

## EL JUEZ DEL BICENTENARIO QUE SUPIMOS CONSEGUIR

*Por El maestro ciruela<sup>1</sup>*

*Hasta ahora los hombres se han dedicado a transformar el mundo, de lo que se trata a partir de ahora es de que se hagan cargo de él<sup>2</sup>.*

*El compromiso con el Estado de Derecho es la moralización la política mediante la actuación del derecho<sup>3</sup>.*

*Una manera fácil de ratificarse en el poder es depositar la culpa en el otro<sup>4</sup>.*

**Sumario: I. Introito. 1. Paradoja constitucional. 2. Algunas decisiones singulares. 3. Tarea. II. Un poco de historia. 1. Del sacerdote o juez. 2. Del juez “profesional”. III. Tregua primera: política y jueces. IV. Argentina. 1. La colonia. 2. La Constitución Nacional. 3. Del Consejo de la Magistratura. V. Tregua segunda: Poder Político y Judicial. VI. Ley y derecho. VII. Democracia. VIII. Tregua tercera: El derecho incómodo con la democracia. IX. El Juez solo controla. X. Las decisiones de los tribunales pueden cambiar una Nación. XI. Final**

### **I. Introito**

Piero Calamandrei<sup>5</sup> nos señaló la síntesis de nuestra primigenia reflexión:

*...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*

---

<sup>1</sup> Decimos que alguien es un “maestro ciruela” cuando se empeña en dar lecciones sobre asuntos que conoce poco y mal. La expresión, que viene muy bien para etiquetar pedantes, nada nos informa acerca del maestro ciruela, salvo que “quiere enseñar y no tiene escuela”. En realidad, la frase original no guarda ninguna relación con el ciruelo. Se refiere al pueblo de *Siruela*, una localidad de Extremadura (España), situada a unos doscientos kilómetros de la ciudad de *Badajoz*. Ninguno de los trescientos mil siruelenses que hoy la habitan sabe algo acerca de las tribulaciones del personaje. Si fue la falta de edificio escolar o un conflicto docente ocurrido hace siglos lo que lo dejó pegado al dicho. Lo cierto es que el maestro Ciruela – así se lo llamó después – ha quedado como el prototipo del sabelotodo que no sabe nada. Como el inmerecido portador de un apelativo frutal. Como un fantasma extremeño que anda por el mundo tiza en mano a la busca de un lugar con pizarrón (Zimmerman, 1999:87). Tanto es así que el prefacio es inusualmente extenso y flacas las conclusiones.

<sup>2</sup> Cruz, 2005:27.

<sup>3</sup> Fernández, 2004:17.

<sup>4</sup> Winberg de Roca, 2009, 17.

<sup>5</sup> 1935:128.

*defectos a fin de que aparezcan peores de lo que son y desacreditar así a los legisladores...*

Tal observación muestra, a nuestro entender, uno de los prototipos de los decisores (jueces) que alumbran el panorama de la ciencia jurídica universal<sup>6</sup>, pero, nos animaremos a verificar la hipótesis del genial florentino en estos tiempos.

Es que parece que la búsqueda actual es la de un juez: bondadoso, probo, discreto, prudente, con envergadura intelectual especializada, libre de toda subordinación jerárquica, una especie de héroe construido por la doctrina para que sea siempre imparcial: capaz de desabrocharse las camisas de fuerza y los cinturones de castidad de muchos tamaños que lo sujetan y controlan. Así se diseñan dos modelos de juez: el *prometido* (antes de la selección) y el *conseguido* (después de la elección). Contamos con el camino trazado<sup>7</sup> por la Constitución Nacional en pos del juez *prometido*<sup>8</sup>.

Otra aproximación a la cuestión es avanzar mediante una concepción funcionalista del derecho<sup>9</sup> que garantiza la estabilidad del respectivo sistema

