

Capítulo decimocuarto	
LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA	207
I. El Poder Judicial	207
II. Las decisiones económicas de los jueces	209
III. La anulación del derecho injusto.	212
IV. La justicia y la política	213
V. La decisión y la argumentación	216

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

I. EL PODER JUDICIAL

En nuestro sistema constitucional de tipo presidencialista, siguiendo la tradición de la Constitución de los Estados Unidos que ha sido el modelo seguido por el constituyente originario, el departamento judicial conforma uno de los tres poderes en que se divide el gobierno Federal. Como rama o poder del Estado, la Constitución asegura su independencia a través de distintas disposiciones que, entre otros aspectos establecen la inamovilidad de los magistrados judiciales en sus cargos, mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de sus remuneraciones conforme lo establece la Constitución en el artículo 110.

Esas garantías no son individuales de los jueces sino que son funcionales a las altas funciones que la Constitución le atribuye al Poder Judicial. La independencia se encuentra así justificada en la necesidad que existe, en un sistema republicano de gobierno que los poderes sean independientes entre sí y de que ningún otro de los poderes políticos interfiera en sus funciones. La función del Poder Judicial es la de resolver con fuerza de verdad legal las cuestiones de derecho sometidas a sus estrados. De ese modo, los jueces que integran este poder completan el sistema representativo al aplicar las normas al caso individual.

Así mientras el Poder Legislativo sanciona normas de alcance general y abstractas, como son las leyes y el Poder Ejecutivo, vela por su cumplimiento y ejecución, el Judicial aplica la ley trasladándola desde lo general y abstracto al caso concreto. Los actos de gobierno que realizan los jueces se denominan sentencias. Cuando un asunto judicial se encuentra definitivamente resuelto y no puede ser revisado, se afirma que la sentencia hizo cosa juzgada.

Tradicionalmente se afirma con razón que el Poder Judicial es el más débil de los tres poderes. En la célebre lectura núm. LXVIII de *El fede-*

ralista, Alexander Hamilton señaló que el Poder Judicial no tiene la bolsa ni la espada, sino solamente el juicio. Por esa misma razón decía que los ciudadanos no debían temer nada del Poder Judicial ya que los más grandes atropellos a los derechos y garantías individuales a lo largo de la historia provenían más bien de los poderes políticos, sin embargo —agregaba— los ciudadanos debían temerlo todo de la unión del Poder Judicial con cualquiera de los otros poderes del Estado.

Sin embargo, la fuerza e importancia de nuestro Poder Judicial es muy grande cuando se la compara con aquellos sistemas políticos de origen monárquico, en donde el Poder Judicial es simplemente un apéndice o una parte de la administración pública general del Estado. Eso es lo que sucede en la organización de algunas democracias europeas que suceden de sistemas monárquicos. Se habla allí de administración de justicia o de servicio de justicia, según el caso, toda vez que se trata de actos de administración o de un servicio público según el caso.

En el sistema presidencialista que siguió a las grandes revoluciones, se adoptó el sistema de separación de poderes al modo de frenos y contrapesos y se consideró, desde el origen al Poder Judicial como un poder independiente. Así se da su evolución en la tradición anglosajona. A eso cabe agregar el desarrollo del control de constitucionalidad, en los Estados Unidos, a partir del *leading case* “Marbury vs. Madison” y desde donde llegó a nosotros. La posibilidad de declarar inconstitucionales las leyes sancionadas por el Congreso, da al Poder Judicial un sentido institucional muy fuerte y lo convierte en el control de los controles del sistema democrático. De ese modo ha llegado a resumirse que, en definitiva, la Constitución es lo que dicen los jueces que es.

Este poder de declarar inconstitucionales las leyes han generado serios reparos en orden al poder de los jueces, llegándose a criticar con la expresión “gobierno de los jueces” a la jurisprudencia de avanzada en algunas materias en que el legislador ha tenido posturas conservadoras. Ese activismo de los jueces ha sido así, no pocas veces puesto en duda al señalarse el carácter contramayoritario de un poder del Estado, ubicado en pie de igualdad con los demás, pero que —a diferencia del Legislativo y del Ejecutivo— nadie votó sino que, por el contrario, por lo general los jueces representan a los sectores más conservadores de la sociedad. Frente a esa crítica se ha señalado que es ese carácter conservador del Poder Judicial, el que hace de contrapeso a los poderes políticos, preservando

los derechos de las minorías de los potenciales abusos de las mayorías parlamentarias.

El ejercicio del control de constitucionalidad se legitima en la medida en que completa el sistema republicano de división de poderes. Por eso nuestro sistema de control de constitucionalidad es judicial ya que son los jueces quienes lo ejercitan dentro del ámbito de sus respectivas competencias, eso lo diferencia de otros sistemas de control de constitucionalidad de carácter político donde son órganos específicos, separados de la función judicial quienes realizan esa tarea. En aquellos países en que hay un órgano centralizado, único para ejercer el control de constitucionalidad como ocurre con las cortes o tribunales constitucionales europeos, el control se encuentra *concentrado* en dichos órganos cuyas resoluciones tiene alcance general. Al tener sus declaraciones alcance general, suele decirse que actúan a la manera de un “legislador negativo”.

