles ventajas en este sentido no pueden compensar el incumplimiento de la Constitución. Pero si lográramos demostrar que estas ventajas en efecto existen, ciertamente podríamos concluir que el texto constitucional es también parte del problema (junto con la práctica en cuestión).

a las provincias más postergadas o a las que registren un mayor nivel de pobreza, desigualdad, desempleo, o todos estos factores considerados conjuntamente<sup>106</sup>.

Como diré, estas condiciones se satisfacen sólo parcialmente. El peso electoral que tienen ciertas provincias del interior les otorga prácticamente un poder de veto en las elecciones nacionales. Un partido o coalición no puede gobernar eficazmente en la Argentina sin contar con un fuerte apoyo de estas provincias. Típicamente, una vez en el poder, la coalición gobernante recompensa o compra este apoyo mediante transferencias de recursos económicos hacia esas áreas. Como sostienen Gibson y Calvo, la sobrerrepresentación de los distritos más pequeños crea "bolsones potenciales de electores de bajo costo" que pueden ser esenciales a la hora de la discusión de políticas públicas. Son de bajo costo porque, precisamente en virtud de la desproporcionalidad, la inversión económica requerida por cada unidad de apoyo político es mucho menor que la necesaria en los distritos más grandes. El efecto práctico de esta dinámica es una transferencia de recursos hacia esas provincias —ahora veremos en qué términos— mayor a la que les correspondería de acuerdo con su nivel poblacional<sup>107</sup>. De hecho, la creación de provincias nuevas en territorios federales relativamente despoblados podría tener que ver con la posibilidad de comprar apoyo político "barato".

Esta situación produce varias consecuencias. Como sabemos, el sistema institucional argentino es deficiente, en parte debido a los rasgos propios de nuestro presidencialismo<sup>108</sup>. Frente a los fuertes poderes que detenta el presidente, el Congreso es débil. La dinámica que describí antes agrava notablemente esta situación. Con frecuencia, las transferencias

<sup>106</sup> Estas herramientas deberían traducirse efectivamente en una mejora sustantiva en estos indicadores, sin a la vez resentir el funcionamiento de la democracia a nivel nacional.

<sup>107</sup> GIBSON, E. - CALVO, E., "Federalismo...", cit.; TOMMASI, M., "Federalism in Argentina and the Reforms of the 1990s", en SRINIVASAN, T. N. - WALLACK, Jessica S. (eds.), *Federalism and Economic Reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

<sup>108</sup> Se han derribado ya muchos árboles para describir las patologías de este sistema, y en esta compilación también se estudia el tema, así que, pese a que creo que el presidencialismo puede funcionar correctamente con ciertos ajustes, doy esos problemas por presupuestos. Para dos aportes contemporáneos (y discordantes) a esta discusión, véase CANTOR, José A. - LIMONGI, Fernand, "Modes of Government Formation and the Survival of Democratic Regimes: Parliamentary and Presidential Democracies Reconsidered", *Annual Review of Political Science*, nro. 5, ps. 151 a 179; y ALIOTTI, Marcelo, "Por una democracia sin presidentes", paper presentado en el SELA 2006, disponible en [islandia.law.yale.edu/sela/SELA2006](http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA2006).

a las provincias suelen ser la moneda de cambio de las negociaciones entre los gobernadores y el presidente para obtener apoyo en el Congreso. Las representaciones provinciales en el Poder Legislativo nacional suelen funcionar entonces como meras delegaciones del gobernador en esta negociación. El apoyo legislativo se otorga a cambio de apoyo económico<sup>109</sup>.

En defensa de este tipo de mecanismos podrían articularse al menos dos tipos de argumentos. En primer lugar, estas negociaciones no son infrecuentes en otros sistemas federales. En los Estados Unidos, por ejemplo, los legisladores en el Congreso Federal suelen ubicarse en una posición privilegiada para maximizar las chances de obtener ciertas transferencias o la aprobación de medidas beneficiosas para sus distritos. Típicamente lo hacen mediante su participación en las allí poderosas comisiones legislativas, lo que genera puntos de veto para bloquear iniciativas, y por consiguiente para intercambiar apoyo político. Por otro lado, y como antes veíamos, esas transferencias en Argentina podrían ser defendibles si logran mejorar la situación de aquellos que peor están.

Pero a diferencia de los Estados Unidos, nuestro país tiene una tradición institucional débil. En parte, ella se debe, claro, a la propia dinámica que describo, pero también a las frecuentes interrupciones al orden constitucional y a los excesos del presidencialismo. Paradójicamente, en Argentina el presidente ha sorteado la intervención del Legislativo gobernando mediante decreto, aun en casos en que su propio partido estaba en condiciones de garantizar una mayoría legislativa. Con frecuencia, los legisladores ni siquiera negocian entre sí productos legislativos ("hoy apoyo *x*, que no es mi primera preferencia pero tampoco mi última, para que mañana apoyen *y*, mi primera preferencia"), sino que dan su aprobación automática a medidas solicitadas por el oficialismo, a cambio de dinero para su distrito<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> GIBSON, E. - CALVO, E., "Federalismo...", cit., nota 107. TOMMASI, M., "Federalism...", cit.

<sup>110</sup> Es cierto que existen muchos países en los que el Parlamento aprueba casi automáticamente las medidas que el Ejecutivo propone. En el modelo parlamentarista de Westminster, por ejemplo, esto es ciertamente así. En el Reino Unido ninguna medida que no sea del gobierno es aprobada, y paralelamente, casi todas las que el gobierno propone se aprueban. Pero, en primer lugar, Argentina tiene un sistema de división de poderes que ese modelo parlamentarista no tiene. Además, y como resultará obvio, en ese tipo de modelos la oposición muy difícilmente daría aprobación a una medida solicitada por el gobierno. En nuestro país, en cambio, esto no es necesariamente así, en parte por la necesidad de las provincias (sean o no oficialistas) de acceder a financiamiento adicional, además del que les corresponde por el sistema de coparticipación.

En contra entonces de la idea de que la sobrerrepresentación podría forzar a la mayoría a prestar especial consideración a ciertos puntos de vista, el tipo de negociación que comento socava el potencial deliberativo del Poder Legislativo argentino<sup>111</sup>. Lo que critico, en suma, no es la existencia de un posible veto en manos de las provincias. Según vimos al inicio, ésta es precisamente una de las promesas del federalismo, y en ciertos casos podría justificarse. El problema, más bien, es que el modo en que esa amenaza se hace valer en la práctica produce un daño en el sistema institucional<sup>112</sup>.

Cabe destacar que la situación que describo se reproduce e incluso agrava a nivel local. En muchas provincias argentinas se observan importantes deficiencias en materia de organización social y política. Esto es causa pero a la vez consecuencia de la fragilidad de los sistemas institucionales locales, en donde también se registra una fuerte preeminencia del Ejecutivo sobre el Legislativo. A esta situación de falta de rendición de cuentas (*accountability*) horizontal se le suma un notable déficit de control político vertical, pues los electorados locales dependen fuertemente de los propios Estados provinciales, sea en forma directa (mediante el empleo público, o por tener negocios u otro tipo de relación contractual con el Estado) como indirecta (a través de distintos modos de asistencia social).

Esta dependencia se traduce, en muchos casos, en un ejercicio muy débil de participación política, y en prácticas de tipo clientelar. Habitualmente, el votante local se ve condicionado a apoyar los sistemas políticos

<sup>111</sup> En el caso de los Estados Unidos, con independencia de que este país cuenta con un sistema electoral mayoritario, que fuerza a que la política adquiera un tinte más local, y que por ende los representantes estén más atentos a las necesidades reales del electorado, los gobiernos locales no dependen tan fuertemente del Estado central para subsistir, lo que, como veremos en seguida, no sucede en nuestro país. Cabe destacar que el primer punto tiene un peso sólo relativo en el análisis del federalismo argentino pues, como bien señalan Calvo y Escolar, nuestro sistema electoral es en la práctica de tipo mayoritario en varias de las provincias más pequeñas. Véase CALVO, E. - ESCOLAR, M. - Fundación PENT, *La nueva política de partidos en la Argentina. Crisis política, realineamientos partidarios y reforma electoral*, Prometeo, Buenos Aires, 2005.

<sup>112</sup> Es cierto que aun cuando se solucionara la sobrerrepresentación en Diputados, este fenómeno seguiría existiendo. Así, en el contexto de un fuerte presidencialismo, seguirían existiendo incentivos para que los gobiernos provinciales negocien directamente con el Ejecutivo del modo en que describo. Mi punto aquí es modesto: la sobrerrepresentación de las provincias periféricas no produce ninguna ventaja; al contrario, agrava esos problemas del presidencialismo.

en el poder (con frecuencia, mayorías "congeladas"), pues de ello puede depender nada menos que su subsistencia. Los propios medios periodísticos independientes, cuando existen, se ven en ciertos casos ante la amenaza de ver reducidos o eliminados sus ingresos provenientes de la publicidad de los actos de gobierno<sup>113</sup>. Las discusiones en torno a políticas públicas a nivel provincial son, por consiguiente, usualmente pobres<sup>114</sup>. La participación política sin dominación externa, tanto como el intercambio crítico de argumentos facilitado por una robusta libertad de expresión, están con frecuencia ausentes en estos escenarios. Pese a algunas excepciones, el sistema de partidos, que debería promover las condiciones para que existan miradas críticas y un mayor control sobre el gobierno y el diseño de políticas públicas, es hoy poco representativo, y las organizaciones de la sociedad civil, que podrían ayudar a cumplir este papel, no existen o son débiles<sup>115</sup>.

El presidente construye apoyo político con transferencias a las provincias que al menos en parte son discrecionales, y con ello sufre el Congreso en términos de relevancia institucional y potencial deliberativo. La dinámica se reproduce localmente. La preponderancia del Ejecutivo en el reparto de poderes a nivel provincial es fuerte, en parte por la posición del gobernador en la negociación de recursos para la provincia<sup>116</sup>. Ello

<sup>113</sup> Los medios suelen depender de estos ingresos, debido a la frecuentemente escasa actividad productiva local. Véase ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *Una censura sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Open Society Institute, Nueva York, 2005.

<sup>114</sup> No estoy diciendo que las discusiones a nivel local sean necesariamente más deficientes que las que se llevan a cabo en el Congreso Nacional. Mientras en varias provincias seguramente lo sean, en otras no, e incluso pueden ser mejores. Mi comentario parte justamente de considerar que las discusiones a nivel nacional son generalmente pobres.

<sup>115</sup> De acuerdo con el modo en que está configurado nuestro diseño institucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene asignado un rol especialmente sensible en la protección en general del federalismo (menciono este punto en la conclusión), pero en particular en el resguardo de los procesos constitucionales a nivel local. La Corte recibe con frecuencia disputas en las que la "salud" de estos procesos está en juego. Y en muchos casos lo hace en competencia originaria, por la posibilidad que la Constitución brinda (arts. 116 y 117) de litigar directamente ante sus estrados cuando una provincia es parte (y si el respeto de ciertos principios de la Constitución Nacional se pone en juego).

<sup>116</sup> Esta combinación entre un rol relevante a nivel local pero también a nivel federal aumenta notablemente la visibilidad de los gobernadores de los distritos más pequeños, maximizando tal vez con ello su posibilidad de ganar la presidencia de la Nación, como las recientes experiencias de Menem y Kirchner parecen indicar. Véase al respecto GERVASONI, C., "A Rentier Theory of Subnational Democracy: The Politically

suele suceder en contextos en los que buena parte de la sociedad civil está asfixiada, y es manejada clientelariamente por su propia dependencia del Estado. El presidencialismo es rehén del federalismo, y el federalismo es rehén del presidencialismo<sup>117</sup>.

Por ello, si bien es cierto que algunas provincias reciben más dinero del que recibirían de acuerdo con su peso político, la dinámica que produce este fenómeno es poco transparente e impacta en el corazón de los sistemas institucionales, tanto a nivel nacional como local. De hecho, los problemas políticos y económicos de nuestro federalismo están tan vinculados que tal vez sea innecesario analizar en un apartado el tema del "federalismo fiscal". Sin embargo lo intento.

## 2. Federalismo fiscal

Según ciertas teorías económicas, al dividir en distintos niveles de gobierno la atribución *conjunta* de recaudar y gastar recursos públicos, el federalismo podría ser ventajoso. La descentralización podría permitir una mejor satisfacción de las necesidades y preferencias locales. Los gobiernos podrían contar con ventajas informativas para su identificación, y estar así en mejores condiciones para proveer una oferta más variada a los individuos que viven en ese distrito<sup>118</sup>. Estos beneficios, sin embargo,

---

*Regressive Effects of Redistributive Fiscal Federalism*", presentado en el VIII Congreso Nacional de Ciencia Política, Sociedad Argentina de Análisis Político, Buenos Aires, 6 al 9/11/2007.

<sup>117</sup> Menciono sólo al pasar un posible argumento adicional sobre los problemas normativos pero también prácticos de nuestro federalismo: la excesiva multiplicación de instancias de legitimidad democrática. Así, el federalismo suma nuevos órganos y niveles de decisión a los ya existentes (presidente, diputados y senadores nacionales, gobernador, diputados y senadores provinciales, etc.), creando un complejo entramado que dificulta la representatividad política y la posibilidad de que el electorado "responsabilice" claramente a sus gobernantes. Véase Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

<sup>118</sup> Estas teorías suelen basarse en parte en un supuesto poco realista: que los individuos tienen siempre la posibilidad real de mudarse de un distrito a otro (es decir, que no hay otros factores de peso que los aten a su provincia que los derivados de sus preferencias por las políticas adoptadas). Al estar asegurada la movilidad de los individuos entre las distintas jurisdicciones, se maximiza la posibilidad de un ajuste entre la oferta de servicios y las preferencias individuales. Suponga el lector que sesenta personas en un país centralizado están a favor de la política P y cuarenta en contra. Bajo un régimen de mayoría, esta política se adoptará, dejando cuarenta personas insatisfechas. Suponga ahora que existen dos provincias. En una, la política P se adopta con cincuenta

deben balancearse con las ventajas que en ciertos casos tiene la centralización. Por ejemplo, en términos de economías de escala para la provisión de ciertos servicios, o para vencer problemas de acción colectiva entre las provincias o sus vecinos<sup>119</sup>.

Si bien la Constitución Nacional es clara al consagrar en buena medida esta descentralización en cabeza de las provincias<sup>120</sup>, ella virtualmente no existe en la práctica. A inicios del siglo XX, las provincias comenzaron a ceder gradualmente a la Nación la facultad de crear y recaudar impuestos, tanto como resultado de una imposición nacional (influida por la expansión del rol del Estado)<sup>121</sup> como por la propia debilidad económica de ciertos distritos. En 1935 se creó el "Régimen de Coparticipación de Impuestos"<sup>122</sup>, que con muchas modificaciones y algunas interrupciones mantiene su vigencia hasta la actualidad. Como se sabe, mediante este sistema el Estado nacional recauda y luego reparte dinero a las provincias<sup>123</sup>. Una de sus posibles justificaciones es nivelar las hondas asimetrías socio-económicas existentes a lo largo del país.

Desde 1994, este régimen forma parte de la Constitución<sup>124</sup>. Pero en violación al texto constitucional, el Congreso no sancionó todavía la ley

---

personas a favor y diez en contra. En la otra se adopta no-P, por treinta votos contra diez. En este segundo supuesto, sólo veinte personas quedan insatisfechas, y el número podría ser incluso inferior si ellas decidieran mudarse. El ejemplo está tomado de BEDNAR, J. et al., "A Political Theory...", cit.

<sup>119</sup> BEDNAR, J. et al., "A Political Theory...", cit.; PORTO, A. (dir.), *Disparidades regionales y federalismo fiscal*, EDULP, La Plata, 2004.

<sup>120</sup> La Constitución Nacional antes de la reforma de 1994 declaraba que el gobierno nacional podía crear impuestos a la importación y exportación (art. 64.1), y podía crear impuestos directos (como por ejemplo a las ganancias) sólo "por tiempo determinado [...] siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan" (art. 64.2). La reforma, como veremos, no modificó esta cláusula, pero agregó una mención explícita al régimen de coparticipación de impuestos.

<sup>121</sup> Hasta ese momento, y de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución de 1853, los ingresos del Estado nacional provenían de los derechos aduaneros. Véase PORTO, A. (dir.), *Disparidades...*, cit.

<sup>122</sup> En 1932 el Estado nacional sancionó la Ley de Réditos (hoy "ganancias"), que no fue suficiente para compensar la baja en la cuota de los impuestos sobre el comercio exterior. PORTO, A. (dir.), *Disparidades...*, cit.

<sup>123</sup> En Porto se identifican nueve etapas históricas en materia de coparticipación de impuestos. PORTO, A. (dir.), *Disparidades...*, cit.

<sup>124</sup> Como se mencionó antes, la reforma agregó varias cláusulas al art. 75.2 (antes 64.2). Entre ellas las siguientes: "Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá

que tiene que reglamentarlo<sup>125</sup>. En su reemplazo existen normas parciales, con asignaciones poco transparentes<sup>126</sup>.

Paralelamente al sistema legal (aunque poco claro) de la coparticipación, y para compensar la insuficiencia de recursos, existe un sistema *para-legal* de reparto de fondos a las provincias<sup>127</sup>, frecuentemente manejado con un alto nivel de discrecionalidad por parte del Ejecutivo nacional.

La falta de autonomía de recursos impositivos de las provincias contrasta con la importancia y cantidad de servicios públicos que tienen a su cargo, desde la educación y los servicios de salud hasta la seguridad y la administración de justicia. Ello especialmente a partir del período de descentralización y transferencia de funciones iniciado a comienzos de los años noventa<sup>128</sup>. Así, y aunque con diferencias entre las provincias, una gran parte del gasto local es afrontada con dinero proveniente del gobierno central<sup>129</sup>.

---

regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente, ni reglamentada y será aprobada por las provincias [...]”.

<sup>125</sup> De acuerdo con la Constitución, la ley debía ser sancionada antes del 1/1/1997. Es cierto que la construcción de consensos para sancionar esta ley es especialmente compleja, al exigir la Constitución una mayoría agravada.

<sup>126</sup> La última Ley General de Coparticipación es de 1988 (23.548). En su reemplazo se firmaron, durante los años noventa, varios “pactos fiscales” entre las provincias y el gobierno nacional, y luego algunas leyes parciales con efectos similares (por ejemplo, la 25.570, en 2002).

<sup>127</sup> Los denominados “Aportes del Tesoro Nacional”, o ATN. Estos aportes no son nuevos (con matices, están vigentes desde el siglo XIX), pero sí aumentó su uso con fines políticos. Véase PORTO, A. (dir.), *Disparidades...*, cit.

<sup>128</sup> Este proceso fue de “descentralización asimétrica” (mientras el gasto pasó a las provincias, la recaudación continuó en manos del Estado nacional). Véase PORTO, A. (dir.), *Disparidades...*, cit. El 40% del gasto total del país en 2000 fue provincial, y el 52% nacional. Véase TOMMASI, M., “Federalism...”, cit.