---

<sup>6</sup> En la *Crítica de la razón pura*, Kant ironizaba a propósito de los juristas que todavía estaban buscando una definición del concepto de derecho; hoy, un par de siglos después no puede decirse que la hayan encontrado. Pero, tomemos tres conceptos clásicos, el Santo Tomás: el derecho (ley) es ordenación de la razón encaminada al bien común; el de Marx: el derecho (y el estado) es un instrumento de dominación de una clase sobre otra; y el de Kelsen: el derecho es un conjunto de normas coactivas. Así, éste aborda la cuestión de cómo está estructurado; Marx, de para qué sirve; y el primero contesta la pregunta de cómo debería ser o de cuándo un derecho es justo. Existe acuerdo que el derecho es un medio para ordenar la conducta humana, pero importantes diferencias al interpretar cuál es el sentido de la ordenación: ¿trata de conservar una estructura social determinada o posibilita su transformación?; ¿hace posible la paz social o establece y mantiene un tipo de organización social basada en la fuerza y en la imposición de unos grupos o clases sobre otros? (Atienza, 1985: 47 y 53). Para nuestra actual Corte Suprema de Justicia de la Nación “*la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho*” (causa N° 7537, G.147.XLIV, del 2/12/08).

<sup>7</sup> La institución del Consejo de la Magistratura como órgano encargado de seleccionar a los jueces es típicamente europea. Si bien nació en Italia a principios del siglo XX alcanzó su auge al finalizar la Segunda Guerra Mundial, recluta los cuadros judiciales mediante criterios predominantemente profesionales, al menos en apariencia.

<sup>8</sup> Iribarne, 2006:1293, concluye -mediante Cueto Rúa, Farina, Fucito, Morello, Nieto, Bielsa y otros de no menor jerarquía, entre los de lengua castellana- que a los Consejos de la Magistratura se ha trasladado el ejercicio de la potestad política de designar magistrados, a partir de su irrupción constitucional (1984), y propone que se exija a los jueces los conocimientos y el dominio de los métodos de razonamiento y comprensión de los intereses en juego, y aptitud para dar respuesta justa a los conflictos, además, diseña un esquema de evaluación, con sus tópicos esenciales: si se trata de una sentencia, (v.g.), del examinando se debería extraer si produjo un fallo axiológicamente valioso y correctamente fundado; si revela *notitia rerum* y exhibe un empleo racional de los hechos notorios; si propuso una solución correcta, basada en opinión válida; si introdujo citas jurisprudenciales y doctrinarias correctas y pertinentes; si domina la construcción gramatical. También, es severo el análisis de Iribarne en orden a la fundamentación en la decisión para la elección de jueces en los Consejos de la Magistratura.

<sup>9</sup> Bobbio ha sostenido que la ciencia del derecho del siglo XIX, y hasta hace muy pocos años se centró en el análisis estructural del derecho, sin preocuparse mucho por su dimensión funcional, la que cobra en la actualidad especial atención cuando el aparato estatal pasa de liberal – abstencionista – al Estado Social: intervencionista, benefactor. El análisis funcional del derecho (sociología del derecho) debería consistir en el estudio de las relaciones de interdependencia y dependencia entre las siguientes variables: 1) los fines del edictor de la norma (proclamados o no), considerando que quienes dictan las normas son, en realidad, los grupos de presión, y no las instancias jurídico-formales; 2) el contenido de la regulación jurídica; 3) los efectos sociales producidos por la puesta en vigor de la norma (Atienza, ob. cit.:73).

político (en regímenes democráticos afianzados o en transición)<sup>10</sup>; tal propiedad es relevante y consiste en el mantenimiento de la identidad del sistema, mediante la adhesión incondicional del juez a la Constitución para limitar los posibles extravíos del poder político e impedir desviaciones de sus cláusulas fundamentales: el juez es una especie de “inspector de calidad”, encargado de evaluar y controlar la conducta gubernamental y legislativa de acuerdo con las pautas constitucionales, sin que ese control de calidad democrática signifique inmiscuirse en la política, al menos en apariencia<sup>11</sup>, cuando se trata de asuntos librados a la negociación y al compromiso de los partidos políticos.

### 1. Paradoja constitucional

En ese orden de ideas, por un lado, recordamos cuando en 1886, Francisco Vicente Bustos, gobernador de La Rioja, le pidió a su ministro de gobierno, teniente coronel Olímpides Pereyra:

- Por favor, ministro, prepáreme un proyecto declarando la necesidad de la reforma de la Constitución.
- Pero, si nosotros no la aplicamos gobernador –repuso sinceramente extrañado el ministro militar.
- Eso es otra cosa. Yo necesito un buen argumento contra los opositores que me acusan de despreocuparme de las cuestiones institucionales y legales<sup>12</sup>.