En cambio, el sistema de control de constitucionalidad imperante en nuestro país es un sistema de control difuso, ya que cualquier juez puede ejercerlo en el ámbito de su competencia. Por ese motivo, la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efecto entre *las partes* actuantes en el litigio y debe realizarse dentro de una *causa* sometida a conocimiento y decisión del juez o tribunal competente y a pedido de quien tenga la *legitimación procesal* para hacerlo.

Esos requisitos tienen por objeto respetar la división entre los poderes y no se encuentran legislados ni en la Constitución ni en las normas inferiores, sino que fueron elaborados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, concretamente han tenido la autoría de algunos de sus miembros más destacados y, por ello, se las conoce como “reglas de Cooley” y “reglas de Brandeis”. Entre otros aspectos, se requiere que no se trate de temas abastacatos (*mootnes*) y que no se trate de cuestiones privativas de otros poderes del Estado, a cuyo efecto se ha elaborado de las llamadas cuestiones políticas no justiciables.

II. LAS DECISIONES ECONÓMICAS DE LOS JUECES

Cuando los jueces deben resolver problemas económicos en sus sentencias, como ocurrió en su momento con los amparos por el *corralito* y como actualmente sucede con los problemas vinculados a las tarifas y al suministro de servicios públicos como el gas y la electricidad, surgen po-

lémicas acerca de cual es la actitud que deben asumir: si deben aplicar estrictamente las leyes o si deben mensurar las consecuencias que tendrán sus decisiones en el marco general de la política económica.

La primera actitud, que puede llamarse activismo, prioriza la defensa irrestricta de los derechos constitucionales; en tanto que la segunda, que puede llamarse autorestricción, parte de la premisa de que no hay derechos absolutos y que el Poder Judicial no debe inmiscuirse en materias propias del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, como lo es la política económica.

Suele atribuirse a Charles de Secondat barón de Montesquieu, la idea que los jueces sólo hablan por “boca de la ley” y que a la aplicación de sus textos se limitan; ya que todo exceso de tales márgenes afectaría el principio de división de los poderes que el mismo barón propuso a manera de frenos y contrapesos al ejercicio de la autoridad política.

Esto no es solamente teoría, hay también razones prácticas para que así ocurra, porque la economía tiene una lógica que resulta de sus propias reglas, y una de las principales es que mientras los recursos son escasos, las necesidades son ilimitadas. De ese conflicto de fondo se originan otros cuando la aplicación del derecho por parte de los jueces beneficia solamente a los que llegan primero a peticionar ante sus estrados.

Nada parece más justo para el ciudadano, que paga esforzadamente las tarifas, que exigir el normal suministro de un servicio, solicitando el amparo judicial. Aparece así la versión jurídica del mismo conflicto: un apegado rigorismo que privilegia garantías individuales de origen liberal posterga otros principios constitucionales de igual rango, pero de contenido social, como la igualdad ante la ley.

En los Estados Unidos se planteó este problema en la primera mitad del siglo XX con la aparición de la denominada corriente del realismo jurídico que sostenía la idea de un “juez situado” en su realidad circundante y que no debía desentenderse de las consecuencias económicas de las decisiones que adoptaba al resolver un conflicto jurídico. Se favoreció así una interpretación dinámica por oposición a una interpretación estática de las leyes; pero no estuvo exenta de cuestionamientos por parte de los sectores más conservadores que previnieron acerca del llamado “gobierno de los jueces” denunciando que los mismos se apartaban de las leyes y decidían conforme a valores sociales.

Una visión más reciente es la del denominado *Análisis económico del derecho* o *Law & Economics*, como se conoce al movimiento originado principalmente en las Universidades de Chicago y de Yale, que promueve la aplicación de las herramientas de análisis de la economía, al derecho.

Esto implica que la interpretación y evaluación de una norma se realiza desde la teoría económica, produciendo una reformulación del derecho acorde con ese modelo. Por ejemplo, en el caso de leyes sobre competencia y de protección contra monopolios, los objetivos perseguidos por las normas son estrictamente económicos y deben ser analizados como lo haría un economista... El derecho actuaría así como una estructura redundante respecto del mercado, destinada a asegurar su buen funcionamiento, afirmando las condiciones de seguridad y libertad de contratación para garantizar la certeza en los resultados de las transacciones y de las informaciones necesarias para negociar.

Entre los que sostienen esta doctrina se destaca el juez Richard Posner, quien integra una Cámara Federal de Circuito y fue el mediador en el caso Microsoft. En su libro titulado *Analysis Economic of Law* afirma que los jueces y tribunales pueden hacer muy poco en la distribución de la riqueza de una sociedad, y que por ello sería más sensato dejar el problema en manos de los legisladores, que tienen mayores poderes de imposición y de gasto.

Es frecuente en los Estados Unidos que los jueces sostengan debates en las universidades para discutir problemas económicos. En la Argentina se han dado esas discusiones en seminarios realizados por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Provincias y por la Universidad de Buenos Aires. Sería plausible que esa tendencia se afirme en las distintas escuelas judiciales existentes. La maestría en Magistratura recientemente creada en la Facultad de Derecho se encamina hacia ese objetivo, dando prioridad a la formación de jueces de mentalidad abierta.