<sup>129</sup> En promedio, más del 60% de los gastos de las provincias se afronta con dinero proveniente del gobierno nacional. Pero existen grandes diferencias entre las provincias respecto de este punto. Véase PORTO, A. (dir.), *Disparidades...*, cit. El 83% de los impuestos totales del país en el año 2000 eran nacionales, y el 17% provinciales. Véase TOMMASI, M., “Federalism...”, cit., p. 31.

La existencia de un sistema de coparticipación como el consagrado en la Constitución no es de por sí criticable. Más allá de que podría crear ciertos problemas <sup>130</sup>, un régimen semejante podría permitir, como dije, reducir las grandes asimetrías que existen en el país. La situación político-institucional actual de sobrerrepresentación de algunas provincias no es una solución a este problema. Como sostuve, buena parte de las transferencias son derivadas discrecionalmente, por motivos políticos. Pero además, no es obvio que las provincias más pequeñas (las más beneficiadas con el desajuste en la representación) sean justamente las más postergadas <sup>131</sup>. De hecho, sería una casualidad que esto fuera así, porque tal desajuste reconoce causas distintas de la necesidad de reducir las asimetrías. Aunque con limitaciones metodológicas, el siguiente gráfico muestra este punto. Ninguna de las cinco provincias más pobres o más desiguales figura entre las cinco más sobrerrepresentadas <sup>132</sup>.

Por otro lado, la provincia de Buenos Aires, la más castigada tanto por la subrepresentación como por el régimen de coparticipación, tiene un alto porcentaje de personas bajo la línea de pobreza, lo que en números absolutos (debido a su gran densidad poblacional) representa una buena parte de todos los pobres del país <sup>133</sup>.

<sup>130</sup> Además de impedir (en caso de existir) los beneficios derivados del federalismo fiscal, un régimen de este tipo crea un problema de agencia, pues el que gasta (la provincia) no es el mismo que recauda (el Estado nacional). Por esta razón las provincias podrían no tener incentivos para mantener controlado su gasto, aumentando así su endeudamiento. Sin embargo, este problema podría en buena medida solucionarse con la sanción de una ley de coparticipación que imponga criterios transparentes de distribución, en parte basados en las necesidades reales de las provincias.

<sup>131</sup> Una posible respuesta podría ser que las provincias más pequeñas no son las más postergadas en parte porque reciben ayuda adicional. Pero incluso suponiendo que el argumento fuera correcto, éste no daría cuenta del problema que identificamos aquí, sino que más bien demostraría que él existe. El sistema no logra equilibrar los desajustes.

<sup>132</sup> Para una defensa sofisticada de este punto, véase Gervasoni, C., "A Rentier Theory...", cit. El autor estudia las transferencias del gobierno nacional a las provincias entre 1992 y 1995. Mediante una serie de regresiones, demuestra que no existe un vínculo entre las transferencias y la lucha contra la pobreza, y que, en línea con lo que sostengo aquí, existe en cambio un fuerte vínculo entre tales transferencias y el nivel de población de la provincia que las recibe (el vínculo es inversamente proporcional: a menor cantidad de población, mayor nivel de transferencias).

<sup>133</sup> El porcentaje de 21,8% de pobres que existe solamente en el Gran Buenos Aires (primer semestre de 2007, INDEC) representa a más de dos millones de personas.

|   | <i>Pobreza</i> <sup>1</sup> | <i>Desigualdad</i> <sup>2</sup> | <i>Sobrerrepresentación</i> <sup>3</sup> | <i>Subrepresentación</i> <sup>3</sup> |
|---|-----------------------------|---------------------------------|--|---------------------------------------|
| 1 | Chaco                       | Chaco<br>(Resistencia)          | Tierra del Fuego                         | Buenos Aires                          |
| 2 | Santiago del Estero         | Misiones<br>(Posadas)           | Santa Cruz                               | Córdoba                               |
| 3 | Jujuy                       | Entre Ríos<br>(Concordia)       | La Rioja                                 | Salta                                 |
| 4 | Corrientes                  | Jujuy<br>(Capital)              | La Pampa                                 | Santa Fe                              |
| 5 | Formosa                     | Formosa<br>(Capital)            | Catamarca                                | Mendoza                               |

<sup>1</sup> Calculado sobre la base de población en aglomerados urbanos, según datos del INDEC relativos al primer semestre de 2007.

<sup>2</sup> Calculado sobre la base de ciudades argentinas (promedio 1997-1999) <sup>134</sup>.

<sup>3</sup> Elaboración propia, sobre la base del Censo 2001.

En suma, la solución a las asimetrías entre las provincias no pasa por mantener ni el desfase de representación política a nivel de diputados, ni el sistema actual de transferencias (parcialmente) discrecionales. Ellas deberían ser enfrentadas *directamente*, mediante una ley de coparticipación que, basándose en la realidad y las necesidades de cada provincia, imponga criterios de reparto universales, objetivos, incondicionales y transparentes.

### 3. Otros estándares

En lo que resta del artículo menciono muy brevemente tres temas más puntuales que los estudiados anteriormente: la potencial desigualdad en

<sup>134</sup> GASPARDI, L. - MARCHIONNI, M. - SOSA ESCUDERO, W., "La distribución del ingreso en la Argentina", disponible en [www.depeco.econo.unlp.edu.ar](http://www.depeco.econo.unlp.edu.ar). Si se toma el promedio por provincia para el período 1992-2002, las cinco provincias más desiguales son las siguientes (ordenadas de mayor a menor): Chaco, Misiones, Jujuy, Formosa y Neuquén. Véase CICOWIEZ, M., "Caracterización económico-social de las provincias argentinas", *Documento de Federalismo Fiscal*, nro. 5, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Económicas, Departamento de Economía, disponible en [www.depeco.econo.unlp.edu.ar](http://www.depeco.econo.unlp.edu.ar).

el derecho generada por el federalismo, la posibilidad de experimentación jurídica y la aplicación de tratados.

### 3.1. Desigualdad en el derecho

Según comenté antes, el federalismo podía ser una herramienta adecuada, aunque la práctica argentina no lo demuestre, para solucionar posibles asimetrías en términos de distribución del ingreso o pobreza entre regiones de un país. Hay otra dimensión en la que ciertos argumentos de igualdad podrían encontrar un lugar: *la aplicación uniforme del derecho*. Una nota clave del ideal del *rule of law* es que el derecho sea relativamente uniforme, es decir, que la ley y su aplicación por parte de los jueces no hagan discriminaciones arbitrarias al tratar casos similares. Este ideal, que en principio parece sólo formal, encuentra sustento normativo en teorías como la de Ronald Dworkin, para quien el Estado puede reivindicar su autoridad —generando una obligación correlativa de obediencia de parte de los ciudadanos— y hacer uso del monopolio de la fuerza sólo si ciertas condiciones se ven satisfechas<sup>135</sup>. En particular, si el derecho trata a los ciudadanos con igual consideración y respeto<sup>136</sup>.

Al multiplicar los órganos a cargo de crear y aplicar derecho, la coexistencia de jurisdicciones típica de un Estado federal puede generar ciertas asimetrías. Por ejemplo, la provincia P1 puede ser la única en adoptar una ley de salud reproductiva, o P2 puede tener estándares mucho más generosos que P3 en términos del respeto de las garantías en el proceso penal. Dado que, al menos cuando no hay dos derechos en juego, la Constitución Nacional sólo provee un piso mínimo de derechos, y que las provincias pueden elevarlo —siendo más “generosas” en su reconocimiento—, esto es perfectamente posible en nuestro país<sup>137</sup>. Si, en

<sup>135</sup> Entre otras obras, pero especialmente, véase DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992.

<sup>136</sup> Esto supone, entre otras cosas, que si el Estado resuelve una situación de un modo determinado, no puede resolver otra idéntica de un modo distinto, si es que no existen buenas razones que expliquen la diferencia.

<sup>137</sup> Para este tema en general, véase BIANCHI, E. - GARAY, A. - GULLCO, H., “Las garantías individuales consagradas en la Constitución Nacional, ¿establecen un piso o un techo? Diálogo acerca de las garantías de la Constitución Nacional y de las Constituciones provinciales, con particular referencia a la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados”, JA 1993-III-803. Desde luego, no es siempre sencillo determinar dónde terminan estas facultades de las provincias. Las dificultades pueden ser de dos tipos. En primer lugar, cuando hay un posible choque de derechos, el argumento del piso mínimo

cambio, los jueces de una provincia no respetaran esa interpretación "mínima" de la Constitución Nacional (esto es, la versión "Corte Suprema" de la Constitución Nacional), el máximo tribunal debería desautorizarlos, dejando sin efecto sus decisiones.

Obviamente, esto no se limita a posibles asimetrías en términos del contenido de los derechos constitucionales<sup>138</sup>. Una persona en Px, por consiguiente, podría tener distintos derechos o estar sometida a un régimen jurídico distinto que una persona en Py. Es cierto, sin embargo, que esta "desigualdad" no debería resultar *excesivamente* problemáti-

---

no mantiene su vigencia (pues de otro modo, al ser más generosas con la protección de un derecho contemplado en la Constitución Nacional, las provincias estarían conculcando otro). También podría suceder que, al legislar de este modo, las provincias pongan en tensión otras cláusulas de la Constitución Nacional. Para arribar a cualquiera de estas conclusiones es necesario determinar antes cuál es la interpretación que cabe asignarle a las cláusulas en cuestión, pero, como se sabe, ésta es una tarea compleja. Ofrezco un ejemplo que podría involucrar ambos tipos de problemas. La Constitución de Córdoba contempla la inembargabilidad de la vivienda única, sin necesidad de inscripción (art. 58). En 1999, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia sostuvo que ni esa cláusula ni la ley provincial que la reglamentaba (8067) violaban la Constitución Nacional (sentencia del 20/10/1999). En cierto sentido, la cláusula podía verse como brindando una protección más generosa del derecho de vivienda que la contemplada por la Constitución Nacional. Pero también podía interpretarse que ella violaba el derecho de propiedad de los acreedores. La Corte Suprema declaró inválida tanto la cláusula constitucional como la ley provincial de acuerdo con el segundo de los argumentos que mencioné. Sostuvo que ellas invadían la esfera de atribución exclusiva del Congreso de sancionar leyes "comunes" (75.12), y violaban la ley nacional 14.394. Véase Corte Sup., "Banco del Suquia SA", sentencia del 19/3/2002.

<sup>138</sup> Como las provincias son las encargadas exclusivas de aplicar el derecho "común", podría suceder que jueces de distintas provincias tengan interpretaciones completamente diferentes sobre ciertos temas. Por ejemplo, un juez de P4 puede pensar que el robo con una pistola de juguete es un robo con arma, mientras que un juez de P5 podría pensar que no lo es. Dado que de acuerdo con nuestro diseño institucional no existe (o no debería existir, pues la Corte se ha arrogado con frecuencia, e incorrectamente, el rol de intérprete final de ciertas disposiciones de derecho común, especialmente mediante el abuso de la doctrina de la arbitrariedad) un superior común a esos jueces, no hay forma de saldar ese conflicto interpretativo, más allá de la posibilidad de que el Congreso sancione una ley "aclarando" el sentido de la disposición (éste es un ejemplo basado en un problema real; en 2004, la ley 25.882 modificó el Código Penal para intentar saldar ese tipo de desacuerdos, incluyendo en el inc. 2º del art. 166 el siguiente párrafo: "Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión"). Desde luego, en países como los Estados Unidos esta circunstancia es todavía más fuerte, pues estas situaciones no se limitan a la aplicación del derecho: allí cada Estado tiene también la facultad exclusiva de crear derecho "común".

ca<sup>139</sup>. Además de otras razones<sup>140</sup>, y de modo muy especial, tanto la Constitución Nacional como los Códigos de fondo prevén límites que deben ser respetados (un código procesal no puede garantizar *menos* derechos que la Constitución Nacional; un juez local no puede interpretar discrecional o *arbitrariamente* una disposición del Código Penal), y existen remedios para cuando ello no suceda<sup>141</sup>. Nuevamente, éste es el rol que la Corte Suprema debería cumplir, y de hecho suele hacerlo, aunque no siempre cabalmente<sup>142</sup>.

### 3.2. Experimentación

Como contracara del argumento anterior, la existencia de ciertas asimetrías entre las provincias podría celebrarse antes que criticarse. Así, podría sostenerse que la presencia de múltiples unidades con atribuciones

<sup>139</sup> Alguien podría incluso negar de plano el argumento de la desigualdad. Podría decir que, por el contrario, en una república en la que rigeran los mismos estándares en todo el territorio, y en la que las provincias no tuvieran la capacidad de modificarlos, los habitantes de cierto distrito podrían sentirse discriminados por no permitírseles fijar un nivel mayor o menor de derechos del contemplado en la Constitución.

<sup>140</sup> En primer lugar, ella se da con frecuencia dentro de las propias provincias y a nivel nacional, y en la práctica la situación no siempre se corrige. Esto es posible porque en nuestro sistema no existe una fuerte regla de precedente, y porque no todas las causas son apeladas ante las cámaras o ante el tribunal provincial que actúe como órgano de casación a nivel local (no estoy analizando los casos, también usuales, en los que el propio tribunal de casación cambia más o menos arbitrariamente de criterio a lo largo del tiempo). Segundo, la existencia de un sistema institucional con múltiples jurisdicciones con atribuciones normativas implica que, de antemano, todas las personas sepan que esos desajustes están permitidos, y que no pueden ser demasiado significativos. Por otro lado, el trato desigual es especialmente problemático cuando no puede preverse, como cuando un juez aplica retrospectivamente una solución, o cuando implica perjudicar a un grupo desaventajado (o a sus miembros). Pero esto no parece suceder aquí. En primer lugar, contra el argumento de que la desigualdad en el trato se debe a la circunstancia arbitraria de residir en P1 y no en P2, podría sostenerse que, justamente, es esta "circunstancia arbitraria" lo que la hace menos problemática. El derecho frecuentemente apela a distinciones, y si ellas son "inocentes", es decir, no tienen el propósito de perjudicar a un grupo de personas (o no puede sospecharse que lo tengan), en principio no deberían causar grandes problemas. Reconozco, sin embargo, que este último argumento es controversial.

<sup>141</sup> Es cierto, sin embargo, que cuando la Corte resuelve que una sentencia es "arbitraria", su decisión no tiene ningún valor como precedente (estoy suponiendo que las sentencias que resuelven cuestiones constitucionales o federales sí lo tienen).

<sup>142</sup> La Corte ha formulado con frecuencia lecturas diferentes de la Constitución Nacional en situaciones idénticas que involucraban a provincias distintas. Véase ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *La Corte y los derechos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.

legislativas puede funcionar como una suerte de "laboratorio" para testear distintas alternativas legales. Las provincias, pero también la Nación, podrían "aprender" mutuamente a partir de la experimentación normativa. De hecho, esto es lo que ha sucedido con frecuencia con los Códigos Procesales provinciales. Según este argumento, entonces, podría ser especialmente positivo que existan distintas subunidades dentro de un país, pues ello alentaría la innovación y el desarrollo en materia legal<sup>143</sup>. Desde luego, tal experimentación quedará limitada por la necesidad de respetar una serie de estándares constitucionales mínimos<sup>144</sup>.

### 3.3. *Federalismo y aplicación de tratados internacionales*

Aunque sólo le dedicaré un par de párrafos, un punto más serio, que podría poner en tensión al federalismo, tiene que ver con la recepción interna de los tratados. El tema, que también tiene vinculación con el argumento de la igualdad, es especialmente relevante para nuestro país, dada la situación creada con la incorporación a la Constitución, en 1994, de los tratados de derechos humanos<sup>145</sup>. Enfrentamos aquí un típico problema de agencia: mientras el único responsable a nivel internacional de pagar el costo del incumplimiento de un tratado es el Estado nacional (la "parte" en el tratado), muchas de las violaciones pueden provenir de las provincias, que no son técnicamente parte. Éste es un problema serio, tanto

<sup>143</sup> Aunque referido a la "adjudicación" judicial, éste parece ser uno de los fundamentos que están detrás del "margen de apreciación" tolerado por la Corte Europea de Derechos Humanos. EXHARSHER, S. - SUTTON, J., *Redefining the Supreme Court's Role: A Theory of Managing the Federal Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1986, menciona un punto relativamente similar, referido a la competencia de la Corte norteamericana. Generalmente se sostiene que uno de los criterios que este tribunal toma en cuenta a la hora de aceptar un caso es la existencia de interpretaciones divergentes sobre un punto de derecho federal entre varios tribunales inferiores, usualmente de distintos Estados. Difícilmente la Corte "salte" sobre una cuestión que no haya recibido aún atención por parte de distintos tribunales inferiores.

<sup>144</sup> Desde luego, el punto aquí es qué autoridad define cuáles son esos límites. Si, como sostuvimos antes, la Corte parece ser el órgano que tiene a su cargo esta función (o al menos es uno de ellos), la conclusión obvia es que esta posibilidad de experimentación (al menos en materia de interpretación de la Constitución) quedará limitada por una autoridad del gobierno central. El hecho de que esta autoridad sea no elegida por el pueblo de forma directa no agrega mucho a la discusión sobre federalismo (aunque desde luego sí a la discusión sobre democracia y constitucionalismo).

<sup>145</sup> Este problema está muy bien expuesto en DULITZKY, A., "Federalismo y derechos humanos: el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, no. 6, 2006, ps. 199 a 249.

por lo que está en juego (en última instancia, el respeto de los derechos humanos, pero también la responsabilidad internacional del Estado) como por la inexistencia de soluciones obvias.

El "principal" (el Estado nacional) no tiene una forma directa de controlar al "agente" (las provincias) en el cumplimiento del tratado. "Controlar" significa aquí no sólo que el Estado nacional esté en condiciones de garantizar el cese, la investigación y reparación de una violación, sino que también pueda prevenirla. Esta situación no genera muchos incentivos a las provincias para ser más celosas en el respeto de los tratados. Desde luego, esto no sería grave si existiera un fuerte compromiso por parte de las autoridades provinciales, o cierto alineamiento político entre ellas y las nacionales. Esto no siempre sucede, sin embargo. Entonces, incluso presuponiendo que el Estado nacional tiene voluntad para garantizar el cumplimiento del tratado (una suposición que no es obvia), el problema es cómo podría hacerlo en aquellos casos en que las violaciones se generan en territorios provinciales.

Está fuera de discusión que el Estado nacional no puede invocar ante la autoridad internacional (especialmente los órganos interamericanos, que tienen mecanismos de cumplimiento más fuertes) la existencia del federalismo para excusar el incumplimiento del tratado<sup>146</sup>. El problema no es internacional sino interno.