### 2. Algunas decisiones singulares

Y, por el otro, si una de las preocupaciones fundamentales que alimenta la idea de la independencia judicial es su total autonomía frente al poder político, se advierte, sin embargo, la incansable voluntad de los poderes políticos para contar con un poder judicial sumiso, lo que se verifica aun en países de larga tradición jurídica, pero se tornan más evidentes en países jurídicamente menos asentados<sup>13</sup>. En efecto, la aparente genuflexión del poder judicial, en las dos últimas décadas, en nuestro país, tendría matices en orden al juez *conseguido*:

---

<sup>10</sup> Garzón Valdés, 2003:129

<sup>11</sup> Es como “actuar por izquierda”: Cuando se lleva a cabo determinado acto pasando por alto las normas legítimas, es común decir que se trata de algo hecho “por izquierda”. Sabido es que la mano izquierda ha tenido siempre mala reputación, tal vez por ser la mano inhábil en la mayoría de las personas. Por esa misma razón ha quedado ligada a una serie de supersticiones. Para los griegos, por ejemplo, el vuelo de una bandada de pájaros a la izquierda de quien consultaba el cielo constituía un pésimo augurio. Se supone asimismo que ése es el lado favorito del diablo; por eso, quien derrama sal conjura los posibles males arrojando un puñado sobre el hombro correspondiente al lugar del demonio. La palabra *sinistro*, heredada del latín, tomó en español el alcance de *funesto*. Y, como sustantivo, equivale a *incendio* o a otras catástrofes naturales. Tales denotaciones obligaron a buscar términos de reemplazo, y el vascuence proporcionó dos: *zurda* e *izquierda*. Pero ni aun así el lado del corazón ha recobrado la inocencia. “Hacer algo por izquierda” conlleva hoy entre nosotros la idea de una trampa: exhibir la derecha, mientras con la otra se hace pasar de contrabando algo ilegítimo. Zimmerman, 1999:22

<sup>12</sup> Mercado Luna, 1998: 15, citado por Garzón Valdés, 2003:142

<sup>13</sup> Gargarella, 1996: 228

desde los “jueces de la servilleta” del ministro Corach hasta pronunciamientos actuales de la prestigiosa Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto<sup>14</sup>:

*Playboy*: Un planteo en la Corte Suprema pidió que liberaran a chicos detenidos ilegalmente en un instituto de menor porteño. ¿Por qué la Corte no autorizó esa medida?

*Zaffaroni*: En diciembre del año 2008 dijimos “esto es inconstitucional”, pero por razones coyunturales no lo podíamos declarar inconstitucional.

*Playboy*: ¿Cuáles son las razones coyunturales para no poder declarar inconstitucional algo que sí consideran inconstitucional?

*Zaffaroni*: Con los slogans que había dando vuelta, el riesgo era que se generara un gatillo fácil contra los adolescentes. Nosotros hemos tenido epidemias de gatillo fácil en 1984 y 1985 con la policía recién salida de las órdenes de (Ramón) Camps. No le puedo dar el argumento a una fuerza que yo solté 50 para que me maten 100, sobre todo cuando hay slogans políticos que pueden generar ese tipo de riesgos.

Al respecto opina Emilio García Méndez<sup>15</sup>:

Si argumentos de similar tenor se hubieran vinculado a una causa de contenido patrimonial o donde estuviera en juego lo que con mucha ligereza se denomina la libertad de expresión, para dar sólo dos ejemplos, interminable sería la cola de los defensores del estado de derecho para repudiar el atropello a los fundamentos de la democracia, agraviada por quienes en flagrante violación de la Constitución, las leyes y los tratados internacionales se erigen en “protectores” de la libertad de los “otros”. ¿Puede alguien imaginarse el cierre de un medio de comunicación con el argumento de que los contenidos expresados pudieran irritar a sectores con acceso al “gatillo fácil” y por ese motivo se protegiera de ese modo a los dueños del medio de comunicación? ¿Puede alguien imaginar la convalidación de la expropiación de una empresa ya que el lucro generado podría convertir a sus dueños en presa fácil de un secuestro extorsivo? Así de absurdos, aunque no de evidentes, resultan el fallo de la Corte y las declaraciones del doctor Zaffaroni, con la única diferencia de que no se trata de dinero, sino de la libertad de seres humanos en formación, personas que la injusticia devaluó al grado de convertirlas, en la mejor de las hipótesis, en meros objetos de “protección” en una cárcel donde ninguno de los que suscribieron el fallo dejaría a un hijo por más de diez minutos.