La gran interrogante a la que debe darse respuesta es si la eficiencia económica es un valor que fundamenta y justifica las decisiones jurídicas. Mientras la eficiencia económica se mide en términos de costo-beneficio, la eficiencia de un sistema jurídico debe medirse por su aptitud para asegurar los valores que una determinada comunidad política sostiene, como en nuestro caso lo son la libertad, la igualdad, la propiedad, la dignidad, el trabajo y el acceso a la justicia, entre otros. En ese punto el mercado es apto para formar precios pero no para crear valores sociales. Es a la Justicia a quien compete preservarlos.

III. LA ANULACIÓN DEL DERECHO INJUSTO

La sanción de la Ley 25.799 por parte del Honorable Congreso de la Nación, declarando la nulidad insanable de las leyes de Obediencia Debida (23.492) y de Punto Final (23.521), abre el debate acerca de si en un sistema jurídico positivo es posible anular normas que son consideradas moralmente injustas por importantes sectores de la población, y si puede procederse como si esas leyes nunca hubieran existido.

Desde la antigüedad se ha planteado el problema de la obediencia al derecho cuando el mismo es considerado moralmente injusto ¿qué debe prevalecer en tal caso: la norma jurídica que preserva el orden y la seguridad en el sistema o el sentimiento de justicia? En la *Antígona*, de Sófocles aparece manifiesto este eterno conflicto. Para el llamado derecho natural se justifica inclusive el derecho de rebelión en el entendimiento que: “la ley que no es justa no parece que sea ley”.

Pero en los sistemas democráticos existen mayores razones para cumplir las leyes que en los sistemas autoritarios, en tanto es precisamente la democracia el sistema que mejor propende a la realización de los derechos humanos al fundar las decisiones en el consenso y en la regla de la mayoría. Desde esa perspectiva, si se busca afirmar la autoridad del derecho, mal podría argumentarse su no acatamiento.

Por otra parte, borrar los efectos de las leyes como si nunca hubieran existido supone internarse en el carácter histórico que tiene el orden jurídico que respeta la lógica de los antecedentes y que se manifiesta en la aplicación de distintos principios clásicos como el de irretroactividad y el de la ley penal más benigna.

Las leyes de obediencia debida y punto final no gustan y han merecido serios reparos, como también los merecieron los indultos que beneficiaron a personas que merecen fuertes rechazos por parte de la ciudadanía, pero fueron sancionadas en su momento por el Congreso, respondiendo a razones de oportunidad, mérito y conveniencia, debatidas en los recintos de ambas Cámaras y han estado vigentes.

No cuestionamos aquí el fondo del debate ni la legitimidad o no de una determinada decisión política en un tema sensible para la mayor parte de la ciudadanía, pero si la democracia es un conjunto de reglas de procedimiento deben buscarse las respuestas dentro del sistema jurídico, superando antiguos antagonismos entre ius naturalistas y positivistas.

En ese balance no debe soslayarse el valor instrumental de la seguridad jurídica que se ha convertido en una verdadera demanda de cumplimiento por parte de la ciudadanía en una sociedad que no se ha caracterizado por su grado de acatamiento a las normas. Recordando a Sarmiento: "...La Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad...".

Los valores deben ser ponderados con el conjunto de los principios que se encuentran en juego en una sociedad. En nuestro caso, se incluye entre ellos la necesidad de superar el pasado, de mirar hacia adelante, de impulsar la producción y el empleo y construir un futuro para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres y mujeres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.

IV. LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

No obstante encontrarse organizado el Poder Judicial como uno de los tres poderes en que se divide el Estado Federal, la función que la Constitución le encomienda en los objetivos del preámbulo es la de afianzar la justicia y ello debe realizarse a través de los procedimientos jurídicos regulares que la propia Constitución garantiza a fin de hacer posible la vigencia del Estado constitucional y democrático de derecho.

El Poder Judicial se distingue de los otros poderes porque actúa dentro del marco estricto del derecho y de la lógica jurídica que fundamenta sus decisiones, de lo contrario sus sentencias serían arbitrarias y por ello resultarían inconstitucionales, conforme a la propia categorización realizada por la Corte Suprema en derredor del principio de razonabilidad.

Es así que, mientras la discrecionalidad es el modo de actuación propio en el ámbito de la política, en el ámbito de lo jurídico impera la adscripción al principio de la lógica de los antecedentes, de modo que una premisa menor debe adecuarse a una premisa mayor. De ese modo funciona también la lógica del principio de constitucionalidad que está basada en el principio de supremacía del orden jurídico.

De esa manera, enfatizando la separación de poderes que deriva del artículo 1º. de la Constitución Nacional, el artículo 109 de la Constitución Nacional establece que en ningún caso el presidente de la nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las feneidas. Este principio ha planteado la le-

galidad o ilegalidad de los llamados “tribunales administrativos” que son distintos tribunales que existen en el ámbito de la administración pública, ya sea centralizada o descentralizada, pero que no integran el Poder Judicial de la Nación. En tal sentido puede mencionarse al Tribunal de Cuentas, de Defensa de la Competencia, etcétera. Anteriormente existieron las llamadas cámaras de arrendamientos. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse en el *leading case* “Fernández Arias vs. Poggio” que admitió la validez de dichos constitucionales en la medida en que aseguren el debido proceso y cuenten con una revisión judicial suficiente.