Algunos autores han sostenido que el Congreso Nacional está autorizado para crear leyes —federales— con estándares mínimos sobre interpretación y aplicación de los derechos contemplados en los tratados<sup>147</sup>. Un posible problema con esta alternativa<sup>148</sup> es que una gran cantidad de

<sup>146</sup> El art. 28.2 de la Convención Americana, por ejemplo, contiene una previsión clara en este sentido (la "cláusula federal"). Esta previsión, por otro lado, es una aplicación del principio básico (contemplado en el art. 27 de la Convención de Viena) según el cual un país no puede invocar disposiciones de derecho interno para eximirse del cumplimiento de un tratado. Como sostiene Dulitzky (Dulitzky, A., "Federalismo...", cit., ps. 199 a 249), la historia del art. 28.2 es peculiar. La preocupación subyacente era evitar federalizar cada cuestión cubierta por la Convención. El borrador original era más enfático al señalar que los Estados federales simplemente tenían que respetarla. Los Estados Unidos objetaron este texto, sosteniendo que podía ser interpretado como interfiriendo con su Constitución federal. Afirmaron por ello que veían necesario incluir una cláusula similar, pero aclarando que el federalismo no sería afectado por ella.

<sup>147</sup> DULITZKY, A., "Federalismo...", cit.

<sup>148</sup> En el caso "Verbitsky" (sentencia del 3/5/2005, Fallos 328:1146), la Corte Suprema pareció avalar esta interpretación, al sostener que la Ley de Ejecución Penal (24.660) era una "ley marco", cuyos estándares rigen en todo el país. Con anterioridad a esta sentencia se entendía que la administración carcelaria era una competencia exclusi-

cuestiones podrían tener que ver con tales derechos (derechos sociales en general, garantías en el proceso penal, derechos políticos, etc.). Si esto fuera así, la introducción de los tratados habría supuesto una fuerte transferencia de poder de las provincias (generalmente concebidas como las responsables de crear legislación local implementando los derechos constitucionales) hacia el Estado nacional<sup>149</sup>.

¿Qué otras posibles soluciones hay?<sup>150</sup> De acuerdo con nuestro diseño institucional, el órgano encargado de custodiar que los derechos sean correctamente implementados por las provincias parece ser la Corte Suprema. Según vimos, el tribunal tiene a su cargo fijar estándares mínimos en materia de derechos constitucionales, y custodiar la vigencia de los procedimientos democráticos a nivel local. Debe por consiguiente hacerlo también cuando los derechos provienen de un tratado incorporado a la Constitución<sup>151</sup>. Existen otras alternativas, desde las negociaciones y presiones políticas que el Estado nacional pueda ejercer sobre las autoridades provinciales (una alternativa que en la práctica podría ser débil), hasta ordenar la intervención federal de la provincia en cuestión (demasiado fuerte)<sup>152</sup>.

---

va de las provincias. Por otro lado, la sanción de la ley 24.390 (sobre duración de la prisión preventiva) tuvo este objetivo expreso, con el fin de reglamentar el art. 7.5 de la Convención Americana.

<sup>149</sup> Un posible obstáculo de esta alternativa es la propia Constitución, pues la reforma de 1994 no modificó –al menos explícitamente– el reparto de competencias en materia de creación del derecho. El art. 28.2 de la Convención Americana o el art. 50 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (o el art. 27 de la de Viena) están destinados a determinar en qué condiciones se genera la responsabilidad internacional del Estado, es decir, no modifican la Constitución interna del país. Mucho menos en el caso del art. 27 de la Convención de Viena, que es una norma infraconstitucional. Podría tal vez sostenerse que la inclusión de los tratados en la reforma de 1994 implicó cambiar implícitamente la dinámica del reparto de poderes entre la Nación y las provincias. Esto no es claro, sin embargo. Este punto lo discutí con (aunque bien podría ser de) Hernán Gillo.

<sup>150</sup> Podría incluso cuestionarse la actitud irreflexiva del gobierno nacional de ratificar un tratado sin diseñar antes la manera de asegurar la obligatoriedad de sus cláusulas a lo largo de todo el país. Léase bien: esto no es un argumento en contra de la ratificación. Al contrario, es una crítica a la falta de previsión. El ejercicio que autores como Dulitsky hacen, y que yo aquí simetizo, debería hacerse antes y no después de formular un compromiso de tal envergadura.

<sup>151</sup> En el caso “Lavado”, sobre las penitenciarías de la provincia de Mendoza, la Corte insinuó este criterio al hacer lugar a una medida requiriendo informes a las autoridades locales (resolución del 6/9/2006, Fallos 329:3863). Finalmente la Corte denegó su competencia originaria.

<sup>152</sup> Otras soluciones incluyen la creación de una comisión especial con delegados provinciales y nacionales para monitorear el cumplimiento de los tratados y resolver

No todas las opciones, sin embargo, tienen la misma eficacia, especialmente cuando se trata de *prevenir* violaciones.

## VI. CONCLUSIÓN

Comencé este artículo definiendo el término "federalismo", e intentando buscar posibles justificaciones normativas de este tipo de arreglos. Sostuve que, en un país con gran densidad poblacional, grandes divisiones sociales o un gran territorio, el federalismo podría ser una buena opción —en comparación con otras alternativas más centralizadas— para fomentar la participación y el control democrático, y para custodiar los derechos de ciertos tipos de minoría. Pero no para optimizar el potencial mayoritario de un sistema político. Complementé estas intuiciones con una descripción sintética del origen histórico del federalismo en los Estados Unidos y en la Argentina.

Luego analicé el federalismo argentino en funcionamiento. Sostuve que varias cláusulas constitucionales que se refieren a él no son respetadas. En contra de algunas intuiciones comunes, afirmé que un mayor respeto a la Constitución restaría poder efectivo a algunas provincias en comparación con el que hoy tienen. Pero en contra de otras intuiciones, esta pérdida de poder podría ser más positiva que negativa. Finalmente, analicé otros posibles puntos referidos al federalismo. Al menos inicialmente, dos parecen problemáticos, especialmente el segundo: la desigualdad en el derecho y la aplicación de tratados internacionales. El otro parece en cambio ventajoso: la posibilidad de experimentar jurídicamente.

Uno de los varios puntos que este artículo no analiza es el de cómo mantener la estabilidad de un sistema por naturaleza *inestable* como el federal, que agrupa a fuerzas que empujan para distintos polos. Aunque el riesgo es que éste derive tanto en un centralismo como en una fragmentación completa, el peligro mayor es el primero, al menos en sociedades relativamente homogéneas como la nuestra. Las alternativas son de dos tipos<sup>133</sup>. En primer lugar, confiar en que las pautas jurídicas o constitucionales sobre el federalismo sean aseguradas por un órgano judicial independiente. Según sugerimos, la Corte Suprema tiene un papel

---

problemas de coordinación (según entiendo, hoy funciona una agencia de este tipo), o la posibilidad de que el Estado nacional demande judicialmente a la provincia en cuestión ante la Corte Suprema (en competencia originaria).

<sup>133</sup> BODNAR, J. et al., "A Political Theory...", cit.

importante en este aspecto. De hecho, el nacimiento del control judicial de constitucionalidad podría en general vincularse con el posible rol de árbitro entre las distintas unidades que componen una federación que los tribunales superiores del país podrían cumplir<sup>154</sup>.

Pero descontando el hecho de que la intervención de un órgano que pertenece al gobierno central para asegurar el respecto del federalismo pueda ser problemática —el árbitro sería de alguna manera parte en la disputa—, la justicia sólo interviene correctivamente, luego de que la norma ya fue (según se asegura) violada<sup>155</sup>. Más efectivas para mantener la vigencia del federalismo pueden ser ciertas salvaguardas estructurales del propio sistema político, que logren minimizar la posibilidad de que un fuerte gobierno central avance contra las subunidades. La división entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo (en prácticamente cualquiera de sus versiones) ayuda a lograr esto<sup>156</sup>.

Como ya dijimos, sin embargo, la fuerte preponderancia del Ejecutivo argentino por sobre el Legislativo limita esta posibilidad. Irónicamente, el débil rol que el Legislativo de por sí juega a nivel nacional (con independencia de las dinámicas asociadas al federalismo) se ve agravado por nuestra práctica federal.

En suma, no es que tengamos *poco* o *mucho* federalismo. Sea *poco* o *mucho* aquello que tenemos, el problema es que, de acuerdo con las variables que analicé, no es claro que sea aceptable. Desde luego, las cosas podrían funcionar mucho mejor, y uno de los modos de que eso suceda es respetar nuestra malhadada Constitución. Pero es inútil despegar completamente la discusión del federalismo de la discusión más general que tiene al propio presidencialismo argentino, con todo su significado histórico y actual, en el centro de la escena. Según vimos, el federalismo influye en el presidencialismo, pero también el presidencialismo influye en el federalismo.

<sup>154</sup> El jurista austríaco Hans Kelsen, el padre del modelo europeo de control judicial (que ideó pensando en su país), sostuvo este punto explícitamente. Esto parece haber sido también así en países federales como los Estados Unidos y Alemania, por ejemplo. Véase KELSEN, H., "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, vol. 4, nro. 2, 1942, ps. 183 a 200.

<sup>155</sup> BEDNAR, J. *et al.*, "A Political Theory...", cit.

<sup>156</sup> BEDNAR, J. *et al.*, "A Political Theory...", cit. Otra posibilidad (citada por los autores) es estructurar el sistema electoral de modo de dificultar el surgimiento de partidos políticos fuertes a nivel nacional, lo que al menos en la práctica parece ocurrir en nuestro país. Véase LEIBAS, M., *Todos los caballos del rey. La integración de los partidos políticos y el gobierno democrático de la Argentina, 1995-2003*, Prometeo, Buenos Aires, 2007.



## LA REFORMA CONSTITUCIONAL



## CAPÍTULO XX

# INJERTOS Y RECHAZOS: RADICALISMO POLÍTICO Y TRASPLANTES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA

Por ROBERTO GARGARELLA<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, quisiera hacer algunas reflexiones en torno al tema de los trasplantes constitucionales, y voy a hacerlo tomando como marco de referencia al constitucionalismo americano. La principal hipótesis que sostengo es, de modo muy resumido, que las reformas constitucionales se enfrentan con un problema grave, que amenaza su éxito, cuando ellas quieren incorporar elementos que son ajenos al "cuerpo" institucional a partir del cual están organizadas. Decir esto, sin embargo, no implica afirmar otras dos ideas (que, por lo demás, rechazo), como las siguientes: i) que, en principio, es normativamente objetable la "importación" de instituciones distintas de las propias o dominantes; o ii) que, en caso de producirse, dicha "importación" tiende al fracaso (las instituciones "importadas" tienden a no funcionar)<sup>2</sup>. Mi proposición, en este sentido, es bastante

<sup>1</sup> Este trabajo se vio beneficiado por las tempranas y agudas observaciones de varios colegas, entre ellos, Marcelo Alegre, Jorge Contesse, Victoria Ricciardi, a quienes les agradezco sus siempre oportunos comentarios y sugerencias.

<sup>2</sup> En principio, por tanto, no me preocupa el hecho de que un país haga un uso "autoritativo" del derecho de otro país (salvo en las circunstancias que iré describiendo); ni creo que actuando de ese modo socavemos nuestra capacidad para desarrollar los recursos que necesitamos para tomar decisiones propias; ni me parece que a través de dichas operaciones pongamos en crisis nuestra identidad constitucional, como si lo creen otros autores (ROSENKRANTZ, C., "Against Borrowing and other Non-Authoritative Uses of Foreign Law", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press,

más limitada: considero que, bajo determinadas circunstancias, ciertas "importaciones" o "injertos", tal vez deseables, van a tender a fracasar, por lo cual, y en la medida en que tengamos buenas razones para incorporar aquellas instituciones nuevas, nos conviene re-pensar la manera en que tradicionalmente procedemos al intentar el "injerto" de mecanismos novedosos para nuestro sistema institucional.

De modo más específico, en este estudio sostendré que ciertos textos constitucionales ("cuerpos") con un perfil (un "perfil genético") liberal/conservador, como los que ganaron fuerza en América a partir de fines del siglo XIX, enfrentan dificultades muy especiales para "importar" reformas (realizar "injertos") de instituciones propias de una tradición política radical (de un "perfil genético" diferente). Muy brevemente, podría decirse que ello se explica reconociendo que es muy difícil implementar –y sobre todo mantener la vigencia de– políticas igualitarias en contextos no igualitarios –como es ingenuo esperar que aquellos destinados a perder poder con determinadas políticas sean los encargados de crear o poner en práctica tales políticas–.

En alguna de sus variantes, el tema de los "trasplantes" ha sido objeto de una muy vasta reflexión teórica en los últimos tiempos<sup>3</sup>. Sin embargo,

---

Oxford, vol. 1, nro. 2, 2003, p. 277 –quien se ocupa más bien del llamado *borrowing judicial*–; LANE SCHWELB, K., "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models", 1 *International Journal of Constitutional Law*, 296 (2003). De todos modos, en el marco de este trabajo apenas tendré oportunidad de discutir algunas de las importantes cuestiones de las que ellos se ocupan.

<sup>3</sup> Ello así, por ejemplo, al calor de las fuertes disputas que aparecieron al interior de la Corte Suprema norteamericana, y en las más altas esferas judiciales de este país, en torno a si –a la hora de interpretar el derecho– debían tomarse en cuenta o no las decisiones adoptadas por tribunales extranjeros, en casos similares (por ejemplo, típicamente, en torno a la pena de muerte). Destacan al respecto, por ejemplo, las serias disputas planteadas al interior mismo de los fallos entre los jueces Scalia y Brennan o Breyer. En el caso "Printz v. US", por ejemplo, Scalia sostuvo que "*comparative analysis [is] inappropriate to the task of interpreting a Constitution, though it was of course relevant to the task of writing one*"; y, de este modo, se enfrentó a lo expresado por el juez Breyer en su disidencia, cuando afirmó que "*[the experience of other nations] may... cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal problem*". Interesa también recordar, por caso, la afirmación del juez Guido Calabresi, sosteniendo, en "US v. Then", la importancia de que los Estados Unidos comiencen a prestar atención a las decisiones que se toman en países inspirados institucionalmente en el sistema americano ("*wisely parents do not hesitate to learn from their children*"). Pueden leerse algunas reflexiones al respecto en ERSTAM, L. - KNIGHT, J., "Constitutional Borrowing and Nonborrowing", 1 *International Journal of Constitutional Law*, 196 (2003); o TUSHNET,

la discusión ha tendido a concentrarse básicamente en dos aspectos de la cuestión: la importación de instituciones o la recepción de decisiones judiciales provenientes de un país extranjero; y el valor mismo de tal tipo de operaciones<sup>4</sup>. En este trabajo, trataré de concentrarme en otros ángulos de la discusión, relacionados con la adopción de mecanismos institucionales provenientes de tradiciones diferentes (no necesariamente provenientes del extranjero), y sobre todo, en las posibilidades y dificultades de llevar a cabo dicha adopción<sup>5</sup>. Finalmente, lo que me interesa es reflexionar sobre la ingenuidad con que nos acercamos a la cuestión de los "trasplantes", y la poca atención que le dedicamos a ciertas dificultades obvias, relativas a cualquier operación de este tipo. En mi trabajo, procuraré ofrecer algunas herramientas que pueden sernos de utilidad en esta necesaria tarea de reflexión. Fundamentalmente, presentaré una historia que —es lo que espero— puede ser de interés a la hora de pensar sobre el tema, y algunas primeras intuiciones a partir de la misma, que pretenderán echar luz sobre ella, ayudándonos a reconocer problemas que suelen aparecer en las situaciones de "trasplante", y que normalmente descuidamos.

## II. "TRASPLANTES" Y "RECHAZOS"

Antes de comenzar con mi estudio, quisiera hacer algunas breves aclaraciones sobre los principales conceptos a los que voy a recurrir en este trabajo: los conceptos de "trasplantes" e "injertos"; el de "rechazos" o fracasos en el trasplante; y el de "cuerpos" constitucionales. Primero, aclararé el modo en que pienso la metáfora de los "trasplantes" y los "rechazos", y luego haré referencia a los distintos "cuerpos" o tradiciones constitucionales prevaletentes en América.

M., "The Possibilities of Comparative Constitutional Law", 108 *Yale Law Journal*, 1225, (1999).

<sup>4</sup> Buenas discusiones sobre el "valor" de la importación en el *International Journal of Constitutional Law* (2003, vol. 1, nro. 2); TUSHNET, M., "The Possibilities...", cit.; ACKERMAN, B., "The Rise of World Constitutionalism", 83 *Va. L. Rev.*, 771 (1997); KENNEDY, D., "New Approaches to Comparative Law", *Utah Law Review*, 545 (1997); ROSENFELD, M., "Justices at Work", 18 *Cardozo L. Rev.*, 1609 (1998); FERREJOHN, J., "The Politics of Imperfection", 22 *L. & Soc. Inquiry*, 501 (1997); BALKIN, J. - LEVINSON, S., "The Canons of Constitutional Law", 111 *Harv. L. Rev.*, 963 (1998).

<sup>5</sup> En definitiva, y como dice Wiktor Osiatynski, "[b]orrowing is inevitable because there are a limited number of general constitutional ideas and mechanisms, and they have been in the air for some time" (OSIATYNSKI, W., "Paradoxes of Constitutional Borrowing", 1 *International Journal of Constitutional Law*, 244, año 2003, p. 244).

Obviamente, tomo la metáfora de los trasplantes, injertos y rechazos, a partir del uso que se les da a dichos términos dentro de las ciencias médicas. Pienso en esta metáfora de los trasplantes y rechazos a partir de consideraciones propias de tal disciplina, como la que sostiene que "cuando un cuerpo extraño [...] se introduce en un organismo no idéntico genéticamente, el organismo se defiende y se esfuerza en rechazar al intruso o en disminuir los efectos patológicos de su presencia"<sup>6</sup>. Aplicada esta noción al campo constitucional, esta idea sugiere, en primer lugar, una posibilidad intuitivamente plausible (aunque no explorada en este trabajo): la analogía nos vendría a decir que los trasplantes constitucionales tienen mayores posibilidades de concluir exitosamente (lo que no quiere decir que vayan a ser exitosos) cuando el injerto en cuestión se encuentra "genéticamente" vinculado con el organismo "receptor" del injerto. Esta situación se haría presente, por ejemplo, en el caso en que se "injertaran" instituciones asociadas al liberalismo, sobre modelos constitucionales de naturaleza también liberal. En segundo lugar (y éste es el caso que voy a explorar en el curso de este trabajo), la metáfora nos diría que los injertos de instituciones propias dentro del esquema institucional radical sobre "cuerpos" marcados por el liberal-conservadurismo van a tender a fracasar, dado que el organismo que los recibe va a "defenderse" y trabajar para "rechazar al intruso o ...disminuir los efectos patológicos de su presencia"<sup>7</sup>.

La idea de éxitos o fracasos/rechazos en el trasplante resulta, de todos modos, más difícil de reconocer en la práctica constitucional que en la práctica médica. Por ahora, voy a definir la idea de éxito a partir de su contraria. En lo que sigue, una reforma será considerada exitosa no cuando se haya desarrollado tanto como sus creadores lo esperaban, o tanto como podría esperarse conforme a un modelo ideal, sino simplemente cuando no haya fracasado. La idea de fracaso o "rechazo" constitucional, mientras tanto, dependerá de nuestros juicios meditados, luego de observaciones sobre el "funcionamiento" de las reformas del caso. Esto último estará vinculado con el nivel de obstáculos que encuentre la nueva institución para asentarse dentro del "cuerpo" en el que se "injerta", tarea para la cual ciertas definiciones ostensibles y algunos ejemplos pueden

<sup>6</sup> Véase <http://www.marcoespaña.es/Litml>.