---

<sup>14</sup> Entrevista al ministro Raúl Zaffaroni, *Revista Playboy* (2009), mayo, nº 41. Transcribimos textualmente las dos últimas preguntas y sus respuestas del reportaje, dedicado al fallo del 2.12.08, cuando la CSJN declaró constitucional el régimen penal de la minoridad ordenado por la dictadura (decreto 22.278 de 1980): causa “G.147.XLIV”.

<sup>15</sup> Jurista y diputado nacional, Página 12, *La libertad en tiempos de gatillo fácil*, del 13.6.09, y actor en ese proceso :”Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa Nº 7537”

¿Qué diferencia en realidad existe entre un Blumberg que quiere encerrar preventivamente a los pobres para que no roben y un Zaffaroni que los quiere encerrar para que no los maten? La diferencia es que el primero no ostenta ningún cargo ni responsabilidad pública, mientras el segundo, cabeza de un poder del Estado, niega (mientras impudicamente declara que procede) el más supremo y devaluado en estos tiempos de los valores humanos: la libertad.

Legitimar, desde la investidura de un juez de la Corte Suprema, con el peligro de muerte en manos de la policía, el rechazo a una libertad que procede sin presentar una sola denuncia destinada a verificar la existencia de acusaciones de tal gravedad, constituye la negación más flagrante de todos los principios del estado de derecho.

Un Poder de la República puede, tal como de hecho frecuentemente sucede, ver recortadas sus funciones vía la intromisión de otro poder (generalmente el Ejecutivo) en sus áreas específicas. Sin embargo, cuando el recorte de funciones se genera a partir de una iniciativa propia, estamos frente a un suicidio institucional que generalmente acaba de la peor manera. Que lo digan si no los alemanes, quienes, dicho sea de paso, no consiguen olvidar que el fundamento (escrito y documentado) de las leyes que crearon los campos de concentración fue la protección de los judíos para que no cayeran víctimas de los “gatillos fáciles” de la época.

La decisión criticada sostiene que no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art.116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión (se refiere a la pretensión del actor<sup>16</sup>, García Méndez: suplantar el régimen previsto por la ley 22.278) e implementar un mecanismo de reemplazo, cuando resulta evidente que –en esta materia– tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos:329:3089; 330:4866), justifica la Corte; que implicaría, además, sustituir competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos:330:4866); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le adicionó al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art.75, inc.23, de la Constitución Nacional. En el considerando 9 la Corte enseña (2008) que *la función del derecho, en general, es la de realizarse, lo que no es realizable nunca podrá ser derecho.*

---

<sup>16</sup> La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del art.1º de la ley 22.278 y exhortó al Poder Legislativo para que adecue la legislación penal de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061.

También reparamos que son elogiadas por la doctrina<sup>17</sup> sus decisiones en aras de: impedir el genocidio<sup>18</sup>, imponer la atención de la salud pública en establecimientos oficiales<sup>19</sup>, limitar la ejecución de la pena privativa de libertad proscribiendo la tortura<sup>20</sup>, entre otros.

Pero, la vocación de la Corte Suprema por revocar inconstitucionalidades dictadas por tribunales inferiores tampoco se desperdició –en un tema harto importante y complejo como el de la “pesificación”: validez o invalidez del decreto 214/02 del Poder Ejecutivo Nacional<sup>21</sup>- cuando en el 2006 profirió que: los ministros *consensuaron* la sentencia, “sin perjuicio<sup>22</sup> de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes” (consid.10), para lograr la paz social (consid.11), y atendiendo a la situación existente al momento de decidir (consid.12) reiteró la centenaria regla general de que la pesificación es constitucional (consid.21).

Por el contrario, la ponencia de la ministra Argibay descubrió que el mentado decreto es una disposición legislativa contraria a la prohibición contenida en el art.99.3, segundo párrafo de la Constitución Nacional, “no obstante ( ) razones de gravedad institucional ( ) tornan prudente ( ) arribar a una solución que, más allá de las diferencias en los fundamentos ( ) ponga fin a la gran cantidad de reclamos”.