Algún sector de la doctrina administrativista pretendió justificar esa validez estableciendo una sutil diferencia entre la prohibición de arrogarse facultades judiciales y facultades jurisdiccionales al decir que estas últimas serían posibles. Francamente no advertimos la diferencia ya que lo jurisdiccional hace referencia a lo judicial.

La doctrina de las llamadas “cuestiones políticas no judiciables” también tienen origen en los Estados Unidos, donde se denomina *political questions* a aquellas materias que por su naturaleza o sustancia se encuentran fuera del alcance del Poder Judicial, como por ejemplo, la facultad del Congreso para declarar la guerra o hacer la paz. En el sistema constitucional argentino hay una larga lista de cuestiones que han sido consideradas materias políticas, fuera del alcance de los jueces, entre las que se encuentra la declaración de la intervención Federal a las provincias, la declaración de estado de sitio, y las facultades privativas del Poder Ejecutivo como el veto a las leyes, también se ha considerado materia no justiciable la reforma constitucional y el juicio político, aunque en estos últimos dos casos se admitió la revisión del procedimiento en cuanto al cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso.

El tema ha generado posturas encontradas a favor y en contra de un mayor activismo judicial o de una auto restricción del Poder Judicial a sus materias específicas que evite el conflicto entre los poderes. Así, por ejemplo el ministro de la Corte Suprema Julio Oyhanarte se destacó por una posición de auto restricción frente a las decisiones de los órganos políticos, considerando que el funcionamiento de las reglas del juego democrático era propia de los llamados poderes políticos, en tanto que el ministro Luis María Boffi Boggero se destacó por célebres disidencias en las sentencias en que le tocó actuar, marcando una línea favorable a una plena intervención judicial toda vez que, al Poder Judicial le corresponde

juzgar sobre todos los puntos regidos por la Constitución, conforme lo señala el antes mencionado artículo 116 de la Constitución Nacional.

Tal vez el problema no se encuentre en el carácter político que tienen las materias a juzgar, o no, sino que se trate de materias que la Constitución reserva en cuanto a su ejercicio a los otros poderes, como bien lo ha señalado el doctor Jorge Reinaldo Vanossi. Así la firma de tratados internacionales esta fuera del Poder Judicial porque la Constitución especialmente la pone en manos del presidente en el artículo 99, pero ello no significa excluir al Poder Judicial del control de la regularidad de los actos, aunque en esos casos no corresponda juzgar sobre su contenido.

Durante muchos años se consideró en nuestra jurisprudencia que la materia sobre elecciones y partidos políticos quedaba fuera del alcance del poder de revisión de los jueces por tratarse de materias políticas no judiciales. Sin embargo, la jurisprudencia varió en ese tema desde la creación de un fuero especializado en la justicia Federal, tornado la materia judicial. Porque lo que define que una materia se encuentre fuera de la revisión judicial no es la sustancia política de la misma sino que no se afecte la división de poderes al inmiscuirse en la esfera propia de otro poder. La función judicial no se verá afectada por la materia sobre la que se juzgue sino que se define por el método que siguen los jueces al resolver, que es el estricto apego al principio de la lógica de los antecedentes.

En los últimos años comenzó ha hablarse de la judicialización de la política y de la politización de la justicia como expresiones de un fenómeno de relaciones mutuas en los que los poderes políticos se inmiscuyen en el ámbito de lo judicial y viceversa, la justicia exhibe un marcado activismo hacia el control de los problemas propios de la política. Expresiones de esos fenómenos han sido, por ejemplo, el llamado operativo mani pulite (manos limpias) en Italia donde una fuerte actuación de los jueces logró desbaratar importantes redes de corrupción; tema que también se verificó en otros países.

En otro sentido, se verifica una creciente cantidad de disputas judiciales por temas vinculados a la actuación política, como sucede con el control del financiamiento de los partidos políticos y disputas electorales vinculadas con los escrutinios de elecciones internas, problemas de cupo femenino. El caso del llamado “corralito financiero” contemporáneo a la pesificación de la economía y a la salida del plan de convertibilidad es un ejemplo de medidas de orden político que se trasladaron a la esfera de decisión de los jueces. La escala del problema, sin embargo, justificaba

una decisión de carácter político, aun cuando en las causas se encontraran involucradas garantías constitucionales.

En buena medida los problemas actuales de la democracia presentan una gran complejidad por los desafíos que los mismos implican, verificándose una tendencia creciente hacia la plena judicabilidad de los actos. La ampliación de la legitimación activa a través de los llamados “intereses difusos” y derechos colectivos, así como actuación de oficio de jueces y tribunales en las causas sobre control de constitucionalidad son manifestaciones de esa tendencia.