<sup>7</sup> Con otros términos, puede verse un análisis teórico de esta idea del "rechazo" en LANE SCHIFFELE, K., "Aspirational...", cit., haciendo referencia al "constitucionalismo aversivo". Una combinación de estudios empíricos y reflexiones teóricas al respecto, en EPSTEIN, L. - KNIGHT, J., "Constitutional Borrowing...", cit.

ayudarnos. Así, en principio, podríamos decir que, en relación con las Constituciones americanas, los cambios de sistemas electorales, o un paquete de medidas dirigido a reducir, limitar o expandir un mandato electoral (*i.e.*, la supresión o la inclusión de la cláusula reeleccionaria, sumada a la limitación del término del mandato presidencial a cuatro años, y la inclusión de nuevas auditorías de control) no han encontrado mayores problemas para su "aceptación" por parte del "cuerpo" constitucional. Otras medidas, en cambio, como las relacionadas con la incorporación constitucional de los derechos sociales, han sido vistas por la doctrina, más o menos unánimemente (y por ahora, tomaré dichas consideraciones como válidas), como reformas poco exitosas, dado que se trata de derechos que los legisladores no han tomado en serio, y que los jueces han tendido a considerar como no exigibles ante los tribunales.

Al respecto, es importante aclarar también otras cuestiones. Primero, no creo que *toda* institución que se adopta o suprime deba verse como exclusivamente asociada con una cierta tradición: numerosas instituciones parecen, en principio, compatibles con una mayoría de Constituciones (por ejemplo, una mayoría de textos constitucionales resultan perfectamente compatibles con la abolición del trabajo esclavo). Una segunda cuestión, que complica el análisis (y donde el paralelo con el trasplante médico se mantiene) es que muchos injertos pueden requerir un tiempo largo de adaptación, antes de que pueda considerarse que el trasplante ha sido exitoso. A nivel constitucional, la regla es que los trasplantes no sean de "todo o nada": lo que suele ocurrir es que ellos tienden a ser "rechazados" o "aceptados". En tercer lugar, y en la medida de lo posible, intentaré referirme a "ramilletes" o conjuntos de reformas, antes que concentrarme en injertos muy particulares<sup>8</sup>. Aquí hablaré de dos "ramilletes" de reformas principales —las destinadas a incluir derechos sociales dentro de la Constitución; y los cambios destinados a promover una mayor participación política de la ciudadanía— antes que de cada una de las medidas particulares incluidas en aquellos paquetes (*i.e.*, la adopción de una regla de salario mínimo o vacaciones pagas).

<sup>8</sup> Esto, porque creo que puede generar confusiones el comenzar a preguntarnos si esta o aquella reforma merece clasificarse de tal o cual manera. Las cosas se facilitan, según entiendo, si pensamos en conjuntos de reformas, en donde ya podemos tener más claro qué sentido tiene la reforma, qué es lo que se propone y de qué modo.

### III. TRES "CUERPOS" O TRADICIONES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA

En otro trabajo<sup>9</sup> he intentado demostrar la importancia que tuvieron tres tradiciones constitucionales en el período fundacional del constitucionalismo americano. Me refiero a tres visiones muy distintas sobre cómo pensar las bases de la nueva organización constitucional: el liberalismo, el conservadurismo y el radicalismo. Por supuesto, las cosas son siempre mucho más complejas de lo que uno quisiera. Primero, porque en distintos países, aun situados dentro de la misma región y ubicados temporalmente en la misma época, ocurrieron cosas diferentes, lo cual complica enormemente cualquier intento de hablar de sucesos acaecidos a nivel regional. Segundo, porque en casi ningún caso podemos hablar de modelos constitucionales como los señalados sin detenernos a agregar una diversidad de precisiones adicionales. Resulta muy claro que, en cada contexto particular, las corrientes constitucionales en disputa eran mucho más "impuras" y "mixtas" que lo que mi enunciación sugiere. Mi reclamo, de todas formas, resulta mucho más modesto. Por un lado, creo que es indudable que, a pesar de las innegables e importantes diferencias existentes, muchos de los países a los que voy a hacer referencia aparecen unidos por historias, luchas, influencias teóricas, crisis económicas y disputas de raíz similar. Por otro lado, me interesa señalar que las disputas constitucionales (disputas que culminaban, normalmente, con la sanción de una nueva Constitución) no resultaron el puro producto de un enfrentamiento entre facciones opuestas, movidas por la exclusiva ambición del caudillo o general de turno. Tales conflictos encerraron también disputas teóricas más abstractas, que incluían referencias, más o menos visibles, a principios de justicia, ideologías políticas, visiones sobre la religión, habitualmente opuestas entre sí. Me preocupa, en todo caso, insistir sobre la presencia de tal tipo de compromisos, aun en luchas que muchos han querido describir como meramente personalistas y mezquinas.

Presento aquí, de modo estilizado, y en la forma de "tipos ideales", a las tres corrientes referidas, que luego se expresarían en diferentes contextos a través de formas más o menos "impuras". Resumiré el contenido de tales visiones concentrándome, de modo muy especial, en la forma en que cada una de estas concepciones pensó la Constitución, en sus dos partes principales: i) la organización/división del poder, y ii) la lista de derechos.

<sup>9</sup> MARGARILLA, R., "Political Radicalism in the Origins of Constitutionalism", manuscrito no publicado (2006).

El *conservadurismo* es la ideología más íntimamente vinculada con la etapa colonial, y puede reconocérselo como el pensamiento promovido en su momento por la Corona Británica o Española. En esta última versión, la combinación entre poder militar y poder religioso —la marca del conservadurismo en América— pareció llegar a su punto culminante. En todo caso, la influencia de esta manera de pensar el poder fue notable durante alrededor de cuatro siglos y, ya producida la independencia, siguió marcando el pensamiento de buena parte de las élites de las nuevas naciones, enfrentada contra el ímpetu de los espíritus revolucionarios que pensaban el constitucionalismo desde el modelo legado por la Revolución Francesa. La traducción constitucional de aquellos compromisos fue muy clara. Simplificando, lo que los conservadores pidieron fue una Constitución capaz de asegurar el orden, y un orden dirigido a asegurar el predominio del pensamiento religioso. Es decir, ellos pidieron un poder organizado en torno a un Ejecutivo hiperpoderoso, a la vez que defendieron un esquema de derechos individuales condicionados al respeto de la religión dominante o verdadera (*i.e.*, un derecho a la libertad de expresión o asociación condicionado a que las expresiones o asociaciones del caso no afectaran a los contenidos de la religión católica). El presidente autocrático García Moreno, del Ecuador, al poco de asumir su segunda presidencia, dejó bien en claro su compromiso con ambos objetivos. Entonces, el nuevo mandatario sostuvo que su gobierno se comprometería directamente con una cierta concepción del bien —la vinculada con la religión católica— y buscaría frenar por la fuerza a todos los que se opusieran a ella: su principio-guía era el catolicismo —la creencia “correcta”—, por lo que todos sus detractores pasaban a convertirse en enemigos de la Nación. García Moreno sostuvo entonces: “el primero [de los objetivos del gobierno, será el de] poner en armonía nuestras instituciones políticas con nuestra creencia religiosa; y el segundo, investir a la autoridad pública de la fuerza suficiente para resistir a los embates de la anarquía”<sup>10</sup>.

El proyecto del *radicalismo* —sobre el que luego volveremos, con mayor detalle— recibió dicho nombre por el extremismo de su oposición

<sup>10</sup> ROMERO, L. A., *La sociedad de la igualdad. Los artesanos de Santiago de Chile y sus primeras experiencias políticas, 1820-1851*, Instituto Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 1978, p. 115. Ejemplos de este tipo de constitucionalismo son Constituciones como la de Ecuador de 1869; la de Colombia de 1843; o las de Chile de 1823 o 1833. Los proyectos constitucionales presentados por Bartolomé Herrera en Perú, 1860; o Lucas Alamán, en México (caracterizado por sus poderes corporativos, destinados a dar forma y respaldo constitucional a la organización del “poder real” en su sociedad) también representan ejemplos excelentes de este modo de arreglar institucionalmente la vida independentista.

a los remanentes de las fuerzas del pasado —fuerzas éstas identificadas, justamente, con el pensamiento conservador—. En buena medida, sus integrantes impulsaron una visión de la Constitución directamente opuesta a la que proponían los conservadores. Así, mientras aquéllos pedían la centralización del poder, éstos pedían la máxima descentralización; mientras aquellos abogaban por un presidente fuerte, éstos lo hacían por uno debilitado y subordinado al Legislativo; y mientras aquéllos menospreciaban la lista de derechos tradicionales, éstos —con reservas también sobre aquélla— ponían el acento en afirmar y extender los derechos políticos (extremadamente debilitados y restringidos en la época), y mostraban preocupaciones sociales (alineadas con lo que hoy llamaríamos derechos sociales) que procuraban traducir también constitucionalmente<sup>11</sup>.

Los liberales, finalmente, aparecieron reaccionando contra las dos fuerzas anteriores: el conservadurismo y el radicalismo. La frase “contra la tiranía y contra la anarquía”, que empleara James Madison, y que fuera tan habitualmente citada en toda América, resumió perfectamente cuál era el objeto político que los liberales tomaban como propio. Ellos rechazaban la tiranía del “uno”, a la que los conservadores parecían abrirle la puerta, a la vez que rechazaban la anarquía y el desgobierno de “los muchos” —anarquía que, según ellos, era el producto natural de la influencia del pensamiento radical—. Se colocaban así equidistantes frente a aquellas dos opciones, a las que dibujaban como alternativas obviamente inaceptables.

Cuando uno examina las principales propuestas constitucionales de esta corriente de pensamiento, las diferencias que separan al liberalismo de aquellas dos propuestas rivales se toman todavía más claras. Así, la propuesta central de los liberales, en materia de organización del poder, fue la de los “frenos y contrapesos”, que se propuso fijar límites estrictos tanto sobre el Ejecutivo (de tendencias tiránicas)<sup>12</sup> como sobre el Legislativo

<sup>11</sup> Los antecedentes más importantes del radicalismo americano aparecen en el radicalismo inglés —vinculado con el movimiento asociacionista que se desarrolló luego del *affaire Wilkes*—, pero sobre todo en el radicalismo francés, que tuvo su expresión constitucional más saliente en las primeras Constituciones redactadas al calor de la Revolución de 1789. La Constitución jacobina de 1795, en particular, apareció como un ejemplo atractivo para muchos americanos, como el notable pensador y activista radical chileno, Francisco Bilbao; o los curas revolucionarios mexicanos, Hidalgo y Morelos.

<sup>12</sup> Para limitar la actuación del Ejecutivo los liberales propusieron, en ocasiones, remedios tales como el de acortar su período de gobierno; impedir su reelección; restringir sus poderes de veto (o facilitar la superación del mismo, por parte de la Legislatura);

(órgano favorecido por los radicales, y que los liberales consideraban propenso a la producción de abusos y excesos)<sup>13</sup>. Mientras tanto, en materia de derechos, propusieron una lista acotada de ellos, destinados a defender a ciertos intereses individuales básicos frente al poder del Estado. La metáfora del "muro de separación" entre la Iglesia y el Estado, utilizada en el contexto norteamericano, grafica bien aquella idea: derechos como el de libre expresión, libre asociación, libertad de cultos, o propiedad, aparecen como formas institucionales destinadas a tornar imposibles algunas de las principales demandas de sus adversarios. La Constitución norteamericana de 1789 representa, seguramente, el producto más cercano al "tipo ideal" liberal, pero en la región se conocieron muchas otras Constituciones y muchos otros autores claramente afines a dicha forma de pensamiento<sup>14</sup>.

#### IV. UN PACTO ENTRE LIBERALES Y CONSERVADORES

Hacia fines del siglo XIX, y después de casi un siglo de una dramática inestabilidad constitucional, varios de los principales países de la región lograron alcanzar una cierta situación de paz social, que vino acompañada de estabilidad económica y política. Económicamente, estos países habían conseguido incorporarse al mercado internacional en su calidad de exportadores de productos primarios. Políticamente, las principales fuerzas partidarias parecían haber llegado a una tregua, lo cual se reflejó, normalmente, en pactos más o menos explícitos entre liberales y conservadores. En el nivel constitucional dicho pacto se hizo especialmente visible, según examinaremos<sup>15</sup>.

---

y restringir o eliminar su acceso a los poderes de "excepción" —a los que tan habitualmente habían apelado los Ejecutivos latinoamericanos—.

<sup>13</sup> Ello, a través de una enorme diversidad de medidas que se dirigieron, especial pero no únicamente, a recortar los poderes de la Legislatura. Los liberales pusieron una especial atención, en tal sentido, no sólo en limitar o eliminar el peso las asambleas y deliberaciones extraparlamentarias, sino también en moderar la influencia de las mayorías sobre sus representantes.

<sup>14</sup> Así, por caso, pueden mencionarse las variadas iniciativas tomadas por la Asamblea del año XIII, en la Argentina; la Constitución chilena de 1828; o las varias Constituciones escritas en Nueva Granada, desde la llegada al poder de los liberales con José Hilario López, en 1850.

<sup>15</sup> En la Argentina, por ejemplo, liberales y conservadores llegaron juntos a la Convención Constituyente de 1853 luego de haber mantenido constantes enfrentamientos

Con sus variaciones, todas estas Constituciones lograron expresar esa difícil convergencia entre dos cosmovisiones opuestas. La tensión federalismo-centralismo que separaba a ambas fuerzas tendió a resolverse a través de acuerdos centro-federalistas, o versiones muy moderadas del federalismo. La disputa entre la propuesta de Ejecutivos todo poderosos (promovida por los conservadores) y la de Ejecutivos fuertemente controlados (promovida por los liberales) se terminó zanjando con el diseño de Ejecutivos controlados, pero a la vez dotados de poderes especiales (así, típicamente, el poder de declarar el estado de sitio; el de decretar intervenciones federales sobre las provincias; o el de nombrar y remover discrecionalmente a sus ministros). El tema habitualmente más resplandeciente entre ambas fuerzas fue el del lugar de la religión dentro del ordenamiento constitucional, y obligó a la búsqueda de distintas fórmulas transaccionales<sup>16</sup>.

El "encaje" entre los proyectos de ambas fuerzas fue obviamente significativo. Políticamente, ellas se aseguraron, de a poco, contra las mutuas agresiones —contra la mutua desestabilización—. Jurídicamente, que es lo que aquí nos interesa, ellas lograron pactar acuerdos constitucionales extendidos, que fueron una demostración de la cantidad de presupuestos

---

armados durante casi medio siglo. En Chile, los enfrentamientos entre liberales y conservadores también tuvieron expresiones de alta violencia y aun de guerra civil (aquí, siguiendo la pauta más habitual en Latinoamérica, la disputa separaba a federalistas y centralistas). Sin embargo, hacia finales del siglo, y gracias a la creciente influencia del liberalismo, la misma fue perdiendo sus rasgos más conservadores, para trascender hacia el siglo XX convertida en una de tonalidad conservadora-liberal. En Colombia, la trayectoria fue más bien la inversa a la de Chile. Aquí, los liberales, aun en sus expresiones más extremas, habían controlado el poder durante décadas, desde la llegada al poder del general López, a mediados del siglo XIX. Sin embargo, en las dos últimas décadas del siglo, el conservadurismo comenzó a ganar poder, lo cual resultó expresado, primero, en la conversión al conservadurismo del viejo líder liberal, el general Núñez. Más tarde, y ya con Núñez en el poder, se aprobaría la Constitución de 1886, que representaría una buena muestra de aquel tránsito hacia la conservadurización del liberalismo. En Perú, el pacto liberal-conservador quedó sellado a través de la Constitución de 1860, que (más allá de los seis meses en que fue reemplazada por otro texto, en 1867) pasaría a convertirse en la Constitución más estable en la historia del Perú.

<sup>16</sup> Por ejemplo, la salida por la que optó la Convención mexicana de 1857 fue la del silencio: dado que liberales y conservadores no lograban ponerse de acuerdo, la decisión fue entonces la de no incluir el tema dentro de la Constitución. En la Argentina de 1853, en cambio, los liberales lograron incorporar la libertad de cultos en la Constitución (art. 14), mientras que los conservadores consiguieron incorporar una fórmula diciendo —con toda la ambigüedad que fue entonces posible— que el gobierno "sostenía" el culto católico, apostólico romano (art. 2°).

y objetivos que reunían a ambas fuerzas. Es importante remarcar, en tal sentido, que la convergencia entre fuerzas tan opuestas como las dos citadas tenía una excelente y amplia base donde apoyarse. Muchos de los factores que influyeron para dicho encuentro son los obvios: sin duda, parte de la explicación tiene que ver con el hastío, las fuerzas diezmadas, el paso del tiempo, la madurez hacia una mayor tolerancia. Más específicamente, resulta interesante remarcar la influencia de otros elementos. En particular, aquí interesa decir que si ambas cosmovisiones estaban diametralmente separadas en relación con cómo pensar ciertos derechos (el libre culto y, a partir de allí, libertades tan básicas como las de expresión y asociación), ellas estaban, sin embargo, muy próximas en lo que concernía a otros derechos y, sobre todo, en cuanto a cómo pensar algunas cuestiones básicas relativas a la organización del poder.

Efectivamente, el aparato teórico del conservadurismo aparecía casi superpuesto al de los liberales en varios temas de primera importancia. Ante todo, ambas concepciones compartían una común hostilidad frente al radicalismo. Utilizando una terminología de esta época podríamos decir que ambas posturas estaban unidas por una aproximación contra-mayoritaria a la política. Con esto quiero decir que ambas fuerzas estaban unidas por una común desconfianza en torno a las capacidades ciudadanas para actuar en política, que se traducía en una común preferencia por el diseño de instituciones limitadoras del accionar mayoritario. Ambas visiones rechazaban la centralidad del Legislativo que aconsejaban los radicales; se pronunciaban en contra de la posibilidad de que el Legislativo guardara la última palabra institucional; repudiaban la política de los *cabildos* latinoamericanos o los *town meetings* norteamericanos; y en general se mostraban muy hostiles a la intervención de la ciudadanía en política. Esto último tuvo que ver con el diseño de instituciones poco abiertas o directamente contrarias a dicha participación. Este tipo de acuerdos, de tipo político, tuvieron su obvio reflejo en el modo en que ambas posturas diseñaron la lista de derechos constitucionales. Ante todo, y en primer lugar, el acuerdo liberal-conservador se tradujo en una común preocupación por establecer límites sobre los derechos políticos de las mayorías<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Esto implicó, en algunos casos, la introducción de fuertes iniciativas destinadas a limitar el sufragio —reconocido con amplitud en los días más plenos del liberalismo—, como en Colombia. En Perú, dicho acuerdo quedó reflejado en la llamada "República Aristocrática", que reunió a los miembros de la élite de la época, en control de la economía, a través de la propiedad de los principales recursos de exportación (el gano, en este caso). En la Argentina, dicha visión se reflejó, por caso, en el modo en que los libe-

El otro gran punto de acuerdo entre liberales y conservadores, en materia de derechos (y el que fue, tal vez, el acuerdo que terminó por disolver las fuertes disputas que los separaban), fue el que se dio en torno a los derechos de propiedad. Tal vez, las razones teóricas últimas que, en cada caso, justificaron esa coincidencia, fueron diversas. Para los conservadores, la defensa de la propiedad implicaba, en términos generales, la defensa de un estado de cosas que consideraban apropiado, y con el cual ellos se encontraban directamente comprometidos. Más específicamente, la defensa de la propiedad implicó, en su momento, la defensa de las propiedades de la Iglesia, que eran amenazadas por los nuevos gobiernos de orientación más liberal-anti-clerical. Para el caso de los liberales, mientras tanto, la propiedad aparecía, en teoría, al menos (y junto con el derecho contractual), como el principal punto de apoyo desde donde levantar y defender la libertad individual. Para muchos de ellos, el Estado debía limitarse a la defensa de la propiedad, los contratos, y la seguridad individual: con tales certezas, asumían, se echaban las bases tanto para el desarrollo social como para la libertad individual<sup>18</sup>.