De la ampliación de fundamentos del ministro Lorenzetti apuntamos otra definición: “*el derecho es experiencia*” (Consid.30) que nos enseña que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad. Además, exclama:

“Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de compromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones precipitadas. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a las necesidades del momento. Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho”.

---

<sup>17</sup> Botassi, 2009:1-4.

<sup>18</sup> CS, 18.9.07, *Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional s/amparo*, LL, 2007-F, 110. Resolvió que corresponde al Poder Judicial garantizar la eficacia de los derechos esenciales cuya atención está cargo del Poder Ejecutivo: proveer asistencia médica a la etnia Toba (Chaco).

<sup>19</sup> CS, 1.6.2000, *Asociación Benghalensis c/Estado Nacional s/amparo*, LL, 2001-B, 123. Se ordenó al Estado Nacional asegurar la continuidad y regularidad del tratamiento médico contra el SIDA

<sup>20</sup> CS, 3.5.05, *Verbitsky, H y CELS s/habeas corpus preventivo*, LL, 2005-D, 530. Se dispuso el cese de la detención en sitios inadecuados.

<sup>21</sup> CS, 27.12.06. M.2772.XLI, *Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo Ley 16.986*.

<sup>22</sup> Como afirmaba Irureta Goyena en 1938, la frase “*sin perjuicio*” trasunta una verdadera elipsis, constituye un pleonismo, una redundancia, un *flatus vocis*, porque no hay acto, ni providencia, ni dictamen de carácter jurídico, que no se pueda mantener si no es arreglado a derecho.

En consecuencia, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes – operación que inserta en su cúspide al juez- tendría varios alcances: el teórico, que reside en la Constitución (*juez prometido*) y el práctico que define al juez (*conseguido*) impotente para contener al legislador cuando actúa de manera incompatible con los principios que sustentan la ley fundamental.

Aventuramos, también, que el común denominador de ambos pronunciamientos, más allá de los derechos sustanciales en juego, sería la oportunidad o el tiempo o la época de sus apariciones, merced: las pausas<sup>23</sup> que los procesos exigen, los plazos<sup>24</sup> o las obligadas postergaciones<sup>25</sup>, lo que diseñaría una herramienta, que esgrimida por los jueces, contribuiría a perfeccionar el perfil de *conseguido* o *prometido*.

### 3. Tarea

Tamañas realidades y nuestras naturales debilidades<sup>26</sup> solamente nos permiten el esfuerzo por comprender –tal vez el modo específicamente humano de vivir– al traducirnos la sensación del fracaso de un modelo de sociedad, en la que los políticos y jueces son protagonistas de un agobiante juego de roles que nos dibujan un gesto denso, de sonrisa y llanto, que nos hunde en el mar de las perplejidades, sin poder asirnos a alguna verdad prometida. Para ello, primero, relacionaremos las modalidades de la elección y el cometido de los jueces, para luego inmiscuirnos con la política y la democracia, y, si es posible apaciguar la molesta comezón que tal mezcolanza produce, preguntándonos, definitivamente: ¿Por qué el juez *prometido* no se identifica con el *conseguido*?

## II. Un poco de historia

Volver la mirada hacia el pasado no tiene intención pedagógica ni el deseo de mostrarnos académicamente curiosos en este mundo sobrecargado de datos, solamente <sup>27</sup> tratamos de establecer algunas conexiones de viejos fenómenos para explicarnos mejor.

<sup>23</sup> Pausa: del griego *pausein*, detenerse. Toda una familia de términos procede de esta raíz: *apostento*, *menopausia*, *posada*, *pose*, *reposar*.

<sup>24</sup> Plazo: deriva del latín *placere*, agradar o gustar. “No hay plazo que no se cumpla/ ni deuda que no se pague, asegura Martín Fierro. Tiene el sentido implícito, cuando no existe, de “día que al tribunal le parece conveniente”, para cumplir determinada disposición (Zimmerman, 1999:320)

<sup>25</sup> Postergar: compuesta por la partícula latina *post*, detrás y *tergum*, espalda. Entonces es colocar a las espaldas, echar para atrás. Posponer.