Sin embargo, ello no es justificativo para considerar que los problemas políticos deben resolverse en el ámbito propio de la política, ya que el Poder Judicial tiene su propia esfera de actuación que es la de resolver con fuerza de verdad legal controversias jurídicas entre partes sometidas a su competencia.

V. LA DECISIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN

Ahora bien, muchos pueden estar contestes en que la función judicial se corrompe si se subordina a la política y esto sin duda es así. Pero otra cosa bien distinta es cuando el Poder Judicial es considerado una función política del Estado.

En ese plano, que se evidencia fundamentalmente en los sistemas presidencialistas o en la tradición anglosajona de Poder Judicial independiente, considero que la clave del problema se encuentra en la discrecionalidad o en la fundamentación jurídica de la sentencia.

En el primer caso, nos encontraremos ante casos de poder político al desnudo en tanto que la segunda forma es propia de la regla de la subsunción que rige en el Estado de derecho.

Es necesario distinguir claramente en sus dos aspectos desde el principio: una cosa es que el juez se politice por inclinación personal, como lo explicara Ossorio y Gallardo en el capítulo referido a las relaciones (buenas o malas) entre la justicia y la política, cómo fueron ayer y cómo son hoy, de su libro *El elogio de los jueces*, referido a la situación de la Italia post-fascista y otra cosa muy distinta es el rol político del Poder Judicial.

Señala el autor referido que la interpretación de las leyes deja al juez cierto margen de elección y que dentro de ese margen, quien manda no es la ley inexorable, sino el corazón variable del juez. De modo que si el

juez en su fuero íntimo es partidario del régimen que dicta las leyes que debe aplicar, será celoso intérprete de su espíritu y tratará de continuar y desarrollar, al aplicarlas a los casos prácticos, la inspiración política de que nacieron; en cambio si es un opositor de ese régimen, tratará de interpretarlas de modo que las haga prácticamente ineficaces, o tratará de exagerar sus defectos a fin de que parezcan peores de lo que son y desacreditar así a los legisladores.

Agrega que se necesitaría un paciente historiador que investigara, analizando la jurisprudencia judicial de medio siglo, si bajo el fascismo los jueces interpretaban las leyes con sentimiento fascista y si bajo la República las interpretan con espíritu democrático; si al aplicar las leyes persecutorias de los judíos, los jueces se adhirieron al espíritu de persecución racial con que se las había dictado, o si dentro de lo posible trataron de atenuar la infamia y mitigar la crueldad de tales leyes.

Dice que los jueces, muchos años después de la caída de un régimen, continúan por inercia, aplicando las nuevas leyes con el mismo espíritu al que se habían acostumbrado bajo el régimen anterior. Eso explica —en opinión del autor— por qué durante el primer decenio del fascismo se acusó a la magistratura de no ser intérprete suficientemente adicto a las nuevas leyes dictadas en defensa de aquél régimen y por qué hubo que crear, para estar segura de que lo fuera, un Tribunal especial. También explica del mismo modo por qué durante el primer decenio de la República se ha podido a veces sospechar que, aun respetándose formalmente las nuevas leyes democráticas, subsistiera en algunas sentencias el espíritu autoritario anterior.

Concluye que los jueces, en el sistema de legalidad, deben forzosamente ser legalistas; una vez acostumbrados a un sistema de legalidad quedan encariñados a él aun después de caído; y se necesitan muchos años para que se den cuenta de que aquél sistema ha sido derribado y que la legalidad de entonces se ha convertido en la legalidad de hoy.

Hay una línea delgada que las lecturas 68 y 69 de Hamilton en *El federalista* que grafican muy bien cuando afirma que el Poder Judicial no tiene ni la bolsa ni la espada, sino solamente el juicio y cuando concluye que los ciudadanos nada deben tener del judicial en sí mismo, las más grandes violaciones provienen, por el contrario del Poder Legislativo y del Ejecutivo, sin embargo, el ciudadano debe tomarlo todo de la unión del Judicial con cualquiera de los otros dos poderes.

Por eso, a mi entender, la relación entre justicia y política tiene dos planos, uno ético, definitivamente personal e individual cuyo riesgo o reaseguro se encuentra en los procesos de designación de los magistrados y otro funcional o sistémico y tiene que ver en cómo un determinado sistema político articule la relación entre la justicia y la política.

Para el primer caso, concluimos citando un breve cuento de Florencio Sánchez sobre *La justicia en China*, que consiste en lo siguiente:

Los magistrados del Poder Judicial son muy severos en China, lo mismo que en todos los países civilizados. En Pekín había un juez llamado Tio Kin, que era un modelo en el ejercicio de su ministerio. Sabía de memoria todos los códigos del Celeste Imperio, y recitaba todos los artículos de la ley con una precisión admirable.

Me parece que lo veo, sentado en su tribunal, con su fisonomía rechoncha, los ojos diminutos, a la moda del país; la cabeza afeitada y la coleta tiesta como un rabo de zorro. Varios personajes rodeaban el estrado, y le ayudaban en la administración de justicia. Sus fallos eran inapelables. Cuando pronunciaba sentencia, el secretario abría un gran libro amarillo, en el que estaban ya redactadas, por mucho tiempo, las fórmulas de la ley, y no había más que llenar los blancos, así como se llenan las matrículas de los peores conciertos en nuestras comisarías de policía. Certo día compareció ante el juez un pobre chino, a quien se le acusaba de haberse robado y comido un huevo. El magistrado se revistió de la mayor gravedad, y le interrogó así:

—¿Cómo te llamas?