## V. EL RADICALISMO POLÍTICO COMO PROYECTO EXCLUIDO

Fuera del consenso liberal-conservador quedaron, decisivamente, los reclamos y propuestas del pensamiento más radical, excluido virtual o efectivamente de las deliberaciones constitucionales de finales de siglo.

---

rales argentinos pasaron a reclamar por la restricción de libertades políticas, en los momentos en que se aprobaba la Constitución (ver, por ejemplo, ECHEVERRÍA, E., *Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37*, Librería La Facultad, Buenos Aires, 1915; BOTANA, N., *La transformación del credo constitucional*, Estudios Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1996).

<sup>18</sup> Como dijera Alberdi, "[t]oda la cooperación que el Estado puede dar al progreso de nuestra riqueza debe consistir en la seguridad y en la defensa de las garantías protectoras de las vidas, personas, propiedades, industria y paz de sus habitantes", ya que en cualquier otra área obraba "como un ignorante y como un concurrente dafino de los particulares" (ALBERDI, J. B., *Obras selectas*, Librería La Facultad, Buenos Aires, edición ordenada y revisada por J. V. González, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1920, p. 163). De modo similar, el liberal Tejada, en Perú, sostuvo: "Dad a la clase pobre, a esa clase que no tiene más propiedad que el empleo de sus manos, dadle la seguridad de adquirir con independencia del gobierno el sustento y la riqueza que su trabajo e industria pueden prometerle" (LEQUÍA, J., *Estudios históricos*, Ercilla, Santiago de Chile, 1939, con prólogo de Jorge Basadre, p. 137).

Del radicalismo sólo permanecieron dentro del pacto sus propuestas más próximas al liberalismo, es decir, sus reclamos en pos de la reducción de los poderes presidenciales (como en Chile); a favor de la limitación de los poderes de la Iglesia (como en México); o en contra de la esclavitud (como en Perú). Pero el núcleo de las propuestas del radicalismo —propuestas destinadas, con mayor o menor acierto, a tornar posible el ideal del autogobierno colectivo— terminó siendo rechazado. El hecho resulta notable, entre otras razones, dada la fuerza que habían ganado las propuestas del radicalismo en los momentos culminantes de la lucha independentista, y en los momentos de mayor exigencia en materia de participación democrática. Y estos indicios sugieren algo que teóricamente puede respaldarse, y es que el radicalismo, como ideario político, jugó un papel crucial en la construcción de la legitimidad de las nuevas naciones. Sus demandas de independencia política, inclusividad social o mayor igualdad económica resultaron, sin dudas, centrales, a la hora de pelear por la independencia y garantizar adhesión popular hacia las nuevas naciones y hacia las democracias entonces embrionarias. Una pregunta que aparece entonces es qué es lo que ocurre cuando el radicalismo, como fuerza capaz de aglutinar demandas semejantes, es desplazado de la vida política. ¿En qué medida el pacto liberal-conservador, que tendió a ocupar el centro de la escena política americana, fue capaz de resistir por sí solo a las presiones de un electorado cada vez más creciente en número y exigente en sus reclamos? Según veremos, el paso del tiempo pareció demostrar que los principales reclamos del radicalismo no podían quedar fuera del escenario público, por lo cual aun los propios representantes de aquel pacto de fines de siglo se ocuparon (a mediados y fines del siglo XX) de hacer un llamado a aquel ideario que en su momento habían combatido tan duramente.

Ahora bien, ¿cuáles eran las ideas que constituían el *corpus* principal del radicalismo? En lo que sigue, detallaré —simplemente— algunos de los rasgos que considero más notables dentro de dicho *corpus*. Aunque no es sencillo definir cuáles eran los rasgos comunes de esta concepción (que, sobre todo en América latina, fue tan combatida y tuvo tantas pocas oportunidades de crecer políticamente), sugeriría pensar en los siguientes.

## 1. Libertad

Ante todo, creo que al radicalismo le interesó defender una idea de libertad diferente de la sostenida habitualmente por la dirigencia política

de su época, y que tenía un fuerte componente de inacción estatal. Como viéramos, para algunos de los principales exponentes del acuerdo liberal-conservador, la idea de libertad aparecía asociada con algunas libertades civiles y, fundamentalmente, con la libertad para comerciar –libertad para llevar adelante emprendimientos, lejos de cualquier supervisión estatal–. Hacia fines del siglo XIX, cuando los países latinoamericanos pasaron a ser disciplinados y entusiastas partícipes del nuevo orden económico internacional, resultaba difícil que la idea de libertad fuera otra, dentro del consenso dominante: las (estrechas) libertades civiles entonces concedidas (les) aparejaban riquezas, mientras que las libertades políticas eran pura amenaza –la amenaza de perder parte de los succulentos ingresos que entonces se estaban generando–. El radicalismo sugirió entonces propuestas de otra índole, que de modo bastante explícito aparecían comprometidas con una idea diferente de libertad, que algunos definieron como libertad como no dominación, y yo calificaría como libertad como no dependencia o no explotación<sup>19</sup>.

## 2. Igualdad

Del mismo modo, los radicales sostuvieron una idea de igualdad distinta de y más exigente que la idea de igualdad sostenida por la dirigencia política de la época. La idea de igualdad que desafió –al menos en parte– el radicalismo fue la que terminó por convertirse en idea dominante, con el paso del tiempo, y muy especialmente desde mediados del siglo XIX, esto es, la idea de igualdad formal. Esta idea era la que condenaba en duros términos a las principales ofensas a la igualdad entonces remanentes –la esclavitud, el tributo indígena– y la que quedaba satisfecha con un mero corte de vínculos entre el derecho y el trabajo esclavo. Es decir, para quienes defendían esta aproximación formal a la igualdad, el derecho cumplía con su tarea de justicia al dejar de ordenar la esclavitud, no obstante que ello implicara dejar a vastos sectores de la población en una situación miserable. Este último resultado, aparentemente, ya no era responsabilidad

<sup>19</sup> En el citado texto sobre la libertad, Francisco Bilbao sostuvo de modo explícito estas ideas, afirmando que “[l]todo hombre es libre. Ninguna persona puede depender de otra persona” (BILBAO, M. (ed.), *Obras completas de Francisco Bilbao*, Imprenta de Buenos Aires, Buenos Aires, 1866, 2 vols., p. 253). De modo similar, Manuel Murillo Toro se quejaba de la concentración de la riqueza existente en su país, diciendo que la misma conducía a la “dominación aristocrática”, a la vez que condenaba a la mayoría a “vivir en absoluta dependencia” (MURILLO TORO, M., *Obras selectas*, Bogotá, 1979, p. 78).

del derecho. Los radicales, en cambio, se mostraron mucho más conscientes de este tipo de implicaciones, y trataron de ir más lejos en sus reclamos por la igualdad. Bregaron entonces por formas de discriminación positiva a favor de los más pobres (como lo hiciera José Artigas, tempranamente, en su *Reglamento Provisorio*); y exigieron medidas especiales en defensa de los derechos de los sectores más postergados de la sociedad (como lo hicieran los liberales-radicales mexicanos, en la Convención Constituyente de 1857).

### 3. Comunidad

Finalmente, destacaría la postura del radicalismo en términos de comunidad-fraternidad, para así terminar de dar cuenta de su posición respecto de la tríada de valores moderna. Los radicales mostraron tener una aproximación también peculiar en la materia, motivada por un presupuesto marcado por la confianza en torno a las capacidades políticas de las mayorías. Y así, mientras que el presupuesto común, entre liberales y conservadores —un presupuesto clave a la hora de explicar esta alianza—, era el de la desconfianza, los radicales siempre abogaron por un sistema institucional más abierto e inclusivo. Dicha confianza se advirtió, en parte, en la intensa defensa del asociacionismo, que llevaron adelante sobre todo desde mediados del siglo XIX (este tipo de iniciativas, sin embargo, reconoce claros antecedentes en el asociacionismo inglés de mediados del siglo XVIII)<sup>20</sup>. Cabe advertirlo, en su defensa del espíritu y las prácticas asociacionistas, los radicales se oponían a la idea más habitual dentro de la dirigencia política de la época, que era la de apoyar el desarrollo de las nuevas naciones no en la cooperación o el trabajo colectivo, sino en el egoísmo individual.

Esta misma confianza, por otro lado, llevó a los radicales a defender una aproximación diferente a la idea de la representación política. Y así, mientras liberales y conservadores pensaban en formas institucionales hostiles a la participación política, y en soluciones “contra-mayoritarias”, los radicales vieron en dichas iniciativas el riesgo del fin de la República. Sin un compromiso efectivo de la ciudadanía en los asuntos públicos, lo que iba a ocurrir era la dominación de unos por otros, el gobierno de

<sup>20</sup> En América latina, el movimiento asociacionista adquirió especial importancia al calor de las revoluciones democráticas que se sucedieron en Europa, a partir de 1848. Dicho movimiento se hizo fuerte, sobre todo, en tres países de la región: Nueva Granada, Chile y Perú.

la aristocracia, la puesta en riesgo de la propia soberanía política. Para algunos de los más extremos de entre ellos, como Francisco Bilbao, la delegación misma de la autoridad política era una forma de "abdicar de la soberanía"<sup>21</sup>. Por ello, algunos de entre ellos mostraron una preocupación especial por mantener un cuadro social homogéneo; otros se orientaron a promover políticas de la virtud cívica; y la mayoría de ellos defendieron la creación de herramientas institucionales inclusivas, que iban desde la expansión de los derechos políticos hasta la rotación en los cargos o formas de revocatoria de mandatos. Bilbao, entre ellos, llegó a solicitar directamente "la abolición de la delegación, la abolición de la presidencia, la abolición de las fuerzas armadas"<sup>22</sup>.

Lo cierto es, de todos modos, que en América, y muy particularmente en América latina, el radicalismo político tuvo una trayectoria pública muy breve, accidentada, y con finales bruscos, en sus dos momentos de temprano protagonismo histórico: los albores de la independencia y los años revolucionarios en torno a 1848. En tal sentido, el trágico y pronto fin de la mayoría de ellas alude a la dificultad encontrada por el radicalismo, en tales años, para dar arraigar político a sus propuestas<sup>23</sup>. Lo cierto es que, entrado el nuevo siglo, los arreglos institucionales aparecieron organizados conforme a principios y objetivos ajenos a los sostenidos por el radicalismo, y apoyados en presupuestos también ajenos a los reconocidos por dicha corriente.

## VI. SOBRE LA (IN)DIVISIBILIDAD DEL PROYECTO CONSTITUCIONAL RADICAL

Según entiendo, el proyecto radical —como cualquiera de los otros dos mencionados— está sostenido a partir de una cierta lógica interna, que hace que sus partes componentes se necesiten unas a otras. Sin dudas, el modelo admite "mezclas" y formas "impuras", pero ellas deben pensarse

<sup>21</sup> BILBAO, M. (ed.), *Obras...*, cit., p. 279.

<sup>22</sup> BILBAO, M. (ed.), *Obras...*, cit.

<sup>23</sup> Tales dificultades pueden deberse a una diversidad de causas: la hostilidad generada por los radicales dentro de una mayoría de la clase dirigente; el hecho de que sus principales demandas normalmente fueran contradictorias con los intereses de los grupos más sensibles y mejor ubicados de la sociedad (el grupo de los "acreedores", en los Estados Unidos; la Iglesia y el ejército, en Latinoamérica); la dificultad de muchos de sus dirigentes para articular un discurso sencillo y socialmente atractivo; o quizás sólo o principalmente a los defectos propios de sus propuestas.

con cuidado. Como en cualquier máquina, la del radicalismo tiene piezas que son prescindibles, otras que resultan intercambiables, y finalmente otras irremplazables, y cuya ausencia directamente impide el funcionamiento de la maquinaria.

Este modo de pensar era muy común, dentro de la tradición política radical-republicana<sup>24</sup>. Así, republicanos como Thomas Paine o Thomas Jefferson, por caso, sostuvieron que para el mantenimiento de la libertad política era imprescindible contar con el compromiso cívico de la población. A la vez, ellos creían que ese compromiso era posible, entre otras razones, gracias a los vínculos de cada uno con su comunidad. En tal sentido, consideraban que para la existencia de ese vínculo con la comunidad, la posesión de una parcela de tierra —que “atará” a cada uno con el territorio donde vivía— era una condición necesaria. Por ello mismo, defendieron una distribución de la tierra que dejara a cada uno, al menos, en control de una parcela de propiedad<sup>25</sup>. Y de allí, también, la preocupación por contar con un esquema institucional puesto al servicio de la intervención política de la ciudadanía<sup>26</sup>. En lo que vemos aquí, cada pieza tiene su relación con las demás —una relación a veces más fuerte que otras—, que torna a alguna de ellas imprescindible. De acuerdo con este ejemplo, la falta de compromiso político de la ciudadanía torna directamente imposible el ideal de mantener la libertad política.

<sup>24</sup> Aquí, trataré a las visiones radical y republicana como íntimamente vinculadas entre sí, teniendo en cuenta que los autores que cite (Rousseau, Paine, Jefferson) pueden ser y han sido asociados con ambos núcleos de pensamiento.

<sup>25</sup> SANDEL, M., *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 125 y 143.

<sup>26</sup> En los escritos de Jean-Jacques Rousseau, que aparecen como antecedentes obligados del pensamiento republicano, encontramos un entramado ideológico similar. Simplificando mucho, podemos decir que Rousseau pensaba en la construcción de la “voluntad general”, y consideraba que dicho propósito requería de cierto tipo de precondiciones, como la existencia no sólo de una cierta “virtud cívica”, sino también de una cierta homogeneidad social, que incluía una distribución de recursos materiales igualitaria. En su opinión, en la medida en que existieran grupos con intereses diferentes (como, por ejemplo, dos clases sociales: ricos y pobres), ello iba a conllevar el surgimiento de dos “voluntades particulares”. En otros términos, cada uno de los miembros de los grupos en que la sociedad se dividía iba a tender a confundir el interés de su propio grupo con el interés general, por lo cual iba a ser imposible construir aquella voluntad común. Sus críticas al sistema político predominante —como a la noción dominante de representación— encajan también con esta línea de preocupaciones. En este sentido, otra vez, la presencia de una ciudadanía virtuosa era inconcebible o simplemente inútil sin el reaseguro de ciertas condiciones materiales: la maquinaria rousseauniana requería todas aquellas piezas funcionando juntas para poder trabajar.

Lo que las consideraciones anteriores sugieren es que el proyecto radical —como, esperablemente, cualquier otra cosmovisión constitucional— necesita apoyarse en (y sólo puede ganar sentido a partir de) la existencia de ciertas condiciones socioeconómicas y cierto trasfondo institucional. Es decir, el radicalismo no puede “ganar vida” bajo cualquier contexto socioeconómico, o en el marco de un contexto institucional guiado por principios contrarios a los que él defiende. Según vimos, dicho proyecto conllevaba ciertas ideas muy particulares sobre la libertad, la igualdad y la comunidad, con fuertes implicaciones sobre el diseño institucional. Dicho proyecto se vinculaba, además, con ciertos presupuestos sobre los agentes que iban a ser los destinatarios, impulsores y sostenedores de dicho proyecto (sobre sus capacidades políticas, sobre sus motivaciones habituales); con una cierta mirada sobre el Estado; o con una forma particular de distribución de los recursos. La mayor o menor fertilidad de estas ideas, además, dependía seguramente de peculiares coyunturas históricas (es dable esperar, por ejemplo, que en momentos de fragor revolucionario/independentista el proyecto radical del autogobierno recoja más adhesiones).

## VII. EL REINGRESO DEL RADICALISMO. OLEADAS REFORMISTAS EN EL CONSTITUCIONALISMO DE AMÉRICA

Hasta aquí, hemos examinado los antecedentes de las Constituciones americanas que llegaron a consolidarse en el siglo XX, muchas de las cuales continúan, en su esencia, todavía vigentes. Llegados a este punto, quisiera llamar la atención sobre las dos principales oleadas de reformas que recorrieron el continente durante las últimas décadas, y reflexionar sobre el significado, la potencia y los límites de tales reformas. En lo que sigue, realizaré dos afirmaciones principales. En primer lugar, diré que las principales reformas constitucionales que se llevaron a cabo en el siglo XX, en América, estuvieron dirigidas, al menos en parte, a recuperar algunos rasgos institucionales asociados al constitucionalismo radical combatido y finalmente desplazado en los siglos anteriores. De modo habitual, dichas reformas se gestaron en respuesta a situaciones de creciente conflictividad y disconformidad social y —de modo consciente o no— procuraron aquietar dichas críticas apelando a soluciones afines a las que los constitucionalistas radicales habían sabido proponer, en siglos anteriores. En segundo lugar, sostendré que dichas reformas tuvieron un impacto muy

limitado en la vida social de la región, lo que puede llevarnos a pensar que se trató de un intento frustrado de "injerto constitucional".

Aunque las reformas constitucionales que se sucedieron en la región fueron muchas y de contenido variado, uno podría decir que las principales oleadas reformistas fueron fundamentalmente dos: la primera, a mediados del siglo XX, y la segunda ya en las últimas décadas hacia el final de ese mismo siglo. La primera oleada reformista apareció de la mano de la crisis social de los años treinta, y puede ser considerada como la respuesta político-jurídica frente a un nuevo pico de radicalización social —una forma de evitar lo que ocurría en Europa a partir de la expansión de la ideología y demandas propias del socialismo<sup>27</sup>—. En tales textos quedaron consagrados, en ocasiones, los derechos del trabajador y sobre las condiciones laborales; protecciones en materia de seguridad social; cláusulas que aludían a los compromisos estatales en materia de vivienda, salud y educación; referencias a la protección de la familia, al derecho al descanso y a las vacaciones pagas; disposiciones sobre los derechos de los niños y de los ancianos; cláusulas sobre los derechos de las organizaciones sindicales, el derecho de huelga, y los convenios colectivos de trabajo; protecciones contra el despido arbitrario; menciones sobre el seguro de desempleo; etcétera.