<sup>26</sup> Nos abrigamos “*como turco en la neblina*”: La frase es producto de una serie de cambios y derivaciones que comienzan cuando en España se la llamó *turca* a la borrachera. La razón tiene piques de humor. Al vino puro, sin añadido de agua, se lo denominaba tanto *vino moro* como *vino turco*, por no estar “bautizado”. En consecuencia, las *mamúas* tomaron el nombre de *turcas*. De allí viene la primer parte de la expresión en su forma original: “agarrarse una turca”. Lo que sigue se debe exclusivamente a la picardía criolla. ¿Quién puede hallarse más confundido que un borracho que se pierde en la niebla? El pasaje de *con la turca* al actual *como turco* lo realizó espontáneamente el uso popular. Y así el turco entró en el dicho y en la neblina, dando lugar a una pintoresca expresión que vale para cualquiera que ande muy desorientado. Por más sobrio que esté. Zimmerman, 1999:48

<sup>27</sup>Cansino, 2008:207.

## 1. Del sacerdote o juez

Desde siempre, toda vez que un hombre virtuoso decidió auxiliar a un semejante necesitado, surgió en los hechos el abogado, asumiendo el rol de juez o siendo su colaborador<sup>28</sup>.

En la India, el Código de Manú (algunos lo sitúan en el siglo XIII aC y otros en el siglo V a.C. establecía que si el rey deseaba examinar asuntos judiciales debía elegir por intérprete de la ley a un hombre de la clase sacerdotal<sup>29</sup>; también en Israel, según el Pentateuco, se condensó la figura del político –guía del pueblo judío en su éxodo de Egipto hacia la tierra prometida– con la del sacerdote y juez, ya que Moisés asumió estas funciones, más luego, las dividió y eligió jueces: sujetos de firmeza y temerosos de Dios, amantes de la verdad y enemigos de la avaricia (Éxodo:13, 18, 23, escrito en el siglo X aC), reservándose las cuestiones graves<sup>30</sup>.

En Deuteronomio (1,17)<sup>31</sup>, Moisés se dirigió a los jueces <sup>32</sup>ordenándoles que cuando “...juzguen, no se dejarán influenciar por persona alguna, sino que escucharán lo mismo al pobre que al rico, al poderoso que al débil, y no tendrán miedo de nadie, porque actuarán en nombre de Dios...”.

La Biblia<sup>33</sup> contiene el libro de los Jueces, pero paradójicamente, refiere a líderes que nunca se sentaron en un tribunal –proviene del término *sofetim*, que significaba *jefes y jueces*– quienes se ocuparon de liberar a Israel, cuando guerreaba con (v.g.) filisteos, siendo presentados como instrumentos de la justicia de Dios.

---

<sup>28</sup> Viñas, 1972:29 y ss.

<sup>29</sup> En esos tiempos, tanto en China, Japón, Corea, Siam, Egipto, Caldea, Asiria, Babilonia, Siria el derecho era teocrático, como el código de Netzahuatlcoyot (azteca) y el de los incas (Zaffaroni, 1980:310-320).

<sup>30</sup> El juicio se ventilaba en forma oral, en presencia de todo el pueblo, o grupos de diez a cincuenta personas según los casos. Todas podían opinar, acusar y abogar, pero el juez no podía oír al mayor número para apartarse de la verdad (Éxodo 1/9).

<sup>31</sup> El Deuteronomio significa Segunda Ley, llamado así por estar ubicado en la Biblia después del conjunto de leyes que ocupan los libros del Levítico y de los Números, sin embargo, fue escrito antes, en el siglo VII aC, por sacerdotes y profetas como palabra de Dios y enseñanza de Moisés, a quinientos años de su encuentro con Yahvé (La Biblia Latinoamericana: 246).

<sup>32</sup> Así Yahvé habló a Moisés: si eres juez, no hagas injusticias, ni a favor del pobre ni del rico. Con justicia juzgarás al prójimo (Levítico, 19,15).