—Kin Fo.

—¿Por qué te comiste ese huevo?

—Porque tenía hambre.

—Pues bien: la ley es muy clara en este respecto. Escucha tu sentencia: “todo el que robare alguna cosa, por pequeña e insignificante que sea, será castigado con la pena de muerte”. Artículo 31, del Código Verde. Te condeno a la horca, administrando justicia, etcétera.

El secretario abrió el libro amarillo y llenó cuatro vacíos con estas palabras: Kin-Fo-huevo-horca.

El reo dio un golpe sobre la mesa, para llamar la atención del juez, y le mostró una pluma de pavo. Era la insignia de los mandarines. El reo era, pues, un Mandarín, y esto no lo había advertido a tiempo el magistrado.

El doctor Tio Kin, se rascó la cabeza, como hombre que no sabe qué hacer, y al fin dijo:

—Estas leyes del Celeste Imperio son tan intrincadas, que bien puede dispensarme el señor Mandarín, que está presente, acusado por una pequeñez, el que medite un momento sobre su causa.

Meditó un rato el chino, o hizo que meditaba, y declaró que, aunque la ley hablaba del robo en general, no encontraba en ella ningún artículo referente al robo de huevos, lo cual significaba: que no había castigo alguno para esa falta, y, en consecuencia, administrando justicia, etcétera le declaraba absuelto.

El secretario volvió a abrir el libro amarillo, tachó la palabra horca y puso: absuelto.

¡Con qué facilidad se hacen estas cosas en China!

El juez, entretanto, se decía para su coleta: ¡Qué plancha habría hecho yo si hubiera condenado a ese Mandarín de tres colas!

Aun no se había retirado éste del juzgado, cuando fue acusado también de haberse robado la gallina que puso el huevo anterior.

El magistrado sudaba frío. ¡Ya el delito era más grave! ¡Cómo transigir! Sin embargo muerto de miedo, escarbó el código y encontró un artículo que decía: “Al que se apropiare de animales ajenos, como gallinas, patos, cerdos, etcétera, se le cortará la cabeza”.

El reo confesó su delito, con gran disgusto el juez hubiera querido que lo negara.

¿Qué hacer pues? La ley era terminante; Tio Kin, recordaba que algunos mandarines, habían sido ajusticiados en otra época, y aunque la mano temblara un poco, firmó la sentencia. Pero, al levantar la vista, observó con asombro que el reo tenía pendiente del cuello el botón de cristal, símbolo de los grandes chambelanes del Imperio. Inmediatamente se pusieron todos de pie ante el sindicado y le saludaron con el más profundo respeto. Sólo el secretario, que era algo miope y estaba ocupado por la tercera vez en enmendar la sentencia, demoró algo en levantarse y doblar el espinazo.

Pasado el primer momento de sorpresa, volvió el juez a registrar el código, estudió mejor el plazo, y declaró citando en su apoyo la opinión de notables juristas chinos, que aquello de “se le cortará la cabeza”, que constaba en esa ley, se refería únicamente a la cabeza del ave robada, nunca a la del ladrón, por lo cual suplicaba a éste tuviera la bondad de decapitar a la gallina, para satisfacer a la vindicta pública.

El secretario se puso los lentes, abrió el libro amarillo, borró y escribió por la cuarta vez.

—Pero, es el caso —exclamó el reo, sacando la corona de príncipe imperial y poniéndosela en la cabeza—, que como el dueño de la gallina me impidiera despojarle de su propiedad, yo le maté enseguida.

El personal del juzgado le hizo una profunda reverencia, en tanto el portero, impuesto de lo que ocurría, corrió aizar la bandera amarilla, en el balcón del palacio, para que supiera el pueblo de Pekín, que un príncipe honraba la mansión con su presencia. Y cuando estuvo izada, vino trayendo el almohadón de seda y el dosel púrpura para el hijo del soberano; pero ya éste salía gravemente de la sala entre dos filas de altos dignatarios encorvados hasta el suelo y precedido del magistrado, que rompió la marcha tocando el gong. Sólo el secretario andaba algo rezagado, motivo de haber tenido que romper, cuidadosamente para que no se notara, la página 3.114 del libro de las sentencias.

Al día siguiente, cuando se instaló el tribunal, fue denunciado un vendedor de té, que no se había posternado cuando salía el príncipe del palacio de justicia. Y, por supuesto, lo ahorcaron, porque la justicia es muy severa en Pekín.

Y aquí paramos porque no es nuestro propósito ingresar en el terreno de la ética judicial, materia que debe regir el comportamiento del juez, de modo que —como la mujer del César— no sólo debe serlo sino también parecerlo.

El juez, para ser juez y seguir siendo juez, dice Herrendorf, debe desplegar una “conducta judicial”. No puede desplegar otra sin dejar de ser, ontológicamente, juez aunque su nombramiento siga mentándolo como juez del mismo modo en que, normativamente, incitado fue cónsul, sacerdote y senador, sin ser existencialmente —realmente— ni una cosa ni la otra ni la restante.