La segunda oleada de reformas importantes llegó hacia finales del siglo XX, y comprometió, otra vez, a muchas de las principales Constituciones de la región<sup>28</sup>. Tales reformas, nuevamente, tuvieron propósitos diversos, de los cuales destacaría fundamentalmente dos: uno de ellos dirigido a retomar, en la práctica, algunas de las banderas que el radicalismo había sabido enarbolar en su momento (vinculadas, por ejemplo, con el fomento de la participación política)<sup>29</sup>; y otro tendiente a recuperar

<sup>27</sup> Estas reformas constitucionales se concentraron a mediados del siglo XX pero tuvieron su origen a comienzos de siglo, primero, con la sanción de la Constitución de México (dictada luego de la Revolución), en 1917; y luego, con la Constitución de la República de Weimar, en 1919. Ésta era la época, además, de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919), y del paulatino crecimiento del llamado Estado de bienestar y de la visión económica keynesiana. Las Constituciones americanas que primero incorporaron este tipo de reclamos sociales fueron —junto con la de México, en 1917— la de Brasil en 1937; Bolivia en 1938; Cuba en 1940; Ecuador en 1945; Argentina en 1949; y Costa Rica también en 1949, entre otras.

<sup>28</sup> Hubo reformas en Ecuador, en 1978; en Chile y Brasil, en 1989; en Colombia, en 1991; en Paraguay, en 1992; en Perú y Bolivia, en 1993; en la Argentina, Guatemala y Nicaragua, en 1994.

<sup>29</sup> Así, y por caso, la nueva Constitución ecuatoriana incluyó los mecanismos de consulta e iniciativa popular; la de Brasil, la iniciativa popular, el referéndum y el ple-

el carácter más liberal de la Constitución (sobre todo, el restablecimiento del sistema de los "frenos y contrapesos"). De tales propósitos, aquí me concentraré exclusivamente en el relacionado con el radicalismo, es decir, con la parte de las reformas dedicadas a retomar la impronta participativa impulsada por los teóricos del radicalismo en los siglos anteriores. Aparecidas en un contexto de crisis de representatividad; descreimiento sobre la clase política; desconfianza en los gobiernos; corrupción en torno al Estado de bienestar; manipulación de la justicia; y preservación o aumento de los niveles preexistentes de desigualdad económica, las nuevas reformas se dirigieron a varios flancos. La mayoría de ellas incluyó cláusulas creando nuevas instancias participativas, como los plebiscitos y el referéndum; varias establecieron o reforzaron los compromisos sociales de las viejas Constituciones (muy especialmente, las de Colombia, Brasil, y la Argentina); muchas crearon "consejos de la magistratura" o símiles destinados a poner fin a la realidad de Poderes Judiciales simplemente dependientes del Ejecutivo (así, en Perú, Bolivia, México, la Argentina, Paraguay); también procuraron recuperar la decaída representatividad del Parlamento, con una diversidad de medidas (cambios en las formas electorales; aumento del número de representantes de la oposición; reserva de sitios especiales para representantes indígenas o de grupos minoritarios); a la vez que tendieron a reducir los poderes exacerbados del Ejecutivo, limitando así al (hiper) presidencialismo regional (así, en Constituciones como las de Argentina, Chile, Bolivia, Paraguay o Perú).

En buena medida, dichas reformas vinieron a recuperar —al menos en su enunciación, en sus promesas— muchas de las viejas aspiraciones del constitucionalismo radical: reducir los poderes del presidente; alentar la participación política de la ciudadanía; reforzar la conexión representantes-representados; fortalecer los compromisos sociales de la Constitución. Y, sin embargo, es difícil pensar que el radicalismo hubiera estado satisfecho con los alcances de la misma, y los modos en que dichas reformas fueron diseñadas.

Evaluada por sus resultados, las dos oleadas de reformas pueden considerarse, en buena medida, iniciativas frustradas. Así, décadas después

---

biscito; la de Argentina, el referéndum, el plebiscito y la consulta popular; la de Paraguay, el referéndum y la iniciativa popular; la de Colombia, el referéndum y el plebiscito; la de Chile autoriza a que la ciudadanía participe directamente en política en el nivel local (cuando son invitados a hacerlo por la máxima autoridad del distrito); en Bolivia se incluyeron algunos mecanismos participativos a través de una ley de abril de 1994, conocida como "Ley de Participación Popular".

de aprobada la primera serie de reformas constitucionales mencionadas, dirigida a reforzar los compromisos sociales del derecho, la desigualdad económica prevaleciente en la región se ha agravado o mantenido en niveles igualmente alarmantes. Un estudio reciente realizado por el Banco Mundial, sobre América latina, sostiene que los altos niveles de desigualdad existentes en la región a comienzos del siglo XX se mantuvieron más o menos constantes a lo largo de todo el siglo<sup>30</sup>. Latinoamérica sigue siendo hoy, con la África subsahariana, la región del planeta con los índices más elevados de desigualdad, con un coeficiente Gini que desde los años sesenta es superior a 0.50 (comparado con 0.37 de los países desarrollados). Estas cifras –sostiene el estudio– son consistentes con las encontradas por una diversidad de investigadores en su análisis sobre casos particulares. Esto es lo que demuestran, por caso, los muy conocidos trabajos de Díaz Alejandro<sup>31</sup> o –más recientemente– de Calvo *et al.*, para la Argentina<sup>32</sup>; Londoño para Colombia<sup>33</sup>; o Reynolds para México<sup>34</sup>.

Por lo demás, es cuestión bien conocida dentro del pensamiento jurídico actual que “la doctrina constitucional ha tratado a los derechos sociales, tradicionalmente, como derechos ‘programáticos,’ es decir, como meras afirmaciones de objetivos a ser perseguidos por las ramas políticas, y no como derechos individuales o colectivos exigibles judicialmente”<sup>35</sup>. Conforme con esta visión extendida, los derechos constitucionales

<sup>30</sup> DE FERRANTI, D. *et al.*, *Inequality in Latin America: Breaking with History?*, World Bank, Washington, 2004.

<sup>31</sup> DÍAZ ALEJANDRO, C., *Essays on the Economic History of the Argentine Republic*, Yale University Press, New Haven and London, *Ensayos sobre la historia económica argentina*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970.

<sup>32</sup> CALVO, E. - TORRE, J. - SZWARCBERG, M., *The New Welfare Alliance*, manuscrito, Universidad Di Tella, Buenos Aires, 2002.

<sup>33</sup> LONDOÑO, J., *Distribución del ingreso y desarrollo económico. Colombia en el siglo XX*, Tercer Mundo Editora, Banco de la República, Bogotá, 1993.

<sup>34</sup> REYNOLDS, C., *The Mexican Economy: Twentieth-Century Structure and Growth*, Yale University Press, New Haven, 1970.

<sup>35</sup> La discusión al respecto es muy intensa e importante. Entre otros, ver ABRA-MOVICH, V. - COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002; BALKIN, J., “Agreements with Hell and Other Objects of Our Faith”, 65 *Fordham Law Review*, 1703 (1997); BASI, I., *The Indian Supreme Court and Politics*, Eastern Book Company, Lucknow, 1980; BHAGWAT, P., “Judicial Activism and Public Interest Litigation”, 23 *Columbia Journal of Transnational Law*, 561 (1985); BORK, R., “The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution”, 1979 *Washington University Law Quarterly*, 695 (1979); COURTIS, C., “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en GARGARILLA, R. *et al.*, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, Londres, 2006; CRAVEN, M., *The Inter-*

deben distinguirse entre derechos que son directamente operativos y derechos meramente programáticos: sólo los primeros —se nos dice— pueden ser implementados judicialmente. Esta situación nos llama la atención sobre un punto muy importante, cual es que los derechos sociales incorporados en las Constituciones americanas desde principios del siglo XX no sólo no fueron implementados políticamente por las ramas de gobierno directamente responsables ante la ciudadanía, sino que tampoco encontraron respaldo (sino más bien el rechazo) por parte del Poder Judicial.

En lo que hace a la segunda línea de reformas, el balance resulta relativamente similar. En efecto, ellas no parecen haber logrado un éxito siquiera moderado en relación con sus propósitos, aunque el carácter relativamente reciente de las mismas todavía haga difícil pronunciar un juicio definitivo sobre ellas. Por el momento, puede decirse que se nota, en la región, un rezago en la implementación de esas reformas (normalmente, porque los órganos de ejecución de las mismas, como el Parlamento, se

---

*national Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995; EIDE, A. - KRAUSE, C. - ROSAS, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural: A Textbook*, Kluwer, Netherlands, 1994; EPP, Ch., *The Rights Revolution*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998; FORBATH, W., "Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction", 69 *Fordham Law Review*, 1821, 2001; HIGKIN, L., *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990; HOLMES, S. - SUNSTEIN, C., *The Cost of Rights*, W. W. Norton, Nueva York, 1999; HUNT, P., *Reclaiming Social Rights*, Dartmouth, Sidney, 1996; LANGIA, P., "The Role of the Constitutional Court in the Enforcement and Protection of Human Rights in South Africa", 41 *St. Louis University Law Journal*, 1259 (1997); MICHELMAN, F., "The Supreme Court, 1968 Term-Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment", 83 *Harvard Law Review*, 7 (1969); MICHELMAN, F., "Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause", 1972 *Supreme Court Review*, 41 (1972); MICHELMAN, F., "In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice", 121 *University of Pennsylvania Law Review*, 962 (1973); SAGER, L., "Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law", 88 *Northwestern University Law Review*, 410 (1994); SAJO, A., "Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary", 15 *Oxford Journal of Legal Studies*, 253, 1995; SCOTT, C. - MACKLEM, P., "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution", 1 *University of Pennsylvania Law Review*, 141 (1992), ps. 1 a 148; SCHWARTZ, H., "Do Economic and Social Rights Belong in a Constitution?", 10 *American University Journal of International Law*, 1233 (1995); TUSHNET, M., "...And Only Wealth Will Buy You Justice. Some Notes on the Supreme Court, 1972 Term", 1974 *Wisconsin Law Review*, 177 (1974); TUSHNET, M., "State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations", 3 *Chicago Journal of International Law*, 435 (2002). Una reflexión al respecto, dentro de un estudio sobre la "recepción" o *borrowing* constitucional, en OSIATYNSKI, W., "Paradoxes...", cit.

demoran en dictar las leyes reglamentarias necesarias, como ha ocurrido con las cláusulas destinadas a organizar la participación política). Los déficit de representatividad y credibilidad propios de las instituciones americanas siguen resultando notorios, a dos décadas de aquellas reformas. De allí que, según estudios regionales publicados en el 2005, el 66% de los habitantes de la región siga confiando poco o nada en el Poder Judicial; sólo el 15 % considera que la política es "buena o muy buena" (en donde sólo un 25% muestra interés en la política); el presidente siga siendo el sostén de la estabilidad institucional del sistema (en la Argentina, por ejemplo, el 62% de la población manifestaba su confianza en el presidente, pero sólo el 26% hacía lo propio en relación con el Congreso y el Poder Judicial), en un marco en donde, desde 1993, doce presidentes se vieron forzados a interrumpir su mandato antes de terminado; y en donde un 45% considera que son las grandes empresas las que ostentan mayor poder —el control real del país<sup>36</sup>—.

#### VIII. "INERTOS", "TRASPLANTES" Y "RECHAZOS" CONSTITUCIONALES

Si aceptamos que las sugerencias que se presentan en la sección anterior —sugerencias que me resulta difícil probar de modo contundente en este contexto— son ciertas, ¿qué es lo que ellas nos dicen en relación con las reformas constitucionales implementadas durante el siglo XX? Ante todo, y según creo, ellas nos dicen algo sobre las desmedidas ambiciones del constitucionalismo, y sobre una injustificada confianza en la potencia del derecho para cambiar la realidad (más allá de lo que todo esto pueda implicar sobre los usos cínicos o hipócritas que puedan hacerse de los instrumentos legales y de la retórica jurídica).

El punto que más me interesa resaltar se refiere a la capacidad de llevar adelante con éxito un "trasplante" constitucional. Mi impresión, a partir de lo examinado hasta aquí, es que tales "trasplantes" encuentran dificultades especiales cuando el "injerto" en cuestión no se encuentra vinculado genéticamente con el organismo "receptor". En este trabajo no exploramos la posibilidad contraria, es decir la de los injertos exitosos. De todos modos, lo que queda sugerido es que existen más posibilidades de que el trasplante sea bien recibido si, por ejemplo, se insertan instituciones de cuño liberal sobre "cuerpos" también liberales. Por supuesto,

<sup>36</sup> Véase <http://www.latinobarometro.org/uploads/media/2005.pdf>.

esto no quiere decir que las nuevas instituciones vayan a funcionar tal como idealmente queríamos, sino que existen mayores posibilidades de que en tales casos los "trasplantes" no sean rechazados —de que los demás órganos no reaccionen de modo tal de "rechazar al intruso" o "disminuir los efectos patológicos de su presencia"—.

Por ejemplo, hacia finales del siglo XX, Latinoamérica se vio recorrida por una multiplicidad de iniciativas de reforma jurídica, financiadas por importantes agencias internacionales, y destinadas fundamentalmente a servir a los intereses de los inversores extranjeros<sup>37</sup>. Dichas reformas —destinadas a tornar a la justicia algo más independiente, por ejemplo— fueron más o menos exitosas pero en ningún caso podría decirse que amenazaron con poner en crisis la estructura jurídica vigente. La introducción de Consejos de la Magistratura, por ejemplo, redundó en ocasiones —como en la Argentina— en formas de nombramiento judicial indudablemente más transparentes. Y aunque son múltiples las críticas que merece hacerse sobre la institución; múltiples los obstáculos que se encontraron para poner la institución en marcha; y múltiples las "disfuncionalidades" que todavía hoy pueden reconocerse en las acciones de este nuevo organismo, parece evidente que la institución pudo funcionar sin grandes inconvenientes, y cumplir con varios de los limitados objetivos que habían sido propuestos en los orígenes de la misma. El ejemplo, creo, es especialmente interesante porque desafía a las injustificadas críticas que podían hacer los enemigos de la "importación" de instituciones en nombre de la "identidad" local; las propias prácticas; las "tradiciones" nacionales; el "error" de querer traer al país instituciones (propias del derecho español o italiano) que "nada tenían que ver" con el derecho local. Lo cierto es que todas estas críticas que invocaban la identidad propia y la peculiaridad de lo local demostraron servir de muy poco: la nueva institución pudo ser incorporada y asimilada por el esquema político vigente sin mayores inconvenientes, como pudo cumplir relativamente bien con los principales cometidos que se había propuesto, esto es, dotar de mayor transparencia al nombramiento de jueces, y asegurar una mayor independencia política de los mismos<sup>38</sup>. Y es que, agregaría, los "trasplantes" que

<sup>37</sup> Truon, J., "Heading South But Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America", *Wiz. L. Rev.*, 691 (2000).

<sup>38</sup> No son muchos los trabajos teóricos que se han escrito al respecto, como tampoco es mucho el tiempo que ha pasado desde la adopción de este tipo de Consejos de la Magistratura, para evaluar adecuadamente el funcionamiento de los mismos. En trabajos como Rom, L., "El Consejo de la Magistratura", 2006, que forma parte de este libro

no funcionan tienden a ser otros, porque el problema no está en la importación de instituciones, sino en la importación de *ciertas* instituciones, y en la medida en que no se tomen ciertos recaudos serios.

En este sentido, la historia que revisáramos en las hojas anteriores nos habla del fracaso de un tipo de "trasplantes" como el que se quiso implementar en el siglo XX en América. Me refiero a un "injerto" de instituciones asociadas a la tradición radical, en "cuerpos" "genéticamente" asociados al liberalismo conservador. Ese tipo de observaciones pueden ayudarnos a entender mejor la historia de los derechos sociales en la región, tanto como la historia que se está desarrollando con la nueva introducción de instituciones "participativas". Según entiendo, estamos frente a casos de trasplantes no-exitosos, algo que era de antemano previsible. En estos casos, en mi opinión, podemos hablar de fracasos en los "trasplantes", aun descontando que siempre van a producirse ineficiencias en la adopción de cualquier institución (y más de una institución nueva, y más aún en países institucionalmente frágiles), como siempre van a generarse ciertas resistencias frente a instituciones nuevas, a partir de quienes ocupan lugares en instituciones que aparecen perdiendo poder frente a las nuevas.

Llegados a este punto, quisiera decir algo más sobre lo ocurrido en materia de derechos sociales durante el siglo XX (que es similar a lo que podría decir que está ocurriendo con los nuevos derechos "participativos"). Los legisladores, claramente, demuestran no haberse tomado en serio aquellos nuevos mandatos constitucionales. Son difíciles de explicar, si no, las cifras de la desigualdad que se han mantenido más o menos constantes en todo el siglo XX, y constantes a lo largo de una diversidad de variables (vivienda, salud, educación). La pregunta es, sin embargo: ¿Podía esperarse de los legisladores una sensibilidad especial hacia los intereses de los más desaventajados, dada la distancia —geográfica, económica, social— que los separa de aquéllos, y los estrechos vínculos que desarrollan con los sectores más poderosos de la sociedad? Jueces y doctrinarios, por su parte, crearon categorías especiales para, directamente, desactivar y quitar toda vida a aquellas reformas, hasta asegurar su ingreso en el cajón de los descartes. Pero, ¿son sorprendentes, acaso, este tipo de resultados? ¿Podía esperarse otra reacción de la justicia —con miembros elegidos como

---

(capítulo XVI), pueden verse, de todos modos, las dos caras señaladas: la inoperancia del Consejo en algunas áreas (sobre todo en lo concerniente a sus facultades disciplinarias dentro de la estructura judicial existente) y su relativo éxito en lo que constituía el ámbito principal de su función (el nombramiento de nuevos jueces).

son elegidos, y dotados de la estabilidad de la que están dotados, y caracterizados por la homogeneidad de origen que los caracteriza? Conviene insistir en esto: obviamente, no se sostiene aquí que, ocasionalmente, algunos jueces o grupo de jueces, como los miembros de alguna legislatura particular, no puedan identificarse con los más desaventajados, o trabajar por hacer realidad los derechos de los que están peor. Lo que se afirma es que la implementación efectiva de aquellos derechos requeriría de un entramado social e institucional que no se buscó recrear o favorecer. Luego, la ausencia de dicho entramado ayuda a explicar el hecho comúnmente aceptado según el cual, durante el siglo XX, los derechos sociales tendieron a no ser implementados en la práctica, en una vasta mayoría de países, a pesar de los compromisos sociales muy explícitos que esos mismos países habían asumido a partir de la retórica constitucional.

Conviene decir que lo examinado hasta aquí no pretende constituirse en un alegato en contra de las reformas constitucionales o en contra del reformismo social. Más bien, lo que se sostiene es que debemos dejar de lado la superficialidad y la suficiencia con que solemos acercarnos a tales reformas. La introducción de cambios significativos en el funcionamiento o la orientación del modelo constitucional no puede hacerse a través de cambios cosméticos o de reformas timoratas.

Del mismo modo, el comprobar que, muy habitualmente, los derechos sociales resultan manipulados y bastardeados por la práctica política y judicial no nos da un argumento en contra de la constitucionalización de tales derechos, como si hubiera algo intrínseco en tales derechos capaz de producir tales lamentables efectos<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Carlos Rosenkrantz (ROSENKRANTZ, C., "La pobreza, la ley y la Constitución", en *El derecho como objeto de transformación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003) analiza una serie de razones que demostrarían el carácter especial de los derechos "distributivos", y que aconsejarían la no-constitucionalización de los mismos. Considera que la más importante de tales razones es una epistémica, basada en que "no tenemos una visión única sobre cómo asignar recursos en nuestra sociedad", por lo que "si privilegiamos constitucionalmente un tipo de distribución sobre otro arrinconaremos a todos aquellos que no están de acuerdo" (el autor analiza otras dos razones para defender esa no-constitucionalización, que él mismo reconoce como razones débiles, y que están vinculadas con las faltas de capacidades de la justicia para lidiar con -y sobre todo poner en práctica- estos derechos distributivos. Coincido con él en que estas objeciones están lejos de ser fatales contra el argumento a favor de la constitucionalización de los derechos sociales, y que el peso real de su argumentación resta en el valor del argumento epistémico). Para él, si "no aceptamos las mismas verdades" en relación con ciertos derechos (en su opinión, los derechos sociales), entonces, la inclusión de los mismos "en la Constitución necesariamente producirá cismas entre nosotros que harán más difícil la

Tales reflexiones nos vuelven a traer a la memoria la enseñanza madisoniana en *El Federalista*, nro. 49, según la cual un buen diseño constitucional requiere que nos preocupemos por asegurar la presencia de los "medios constitucionales y los móviles personales" destinados a que se logren los resultados que se quieren lograr (así, es hipotéticamente posible, pero no esperable, que un poder por naturaleza conservador tienda a convertirse en vanguardia de los reclamos constitucionales más radicales). Es en este sentido que puede decirse que la implementación y el mantenimiento de reformas como las que los radicales exigían requerían tanto de la presencia de ciertas bases motivacionales como del reaseguro de una cierta estructura constitucional, para lograr éxito. Tales precondiciones, sin embargo, no son las que se aseguraron<sup>40</sup>.

construcción de una *polis* democrática e inclusiva". Así planteado, sin embargo, el argumento serviría para no tener Constitución en absoluto, dado que nuestros desacuerdos no son menores en torno a –por ejemplo– cómo pensar la libertad de expresión o cómo definir el alcance de los "castigos crueles e inusuales". Éste es, en definitiva, el argumento de Jeremy Waldron en su trabajo sobre las "circunstancias de la política" y el "hecho del desacuerdo", y en contra del constitucionalismo (WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999). Rosenkrantz se equivoca al atribuir este carácter indeterminado, exclusivamente, a los derechos sociales. Él se pregunta cómo se sentiría un conservador nozickiano frente a la constitucionalización de la igualdad económica, cuando dicha persona cree que la misma es algo "bastante parecido a la esclavitud". Pero lo cierto es que ese mismo tipo de preguntas pueden realizarse, y de hecho se realizan, de buena fe, en relación con todos los derechos, por parte de autores tan sofisticados como los que cita Rosenkrantz, y aun respecto de los derechos más básicos, aun aquellos que nunca pensamos que serían cuestionados alguna vez (véase, por ejemplo, la defensa que realizaron recientemente Adrián Vermeule y Eric Posner de ciertas formas de tortura (VERMEULE, A. - POSNER, E., "Should Coercive Interrogation Be Legal", 104 *Michigan Law Review*, 671, 2006)). Es decir, nuestros fundamentales y sinceros desacuerdos alcanzan a todos los derechos, aun los que consideramos más elementales. En lo personal, y por lo dicho, entiendo que la valiosa discusión sobre si constitucionalizar o no los derechos (y, en lo que más me interesa, la discusión sobre cómo interpretar esos derechos y a quién dejarle la última palabra en la interpretación de los mismos) se aplica a todos los derechos, y no sólo a algunos de ellos, como si algunos de los derechos que hemos elegido constitucionalizar (los derechos sociales) fueran de segunda categoría, o sufrieran de males de los que los derechos civiles y políticos se encontrasen a salvo.

<sup>40</sup> Me interesa destacar de qué modo lo dicho hasta aquí se relaciona, en parte críticamente, con lo sugerido por autores como Jon Elster (ELSTER, J., *Salomonic Judgments*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989). Dado el enorme escepticismo que muestra frente a la racionalidad humana, Elster se presenta muy crítico de cualquier intento de llevar a cabo reformas que impliquen esfuerzos de ingeniería social de larga escala. En su opinión, hay básicamente dos argumentos que deben llevarnos a objetar tales empresas. El primero dice que las ciencias sociales no se encuentran bien equipa-

Tales sugerencias, en definitiva, como la metáfora de los trasplantes rechazados, sólo vienen a reafirmar intuiciones propias de nuestro sentido común (a pesar de lo poco común que ellas parecen ser dentro de la academia jurídica). Este tipo de intuiciones nos dicen, por un lado, lo que debiera ser obvio: que no basta con incluir un par de artículos en un texto jurídico para cambiar la orientación política de un sistema institucional —no basta con una reforma constitucional para lograr una sociedad más justa, o más participativa, o más incluyente—. Ningún cambio significativo en el ordenamiento institucional tiene sentido —ni es dable esperar que funcione— si no viene acompañado de una reflexión y de unos cambios que trasciendan a tales instituciones particulares<sup>41</sup>. En tal sentido, suele ser crucial que pensemos en cuáles son las condiciones sociales, económicas, políticas e institucionales dentro de las cuales vamos a insertar a las nuevas instituciones. Necesitamos determinar si el entramado social (en el sentido más amplio del término) dentro del cual ellas van a insertarse va a tender a acoger favorablemente o a rechazar estas innovaciones. Necesitamos determinar si ellas son “compatibles” con las instituciones y prácticas existentes, o si es dable esperar que estas últimas terminen por “rechazar”, obstaculizar o socavar a las nuevas.

En términos políticos e institucionales, tenemos que preguntarnos si el entramado existente tiende a favorecer o a trabajar en contra de las nuevas instituciones propuestas. La compatibilidad entre las ambiciones políticas del radicalismo y dicho entramado aparece en varios niveles. En primer lugar, y lo que resulta obvio, instituciones que invitan a la participación, como las promovidas por los radicales, no se llevan bien con (o no pueden siquiera activarse dentro de) un marco que parece requerir, para su vigencia, niveles muy bajos de intervención ciudadana. Si fuera cierto, por caso, que el entramado institucional vigente en muchas democracias

---

das para predecir los efectos de largo plazo de reformas muy amplias. El segundo dice que los métodos de ensayo y error no pueden ser sustituidos por las predicciones teóricas. En lo personal, coincido con él en este escepticismo, pero me interesa señalar —contra lo que alguien podría querer derivar desde allí— los problemas propios de las micro-reformas. Aquí me ocupo de señalar, fundamentalmente, el problema de que cualquier micro-reforma o “injerto” termine siendo absorbido, bloqueado o anulado por la fuerza propia del “cuerpo” dominante que se mantiene básicamente intocado.

<sup>41</sup> En este sentido, coincido con la reflexión de Hasebe (HASEBE, Y., “Constitutional Borrowing and Political Theory”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 224, 2003), en cuanto a que no tiene sentido “importar” ciertas instituciones o prácticas constitucionales “ajenas”, sin tomar en cuenta la filosofía política subyacente a tales instituciones y prácticas.

modernas directamente desalienta la participación política, luego, podría preverse, el proyecto del radicalismo va a verse allí privado de un apoyo del que imprescindiblemente necesita. Tiene poco sentido invocar la participación política dentro de un entramado institucional que no la prohíbe pero directamente la desalienta. Más todavía, el proyecto del radicalismo no sólo requiere de un sistema institucional que no socave la participación política: necesita de uno que la aliente y preserve. En tal sentido, y por ejemplo, la causa del radicalismo no puede avanzar bien en la medida en que los grupos más desaventajados de la sociedad —los sujetos privilegiados de los derechos sociales— no encuentren oportunidades efectivas para acceder a los tribunales de justicia; presentar sus demandas judiciales (legitimación activa); hacer conocer al resto de la sociedad sus puntos de vista; recurrir a sus representantes; criticarlos en público; reprocharles institucionalmente sus inacciones; forzarlos a torcer su rumbo de acción; etc. Las instituciones, por lo demás, son ocupadas por personas que, esperablemente, van a procurar la preservación de un estado de cosas que los favorece. Habitualmente, aunque no siempre, dicho estado de cosas suele ser amenazado o puesto en crisis por reformas destinadas a dotar de mayor poder de injerencia cívica a la sociedad. De allí que sea previsible que los actuales actores políticos trabajen en contra de tales reformas. Este dato obvio, sin embargo, parece muchas veces descuidado por quienes proponen reformas asociadas con el radicalismo, que actúan como si para crearlas sólo fuera suficiente con actos declarativos —como si las reformas no debieran pasar por el tamiz de un grupo de funcionarios que puede o tiende a ser hostil a tales cambios—.

Lo dicho hasta aquí nos ayuda a ver, por lo demás, hasta qué punto el entramado político e institucional descansa sobre ciertas condiciones sociales/relacionales/personales; y nos sugiere de qué modo tales aspectos se encuentran vinculados entre sí, y se influyen mutuamente. De modo intuitivo, sugeriría que la apatía política no es un mero factor exógeno a la política —como si existieran sociedades con individuos “naturalmente” más apáticos o más participativos— sino, en buena medida, un factor endógenamente producido por el sistema institucional<sup>42</sup>. El surgimiento, pero sobre todo la estabilización de las políticas del radicalismo, requiere de la presencia de ciertas disposiciones morales —de ciertas cualidades de carácter— que el propio sistema institucional puede ayudar a crear o preservar.

<sup>42</sup> Ver al respecto, por ejemplo, Elster, J., *Sour Grapes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985; SUMSTEN, C., “Preferences and Politics”, 20 *Philosophy and Public Affairs*, 3 (1991).

En este sentido, y por ejemplo, alguien podría decir que el avance del proyecto radical va a resultar indudablemente afectado en un contexto en el que se reivindique la "neutralidad estatal", o se impongan, directa o indirectamente (y a pesar de aquella retórica de la neutralidad), valores de consumismo e individualismo. En contextos en donde a cada momento se exaltan tales valores, asociándose al éxito laboral y personal con el dinero, seguramente será más difícil recrear el espíritu de solidaridad social que el proyecto de los radicales parecía requerir. Lo mismo ocurre si las actividades de ayuda a los demás son convertidas, de hecho, en actividades altamente "costosas", no sólo porque no son premiadas ni exaltadas por los medios de comunicación, sino porque además implican quitar tiempo a las actividades que sí son recompensadas económicamente y que además son necesarias para asegurar la subsistencia familiar (es decir, contextos en donde la solidaridad con los demás termina entrando en conflicto con la propia vida íntima y familiar).

Finalmente, para convertirse en un proyecto exitoso, el proyecto constitucional radical necesita extender su influencia más allá del ámbito de las instituciones políticas. Necesitamos prestarle atención, también, y de modo habitual, a la distribución de recursos existente. En tal sentido, podríamos decir, resultaba evidente que las reformas que procuraba impulsar el radicalismo eran reformas que requerían de una distribución de recursos económicos muy diferente de la crecida y custodiada por el constitucionalismo liberal-conservador. En el marco de sociedades económicamente muy desiguales, es dable esperar que aquellos que se consideran perjudicados económicamente por las reformas radicales prometidas (porque van a dejar de disponer de algunos de los recursos de los que hoy disponen) van a hacer lo posible por tomarlas inefectivas. Esto último, además, suele resultar facilitado a partir de la estrecha conexión existente entre poderío económico e influencia política. La concentración del poder económico suele venir de la mano de la concentración del poder político. Si esto es cierto, luego, las instituciones descentralizadas, democratizadas, abiertas, defendidas por el radicalismo, pueden encontrarse con dificultades que, previsiblemente, amenacen con tomarlas inviables. En definitiva, es difícil imaginar el éxito del proyecto político del radicalismo en el marco de su fracaso como proyecto económico.

¿Quiere decir todo esto que no tiene sentido plantear una reforma institucional, de inspiración radical, si no es posible asegurar, al mismo tiempo, un radical cambio en todo el entramado institucional existente (entendiendo este entramado en el sentido amplio arriba descrito)? En parte

sí, pero lo que más me ha interesado es marcar un punto más acotado, cual es que reformas constitucionales como las que se han llevado a cabo en el último siglo, en una pluralidad de países occidentales, aparecen definidas por innecesarios rasgos de ingenuidad o hipocresía que necesitamos confrontar. Por un lado, las reformas suelen requerir una reflexión mucho más profunda que la que se acostumbra a hacer, en términos de cómo ajustar el resto de la estructura institucional a los cambios que se quieren introducir. Por otro lado, suele ser necesario que vayamos mucho más allá de los límites de la Constitución, a la hora de pensar en tales cambios constitucionales: la introducción de ciertos cambios puede exigir que re-pensemos el modo en que organizamos el resto de la "estructura básica" de la sociedad (por ejemplo, el modo en que distribuimos los recursos). Nadie tiene la obligación de llevar a cabo este tipo de reformas radicales, pero la idea es que nadie nos diga que pretende llevar a cabo este tipo de reformas, si al mismo tiempo no está dispuesto a realizar los cambios adicionales indispensables para favorecer el éxito de las reformas que propone (por ejemplo, reajustando consecuentemente el resto de la estructura constitucional).

¿Quiere decir esto que no tiene ningún sentido el haber incorporado cláusulas como las de los derechos sociales o participativos en la Constitución, con la esperanza —al menos— de fijar ideales regulativos que puedan concretarse lenta y gradualmente, con el paso del tiempo? No es esto lo que me interesa afirmar, sino señalar los riesgos —de manipulación, de generación de expectativas innecesarias, de desprestigiar el derecho— que son propios de reformas como las llevadas a cabo en los últimos años. En lo personal, prefiero que aquellas cláusulas —que invocan el cambio social y la participación política— estén presentes en la Constitución, pero considero que sus creadores no se han tomado en serio el compromiso que han asumido públicamente, al incorporarlas a nuestro derecho, y considero que este acto de irresponsabilidad es dañoso para el derecho. Mi sugerencia, sin embargo —y contra lo que muchos sostendrían frente a un dilema similar—, no es la de eliminar dichas cláusulas, sino la de cambiar el resto del derecho, y esto en razón de la filosofía política en la que aquellas cláusulas se asientan, y que en lo personal suscribo. Es en este sentido, entonces, que la afirmación acerca de la futilidad de ciertos trasplantes constitucionales se torna verosímil: lo que se reclama es, finalmente, asumir responsablemente los compromisos públicos que se han declarado, recuperar el sentido común del constitucionalismo, y abandonar, finalmente, la retórica falsa o descomprometida del reformismo.

January 1917

## CAPÍTULO XXI

### DIFICULTAD, INUTILIDAD Y NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Por ROBERTO GARGARELLA

#### I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, pretendo sostener que todavía seguimos necesitando, con urgencia, una reforma constitucional, a pesar de que reformas extendidas y profundas como las que, según creo, son debidas; se enfrentan con al menos dos gravísimos riesgos: el de ser bloqueadas por sus autores y el de resultar fagocitadas por el orden institucional que vienen a modificar.

#### II. LA IMPOSIBILIDAD DE LA REFORMA

Tal vez la principal dificultad que enfrenta cualquier proceso de reforma es de carácter estructural, y es la siguiente: muchas de las reformas más importantes que se requieren deben ser diseñadas e instrumentadas por los mismos individuos que pueden resultar perjudicados por ellas. Lamentablemente, dichas dificultades resultan más serias cuanto más graves son los vicios que afectan al sistema institucional y, en particular, a su clase dirigente (que implica, pero también trasciende, a la clase política). Resulta obvio, en los países en donde la dirigencia es más cuestionada, mayores tienden a ser los esfuerzos y las posibilidades de la misma para —desde la posición de poder que, por definición, ocupa— resistir los cambios que pretendan impulsarse contra ella.

Son muchos los rasgos propios de sistemas institucionales como el nuestro que dan fundamento a dichos temores. En primer lugar, sistemas

institucionales como el argentino se distinguen por la brecha que han abierto entre ciudadanos y representantes. Como he tratado de sostener en otros lugares, tal brecha tiene mucho menos que ver con la (inegable) incapacidad o mala intención de muchos de sus dirigentes, que con ciertos rasgos estructurales del sistema institucional<sup>1</sup>. Dicho sistema ha nacido promoviendo la independencia y separación de los representantes, bajo el presupuesto (elitista) de que las mayorías tienden a dejarse llevar por sus apasionamientos, hecho por el cual la clase política no debe quedar sujeta directamente a la voluntad de aquéllas. Los períodos largos de mandato; las elecciones indirectas para cargos clave (jueces, embajadores y, en su momento, para la propia presidencia y el Senado); los requisitos exigidos para acceder a la función pública; el tamaño reducido de los órganos colectivos; la posibilidad de las reelecciones; la eliminación de los mecanismos de control más directos; son algunos de los tantos mecanismos escogidos para hacer posible ese buscado *distanciamento* entre políticos y ciudadanos. La ausencia de foros de debate público; el desaliento de la intervención cívica de las mayorías; la consagración del sistema de revisión judicial, no han sino reforzado aquellas tendencias. Al mismo tiempo, otras prácticas y resultados, en parte causa y en parte consecuencia de aquella estructura institucional —la desigualdad económica; la concentración de la riqueza; los diferentes recursos con que cuentan distintos grupos para exponer sus ideas y participar en las elecciones—, han contribuido a expandir las distancias ya existentes entre dirigentes y dirigidos. En conclusión, cualquier elección de representantes (y típicamente la elección de representantes para una convención constituyente) aparece mediada por graves dificultades, que llevan a que sectores significativos de la ciudadanía queden con posibilidades muy disminuidas para transmitir sus ideas, para supervisar, demandar o reprochar a sus representantes por las decisiones que toman una vez elegidos.

Notablemente, todos los problemas señalados se agigantan (en lugar de reducirse) en el caso de una Convención Constituyente, en donde los temas que se discuten guardan una trascendencia mucho mayor que la que es propia de la "política normal" o cotidiana<sup>2</sup>. Contra lo que debería esperarse, en estos casos los ciudadanos pierden aun la tibia herramienta de control con la que cuentan en los demás casos, es decir, el voto-castigo

<sup>1</sup> GARGARELLA, R., *Nos los representantes*, Miffo y Davila, Buenos Aires, 1985; GARGARELLA, R., *The Scepter of Reason*, Kluwer, Dordrecht, 2000.