De modo que si aceptamos que los jueces son jueces, los llamamos jueces y, sobre todo, obedecemos sus sentencias que como jueces elaboran y cuyo cumplimiento ordenan, estamos aceptando que son jueces porque están comportándose como jueces.

Y si esto es así, mientras los jueces sigan comportándose como jueces seguirán siéndolo, y no estará entre sus posibilidades de jueces comportarse de otra manera. Así, un juez arbitrario no es un juez.

El segundo aspecto, la segunda visión o perspectiva depende entonces más bien de cuál es el rol asignado al juez y al Poder Judicial en un determinado sistema político.

La primera distinción que cabe hacer es entre aquéllos países que cuentan con administración de justicia de los países que tienen un Poder Judicial como departamento político del Estado dentro de la división de

poderes. A la primera categoría corresponden en general los sistemas continentales europeos (Francia, Italia, España, etcétera) en tanto que a la segunda categoría corresponden los países anglosajones, siendo un paradigma el sistema constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica.

Expondremos a partir de estos dos modelos, aun cuando el relativismo y las modificaciones del derecho comparado hacen que a veces tales separaciones no sean tan estrictas.

Así por ejemplo, los países europeos han adoptado los llamados “Consejos de la magistratura” o “Consejos generales del Poder Judicial”; asimismo, a partir del siglo XX comenzó a desarrollarse en la Europa Continental el modelo de control de constitucionalidad concentrado para cierto tipo de actos; por inspiración de Kelsen y Mercke.

Pero admitida la diferenciación de modelos —por razones metodológicas— cabe concluir que el modelo anglosajón asigna una función política a la judicatura al considerarlo un poder independiente dentro de la división de funciones y otorgarle la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con arreglo al principio de supremacía constitucional que fundamentalmente el juicio lógico-formal.

Han habido varios intentos, no obstante, para que ciertos motivos considerados esencialmente políticos quedaran fuera del poder de inconstitucionalidad de jueces y tribunales, dando así nacimiento a la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”. En esa lista en realidad se encuentran cuestiones que son materias privativas de los otros poderes por razones de su naturaleza como declaraciones de guerra y paz, estados de excepción, etcétera. Por lo tanto, no es determinante que la materia sea o no política, porque si así lo fueran no juzgarían los jueces sobre derechos electorales y partidos políticos en cuanto a su sustancia o contenido pero que es posible de la revisión judicial en base al método de razonamiento o fundamentación de una sentencia jurídica que, en todos los casos, debe seguir la regla del “debido proceso”.

Y es que en realidad, a nuestro entender, el *quid* del problema o la “clave de bóveda” se encuentra determinado por cuál es el método o razonamiento que siguen los jueces para resolver sus casos; cabe decir, si el mismo responde a una lógica articulada, reconocible, en el marco del deber ser, propia del método del silogismo o la subsunción del razonamiento jurídico, o si es puro arbitrio; en el primero de los casos estará definida y confirmada una decisión jurídica bajo la firma de una sentencia, en tanto

que en el segundo de los casos la sentencia será una mera o simple apariencia y nos encontraremos ante una decisión política.

Inclusive la Corte Suprema de los Estados Unidos sigue la regla del *stare decicis et queta non movere* (estar a lo decidido) que asigna un valor paradigmático al precedente, de modo tal que, en aquéllos casos en que el Tribunal decide apartarse de una determinada doctrina, realiza una fundamentación razonada —por lo general extensa— de tal apartado y de la nueva decisión.

Ese desajuste se observa, por ejemplo, con respecto a la adopción del sistema norteamericano de control de constitucionalidad en la Constitución de la nación Argentina, porque a diferencia del sistema del *common law* sobre el que está montado el sistema originario, en nuestro caso rige el sistema continental europeo codificado, siendo que la sanción del derecho común o “derecho de fondo” no corresponde a cada provincia sino al Congreso Federal, conforme lo señala el artículo 75 inciso 12 de la norma fundamental.

De este modo, el control de constitucionalidad que ejercen los jueces argentinos carece de aquél anclaje y en algunas circunstancias los fundamentos de una decisión de la Corte Suprema de Justicia pueden acercarse más aun al arbitrio de una decisión política. Un mayor apego al debate crítico de los fallos y el seguimiento de la jurisprudencia favorecería este último aspecto.

Las diferencias apuntadas en orden a las características en uno y otro modelo, acrecientan los problemas de interpretación judicial de la Constitución que realizan los jueces y que han dado lugar a bien conocidos debates. En tal sentido, bien puede resumirse que las categorías de interpretación estática e interpretación dinámica de la Constitución, sostenidas por la Corte Suprema y defendidas por destacados doctrinarios, no es más que una visión ampliada del debate entre originalistas y contextualistas en los Estados Unidos, conforme la interpretación constitucional se ciña al texto de la Constitución escrita o bien se admite una interpretación más elástica de las palabras y las frases en base al cambio de los tiempos y sobre todo, de los valores impuestos en una determinada sociedad política.

En el caso de la Argentina, la interpretación dinámica se ha permitido licencias de mayor arbitrio donde se destaca la continuación jurídica de la arbitrariedad y sobre todo, la aplicación de la llamada doctrina de la emergencia en base a la llamada doctrina del “Poder de Policía” en un

momento y —posteriormente— el Estado de necesidad o principio de supervivencia del Estado.

En los Estados Unidos, como se sabe, el debate ha sido profundo y ha presentado divergencias entre originalistas y contextualistas y por los debates en torno de una interpretación basada en valores como la propuesta de Ronald Dworkin y en donde se entremezcla la corriente del “realismo jurídico” primero con Roscoe Pound a la cabeza, para pasar al valorismo de Weschler y recalcar en la tesis de John Hart Ely acerca de los métodos democráticos procedimentales para la decisión judicial. No nos detendremos aquí mas que a modo de referencia y para señalar que en definitiva es la búsqueda de en cuanto al método interpretativo lo que justifica el afán y el empeño de tales construcciones jurídicas.

Es también ese empeño de certeza el fundamento de legitimidad política del Poder Judicial como rama independiente del poder, y la respuesta a la crítica sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial lanzado por Alexander Bickel hace ya muchos años. En definitiva si los jueces deciden con métodos claros, permeables y conocidos por todos, están completando la Constitución de la democracia deliberativa dando continuidad al sistema representativo al respetar los procedimientos de decisiones.

En esa idea, tanto la publicidad y conocimiento de las rectóricas judiciales, así como la ampliud del debate crítico sobre las mismas es fundamental para completar los mecanismos de la decisión democrática.

Esto también supera, en parte, el debate entre ius naturalistas y positivistas de si los jueces son jueces de la Constitución y de los derechos fundamentales anteriores al Estado, o si sólo hablan por boca de ley tal como pretendía Montesquieu. También supera a nuestro juicio el argumento de la sumisión del juez a la autoridad política en los términos planteados por Herrendorff, para quien la sumisión del juez al monarca fue reemplazada con el positivismo por la de esclavitud del juez a la ley y a los códigos sujeto a casación y ajeno a toda valoración moral y política.

Señala Vigo, que la historia del derecho no ha sido muy favorable hacia la imposición al juez de justificar sus decisiones; en Francia a finales del siglo XIII se abandona por los jueces la política de motivar, incluso se llega a advertir a los jueces que deben cuidarse de mencionar la causa de la decisión y, además, estaba prohibido publicar las resoluciones judiciales sin autorización del Parlamento. Montesquieu, en el siglo XVIII, manifestaba la inconveniencia de justificar las sentencias, dado que con

ello se promovían entorpecimientos por parte de quien perdía el juicio. Será después de la Revolución francesa —concretamente en 1790— cuando se dicten normas que establecen la obligatoriedad de la motivación de las sentencias civiles y penales.

El mismo autor destaca cuáles son las funciones que cumple la argumentación justificatoria, enumerando las siguientes:

- 1) Función validante: “...la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es por consiguiente, el fundamento de aquélla” (Sergio Cotta).
- 2) Función controladora: atento que la sentencia es una unidad, sólo puedo juzgarla considerando las razones que intentan avalarla, y, además, el carácter institucional se manifiesta en el control académico, el superior, el profesional, el social, el político, el disciplinario, etcétera.
- 3) Función legitimadora: Mauro Cappeletti entiende que los jueces se legitiman en el ejercicio de su poder a través de la práctica de ciertas virtudes pasivas, formales o procedimentales, entre las que destaca la justificación de las decisiones.
- 4) Función concretizadora: aquélla orden racional general que implica la ley, reclama intrínsecamente que sea proyectada a los casos en que a ella se subsuman, de modo que esa obra humana racional se acaba o se completa en la tarea individualizadora judicial.
- 5) Función didáctica: las reglas jurídicas intentan ser modelos y causas eficientes de conductas; por eso la explicación y proyección operativa de sus destinatarios favorece el conocimiento de las mismas y su eficacia.
- 6) Función científica: a la hora de la descripción y reconstrucción sistemática del derecho vigente, con su modo de operatividad, sus fuentes del derecho, etcétera. Es forzoso atender al discurso justificatorio judicial.
- 7) Función estabilizadora: justificando la proyección de las respuestas jurídicas generales a los casos es posible descargar futuras argumentaciones mediante la invocación de esos precedentes y aportar a la previsibilidad de respuestas concretas.
- 8) Función pacificadora: la argumentación apropiada cumple una función persuasiva y no meramente resignada respecto de aquellos que son derrotados en el proceso.

- 9) Función moralizadora: al inscribir la autoridad en el ámbito de lo racional y así superar el conflicto moral —apuntado por Kant— que supone el disponer acerca de la libertad del otro.

La teoría de la argumentación y de la decisión racional permite superar esos encasillamientos en tanto la sentencia sea el producto de un razonamiento honesto y sincero de las cuestiones sometidas a la valoración judicial. En definitiva, se trata de sostener —como lo hiciera Carlos Nino— una concepción deliberativa de la democracia, que comprenda en ella el papel del Poder Judicial y del control de constitucionalidad.