<sup>2</sup> ACKERMAN, B., *We the People: Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

—su débil capacidad de amenaza frente a representantes que deshonran su mandato—. En el caso de la Convención, como resulta obvio (los convencionales no buscan su reelección como tales), los ciudadanos no pueden amenazar de ningún modo a los representantes que se comportan de modo irresponsable; que incumplen con su mandato; o que se extralimitan en sus funciones. Ello, increíblemente, al punto de que uno de los principales problemas teóricos que suelen asociarse con las Convenciones Constituyentes es, justamente, el de su capacidad de —su proclividad a— “independizarse” de quienes la han votado, tomando “vida propia” y convirtiéndose en un “super poder” capaz de poner bajo amenaza a todo el sistema institucional vigente. Ello —otra vez, increíblemente— en razón de la especial incapacidad de control que se deja en manos de la ciudadanía en dichos casos. En definitiva, el sistema institucional con el que contamos resulta especialmente preparado para dificultar cualquier reforma extensa y profunda sobre el diseño vigente.

El ejemplo de la última reforma constitucional no puede resultar más ilustrativo de dificultades como las apuntadas: representantes que se aíslan de la ciudadanía; que comienzan a tomar decisiones a favor propio; que pueden poner cabeza abajo cualquier reclamo consistente e insistente por parte del electorado. Conviene avanzar un poco en la descripción de este ejemplo. En primer lugar, cuando uno piensa en cuáles reformas podían resultar más importantes en 1994, es decir en el momento institucional en que dicha reforma se llevó a cabo, uno puede pensar en la necesidad de cambiar radicalmente el sistema presidencialista y el Senado. Creo que existen hoy, como existían entonces, excelentes razones para pensar en la importancia de tales reformas. Así, ante todo, la proclividad del presidencialismo a promover la confrontación más que la cooperación entre las distintas fuerzas políticas; los modos en que el presidencialismo favorece la concentración del poder; la proclividad de dicho sistema para generar inestabilidad política, a partir de los juegos de suma cero que promueve; etc.<sup>3</sup> Otro tanto se puede decir sobre el Senado. Por ejemplo, y para no hablar de los déficits de funcionamiento que le conocemos, todavía hoy sigue resultando inexplicable por qué es que el Senado no concentra su labor (en todo caso, y de modo exclusivo) en cuestiones federales (coparticipación, regionalización, relaciones entre las provincias). Por qué, en otras palabras, no especializar su labor en temas de federalismo, dejando el resto en manos de la ciudadanía en su conjunto (*i.e.*, si se debe dictar

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo, Nitvo, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

o no una ley de divorcio). No es mi pretensión, en este momento, persuadir a nadie de la necesidad de tales reformas: me basta con señalar que entonces (como todavía hoy) había un buen caso para la promoción de modificaciones como las citadas. Corresponde notarlo, una conclusión parecida era compartida por la doctrina internacional (que en dicha época tendía a sostener de manera casi unánime su condena al hiper-presidencialismo)<sup>4</sup>, y la misma había sido la principal respuesta del organismo más importante creado por nuestra democracia para el estudio de la reforma constitucional, esto es, el Consejo para la Consolidación de la Democracia. En efecto, en su dictamen, el Consejo colocó en primer lugar la necesidad de eliminar el sistema presidencialista para reemplazarlo por uno de contenido más parlamentario, a la vez que sugirió la adopción de un Senado especializado, como el alemán. Notablemente, contra lo dicho por el Consejo, y lo aconsejado por buena parte de la teoría contemporánea, la reforma de 1994 tendió a socavar, si no a poner directamente cabeza abajo, aquellas iniciativas. El presidente en ejercicio recibió entonces el único (el extraordinario) premio que reclamaba de la reforma, que era el derecho a la reelección. A cambio de ello, no perdió ninguna facultad decisiva, por más iniciativas que se avanzaron y aun aprobaron en dicha dirección. Lo mismo ocurrió con el Senado, que no sólo no perdió facultades sino que incrementó su peso a través de la inclusión de un tercer senador por provincia (frente a los dos representantes hasta entonces acostumbrados). Este resultado, según entiendo, resulta absolutamente compatible con las dificultades enunciadas más arriba: puestos a operar sobre el esquema constitucional vigente, sus protagonistas se encargaron de bloquear las reformas más importantes destinadas a perjudicarlos, aun cuando ellas guardaban un amplio consenso entre aquellos que más reflexionaban sobre la reforma. Lo dicho no pretende negar la posibilidad de una reforma más profunda, sino marcar un tipo de dificultades *internas* que, a pesar de ser obvias, tienden a ser minimizadas por quienes más genuinamente se preocupan de promoverlas.

### III. LA INUTILIDAD DE LA REFORMA

En la sección anterior hicimos referencia a algunas dificultades internas que amenazan los procesos de reforma, y que sin duda afectaron

<sup>4</sup> Un buen resumen de la misma en LINZ, J. - VALENZUELA, A. (eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, The John Hopkins Press, Londres, 1994.

seriamente a la reforma de 1994. A continuación vamos a examinar lo que podríamos llamar una serie de dificultades *externas* al proceso de reformas –dificultades que aparecen una vez que dicho proceso ha llegado a término–. Para clarificar lo dicho, imaginémosnos el caso de reformas que han alcanzado éxito y trascendido la barrera de sus principales custodios. O, más precisamente, y para retomar casos todavía comunes, pensemos en reformas más o menos modestas que, sin embargo, parecen desafiar en alguno de sus aspectos centrales al orden establecido. El problema que aparece entonces, según diré, es el de que la reforma se convierta, apenas aprobada, en una reforma de papel, incapaz de poner en riesgo real a aquello que en apariencia amenaza. ¿Por qué es que pensar en estos términos puede resultar sensato, y no un mero ejercicio de obstinado pesimismo? La dificultad mencionada arranca en este caso de un infundado optimismo en torno a las posibilidades de una reforma en los textos; una sobreexpectativa relacionada con las capacidades del reformismo jurídico. Dicha ilusión crece a partir del inaceptable supuesto conforme al cual las reformas tienen nacimiento en un vacío de prácticas, en una realidad compuesta fundamentalmente por textos orientados en un sentido, a los que ahora se oponen otros de signo contrario. Se piensa que las reformas introducidas impactan sobre una realidad simple; se ignoran los complejos mecanismos, los invisibles circuitos que las distintas creaciones jurídicas van creando en su torno.

El hecho es que nuestra vida jurídica va mucho más allá de los textos que escribimos y luego pretendemos modificar. El hecho es que una vez que ponemos en marcha ciertos mecanismos institucionales –mecanismos que afirmamos día a día con complicadas y ambiguas prácticas de aplicación– comenzamos a dar forma a un entramado que de a poco se enraiza en nuestra realidad. Obviamente, cuanto más profundas son las raíces de nuestro sistema institucional, mayores son las dificultades para cambiarlas, a través de la introducción de cambios en la letra de algunos textos.

Mi hipótesis es que nuestra realidad jurídica responde –para bien o para mal– a un proyecto de raíz liberal-conservadora que ha ido tomando cuerpo, al menos, desde el fin del rosismo y el dictado de la Constitución de 1853 (del mismo modo en que, por ejemplo, una mayoría de países latinoamericanos afirmó su estructura institucional hacia mediados del siglo XIX, o los Estados Unidos desde 1789). Nuestro orden liberal-conservador se encuentra definido por una diversidad de rasgos significativos, algunos de los cuales ya fueron mencionados en las páginas anteriores. El mismo se afirma a partir de su sesgo individualista o antiolecionista;

el hecho de la separación entre representantes y representados (la citada independencia de la clase política); el supuesto en torno a la tendencia de las mayorías hacia la irracionalidad (el supuesto conforme al cual las mayorías tienden a dejar de lado la razón en nombre de la pasión); la consiguiente falta de aliento a la intervención cívica de la ciudadanía; o la sobre-presencia de mecanismos contra-mayoritarios dentro del esquema de toma de decisiones. El jurista Roberto Unger ha caracterizado a este sistema hablando de un sistema en el cual predomina una cierta "disconformidad de la democracia", algo que se pone en evidencia a través de "la incesante identificación de trabas sobre la regla mayoritaria como la principal responsabilidad de jueces y juristas; la consecuente hipertrofia de prácticas contra-mayoritarias... y el obstinado foco sobre los jueces de la Corte Suprema y su selección como el aspecto más importante de la política democrática"<sup>5</sup>.

Cualquier reforma que pretenda convertirse en exitosa debe ser capaz de atravesar la rigidez de las trabas impuestas por el orden reinante, y ello implica mucho más que tomar una pluma y cambiar la letra de algunas frases sobre un pedazo de papel. Lo cierto es que habitualmente ignoramos dicha oculta realidad, y actuamos como si la reforma estuviera al alcance de nuestra mano. Lo que suele ocurrir, entonces, es que la madeja institucional existente se erige como una pared frente a nuestras pretensiones, las frena, las recorta, las socava, y termina absorbiendo y devorando a aquellos que aparecen como cuerpos extraños. Las reformas quedan así como injertos mal hechos sobre un cuerpo sólido y bien constituido. Tenemos que hablar, entonces, de *trasplantes jurídicos* ambiciosos e imperfectos, mal hechos –trasplantes que descuidan la naturaleza del cuerpo sobre donde van a insertarse–. Nuestro optimismo o nuestra desmedida ambición nos llevan a ignorar el peso y la fuerza de lo que ya existe, el tipo de animal sobre el que actuamos. Otra vez, y con el objeto de dar apoyo a mis dichos, me gustaría recurrir a un par de ejemplos capaces de ilustrar mi descripción anterior. Tomemos los casos de dos series de reformas significativas, introducidas sobre nuestra Constitución en los últimos cincuenta años.

## 1. Los derechos sociales

Hablemos, en primer término, de las reformas de tipo *social* avanzadas a mediados del siglo XX, luego de la llegada y salida del gobierno del primer peronismo. En la reforma constitucional entonces operada se introdujeron sobre el cuerpo de nuestra Constitución liberal-conservadora apéndices de tipo social, con el objeto de integrar a ella las novedades "laborales" de la nueva época. Típicamente, tal reforma incorporó el art. 14 bis, que vino a agregar a la lista de derechos (individuales) tradicionales otros referidos a la vivienda digna; el trabajo; las condiciones dignas y equitativas de labor; el derecho de participar en la dirección y en las ganancias de las empresas; el de una organización sindical libre y democrática. La introducción de este tipo de reformas representa un ejemplo excepcional de aquello que puede llamarse un injerto descuidado o mal hecho. Todo el catálogo de nuevos derechos incorporados —debimos saber— no llegaba para instalarse en una cáscara constitucional vacía, sino más bien, y por el contrario, sobre un esquema institucional afianzado y en marcha, capaz de resistir y absorber con facilidad a los nuevos cuerpos injertados. Una excepcional muestra de lo ocurrido entonces se observa cuando concentramos nuestra atención en los modos en que los órganos de aplicación existentes reaccionaron frente a los nuevos derechos sociales. De modo notable, el Poder Judicial —el órgano más representativo de nuestra estructura constitucional contra-mayoritaria— recibió a aquellos nuevos derechos con hostilidad: consultado sobre el carácter de aquéllos sostuvo, una y cien veces, que los mismos eran "derechos no directamente operativos", derechos de naturaleza muy distinta respecto de los derechos civiles y políticos vigentes. En otros términos, llamados a actuar frente a la novedad de los derechos sociales, los jueces abrieron los cajones de sus escritorios y pusieron a tales derechos a dormir (incumpliendo lo que podía haberse esperado de ellos, dado su lugar institucional). Ahora bien, ¿cuán sensato era esperar un resultado diferente? ¿Qué es lo que podía esperarse de la rama más conservadora de nuestro sistema institucional? ¿Podía creerse que un órgano diseñado para ponerse de pie contra las mayorías —un órgano cuyos miembros no son elegidos por el pueblo ni son removibles y controlables por ellos— iba a ponerse a la vanguardia de la aplicación de los derechos sociales?<sup>4</sup>. No estoy diciendo

<sup>4</sup> Por supuesto, no estoy presumiendo aquí que sean los jueces los exclusivos (y siquiera los principales) encargados de implementar los derechos sociales. Lo que digo

aquí que sea estructuralmente imposible que algunos jueces, en algunos casos, contribuyan a implementar algunos derechos sociales (de hecho, contamos ya con algunos interesantes casos en tal dirección)<sup>7</sup>. Lo que me interesa decir es que uno no debe sorprenderse al conocer la hostilidad con que el sistema institucional liberal-conservador/individualista establecido recibe las novedades que se pretenden incorporar al mismo.

## 2. Derechos para la participación política

Lo mismo que dijimos en torno a la introducción de los derechos sociales puede decirse de algunas de las reformas más recientes incorporadas a nuestra Constitución, en 1994. Me refiero, en este caso, a las reformas destinadas a proveer o hacer posible la intervención cívica de la ciudadanía. Desde 1994, en efecto, se han incorporado a nuestro texto constitucional varios institutos orientados a tornar efectivas formas más o menos novedosas de la participación popular, como la iniciativa popular o la consulta popular. Otra vez, sin embargo, nos encontramos con un injerto constitucional problemático, a través del cual se pretendió confrontar la naturaleza liberal-conservadora del esquema institucional argentino con un mero cambio en la letra de la Constitución. ¿Puede extrañar, entonces, que el sistema originario haya reaccionado negativamente frente a tal reforma? ¿Puede extrañar que, pasados diez años de la reforma, dichos aspectos de la Constitución no hayan sido puesto en práctica (no varias veces, sino siquiera una)? ¿Puede extrañar que aquellos nuevos institutos no hayan sido, siquiera, reglamentados con el fin de cobrar una vida más efectiva? Como en el caso anterior, no pretendo negar aquí la posibilidad de que dichas reformas se lleven, finalmente, a la práctica —que se reglamente su funcionamiento, que alguna vez se recurra a ellos—. Mi interés es llamar la atención, en una nueva oportunidad, acerca de la liviandad

---

es que ellos tienen una importante responsabilidad en la aplicación de los mismos, y que la han deshonrado, tal como podía esperarse que lo hicieran.

<sup>7</sup> Ver, por caso, decisiones como "Vicoconte", de 1998; "Defensoría de menores n. 3", del mismo año; caso "Nubial", de 1997; caso "Hospital Lednidas Lucero", de 1997; etc. Un buen informe al respecto, por ejemplo, en CELS, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, Buenos Aires, 1999. Ver, asimismo, ABRAMOVICH, V. - COURTIS, C., "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en ARSOLÓ, M. - COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto - CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 283 a 350.

con que muchas veces nos acercamos a la reforma constitucional, en razón de nuestro ciego optimismo o nuestra exagerada ingenuidad en torno al contexto institucional en donde dichas reformas van a insertarse. Lo que pretendo es mostrar de qué forma ignoramos el peso de la realidad jurídica existente, tanto como el interés de la clase dirigente (política y extra-política) por preservar las ventajas de las que hoy goza.

#### IV. LA NECESIDAD DE LA REFORMA

Dicho lo anterior, muchos pueden (o pueden querer) concluir diciendo que conviene archivar cualquier proyecto reformista. Muchos pueden (o pueden querer) ver en las líneas anteriores una defensa indirecta del *status quo* jurídico, es decir, una defensa de la situación de grave injusticia que caracteriza a nuestro derecho. Sin embargo, mi conclusión apunta más bien en la dirección contraria. En mi opinión, las injusticias que distinguen a nuestro sistema jurídico son tan enormes, que la introducción de cambios sociales –tanto como de cambios institucionales destinados a darle soporte y estabilidad a los mismos– resulta imprescindible y urgente. El conocimiento de las dificultades citadas en las secciones anteriores no aparece, entonces, como un argumento contra la racionalidad de las reformas, sino como un llamado de atención acerca de la radicalidad de los cambios que se hacen necesarios frente a tales trabas. Es justamente en razón de la dimensión de los obstáculos con los que nos enfrentamos que necesitamos introducir cambios institucionales de envergadura. Nace aquí, en todo caso, un argumento tanto contra el reformismo minimalista, como contra el temeroso gradualismo que nuestro sistema institucional ya ha enfrentado y digerido con suficiencia en cada caso en que ha tenido que hacerlo.

Quienes creemos en el valor de la democracia deliberativa y consideramos, a la vez, que ningún individuo debe sufrir o beneficiarse por cuestiones ajenas a su responsabilidad, no podemos sino abogar por un menú de cambios institucionales extenso y profundo<sup>8</sup>. Dicho menú puede

<sup>8</sup> NINO, C., *The Ethics of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1991; RAWLS, J., *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, 2001; DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985; DWORKIN, R., *Law & Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986; DWORKIN, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996; DWORKIN, R., *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

incluir cambios destinados a eliminar los rasgos contra-mayoritarios de nuestra Constitución (en particular, cambios sobre los actuales mecanismos de revisión judicial y veto presidencial); cambios significativos sobre las tres ramas de gobierno (en particular, la eliminación del presidencialismo; la reforma radical o supresión del Senado; cambios en la forma de composición y función del Poder Judicial); la recomposición de nuestro sistema representativo (de modo tal de incorporar y recuperar herramientas de control externo sobre los representantes); la creación de foros para la discusión pública (que permitan que los debates sobre temas de interés colectivo sean realizados con independencia de las capacidades económicas de cada uno); la revitalización de la vida política extra-parlamentaria; la extensión del principio igualitario fundante de nuestra vida política —una persona, un voto— a otras esferas de nuestra vida social (*i.e.*, a la esfera económica). Por supuesto, no es el objeto de este trabajo el de agotar la lista de cambios institucionales imaginables, ni el de proveer de contenido y fundamento teórico a cada una de tales posibles modificaciones<sup>9</sup>. Más bien, me ha interesado llamar la atención tanto acerca de la necesidad de la reforma constitucional como, sobre todo, acerca de la ingenuidad, desdén e irresponsabilidad con que se ha tendido a pensar en la misma.

<sup>9</sup> He procurado avanzar en dicha discusión, por ejemplo, en GARGARILLA, R., *Las torturas de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999; o en GARGARILLA, R., *Crítico de la Constitución, sus zonas oscuras*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.



1848  
1849  
1850  
1851  
1852

Se terminó de imprimir el 31 de marzo de 2009,  
en Chamorro Impresiones  
Dardo Rocha 1860 - Ciudadela  
Prov de Buenos Aires  
Tirada: 330 ejemplares

311936

I

**ALEGRE, Marcelo; BARGARELLA, Roberto:**  
**El derecho a la igualdad**

*Aportes para un constitucionalismo  
igualitario*

Este libro reúne una serie de ensayos alrededor del ideal de igualdad, escritos por una nueva generación de autores unidos por una similitud cosmovisión igualitaria que reconocen una formación similar, y que comparten ciertos criterios formales y sustantivos, debido a la influencia, más o menos directa que recibieron de Carlos Nino y Eduardo Rabossi, a quienes se le rinde homenaje incluyendo dos escritos suyos en los que ya dejaban en claro sus tempranas preocupaciones por la igualdad. Esta publicación reconoce como origen una investigación realizada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), a través de la cual se comprobó que, a pesar de la enorme cantidad de libros y artículos publicados por la doctrina nacional, son escasos los trabajos escritos en torno a la idea constitucional de igualdad. Es por ello, que esta obra cumple con un doble propósito: procurando llenar el vacío existente en la reflexión sobre la igualdad, e intentando enriquecer el debate de ideas en nuestro ámbito jurídico.

Primera parte: Perspectivas filosóficas.

Segunda parte: Perspectivas constitucionales.

Tercera parte: Aplicaciones.

2007, 456 páginas.