<sup>33</sup> Desde la dimensión sociológica sobre la que gira nuestro discurso adherimos a la tesis que sostiene que una cultura es el conjunto de historias que cohesionan a una sociedad. Entre ellas: los relatos sobre los propios orígenes, que es la biografía de la sociedad (la descripción de su vida). Así, los dos textos fundamentales de la cultura europea –que nos nutre– son la Biblia hebrea y la doble epopeya griega de la invasión a Troya –la *Ilíada* (en griego, Troya se dice Ilión) – y la Odisea, del viaje de regreso del astuto Ulises desde la destruida Troya hasta su casa, al encuentro de su esposa Penélope. El autor de estos dos poemas épicos es Homero; el de la Biblia, Dios, reconocido por los europeos como el único Dios, por eso creyeron su historia al pie de la letra y por diferencias en su interpretación, aún hoy se devastan países. Ambos autores tienen rasgos mitológicos: Homero no podía ver; Dios no podía ser visto. La imprenta posibilitó (1444) la difusión de los textos de la Antigüedad clásica, cuando los príncipes concentraron el poder estatal en sus cortes, y permitió a los reformadores – Lutero, Calvino, Tyndale – arrebatar la Biblia a los sacerdotes, posibilitando una forma cultural situada entre la aristocracia y la burguesía y que produce tensión entre religión y estado (Schwanitz, 2002).



Para el Talmud<sup>34</sup> el juez debe ser sabio, equitativo, piadoso, modesto; unir la firmeza del carácter a la bondad del alma; ser de edad madura y padre de familia; no se requería preparación especial, excepto en materia criminal o para miembro del superior tribunal; tener un exterior imponente; conocer lenguas extranjeras para dirigirse a los acusados sin intérpretes y frustrar sus artificios. La función judicial era una carga de desempeño gratuito, vedada a las mujeres, y los jueces eran elegidos popularmente: cada parte escogía uno y entre ambos un tercero.

En Las Leyes (VI)<sup>35</sup>, el ateniense que conversa con Clinias dice:

Ateniense [suponemos que es Platón]: Es tiempo, de que pensemos en establecer magistrados en tu ciudad.

Clinias: Tienes razón.

Ateniense: El orden político abraza los dos objetos siguientes: el primero es la institución de las magistraturas, con la elección de las personas destinadas para desempeñarlas, el número de ellas y la manera de establecerlas. El otro objeto son las leyes, que es preciso prescribir a cada una de estas magistraturas, su naturaleza, su número y su calidad. Pero antes de proceder a la elección de los magistrados, detengámonos un momento, y digamos a este propósito algo que no estará fuera de su lugar.

Clinias: ¿De qué se trata?

Ateniense: De lo siguiente: nadie ignora que todo estado que se ha dado a sí mismo el mejor gobierno y las mejores leyes, si pone después a la cabeza magistrados incapaces, no sólo no sacará ningún provecho de la bondad de sus leyes y se expondrá a la burla de todo el mundo, sino que su mala elección será para él fuente de una infinidad de males y calamidades.

Clinias: Estoy de acuerdo contigo.

Ateniense: Consideremos, mi querido Clinias que éste es precisamente el inconveniente a que están expuestos tu gobierno y tu nueva ciudad. Ves, en efecto, que para merecer uno ser elevado a los cargos públicos es preciso, por lo pronto, que dé cuenta cumplida de su conducta, así respecto de sí mismo, como de su familia, desde su juventud hasta el momento de su elección; y por otra parte, que los que hayan de verificar ésta, hayan recibido una educación conforme al espíritu de las leyes, para estar en situación de hacer un deslinde acertado de los candidatos que merezcan ser admitidos o desechados.

Más adelante, el Ateniense reitera:

---

<sup>34</sup> Viñas, 1972:33, cita a Mateo Goldstein: Derecho Hebreo, Enciclopedia Omeba, T.VII, pag.177

<sup>35</sup> Platón nació en Atenas en 427 aC, vivió ochenta años y en ésta, su última obra, retomó la idea socrática de que más vale sufrir la injusticia que cometerla y que la justicia no puede reducirse a la voluntad del más fuerte; se precisa, entonces, crear leyes eficaces y duraderas para curarla de la corrupción y lograr articular el ideal en la realidad humana. En esto mejoró la visión comunista de *La República*.

El punto capital, el que exige las mayores precauciones, es la elección de los guardadores de las leyes...cuyo cargo no durará más de veinte años y no se conferirá antes de los cincuenta<sup>36</sup>.

Aristóteles (384-322 a C), en el capítulo XIII del libro IV de Política, describe los tribunales que deberían constituir el poder judicial<sup>37</sup>, sus competencias, y determina que los jueces sean elegidos por sorteo o votación y puede combinarse la conformación con jueces de extracción popular o privilegiada.

En efecto, conforme su organización política y como consecuencia de la concepción de que el poder residía en la soberanía ciudadana, el régimen ateniense estableció la participación directa de los ciudadanos en la tarea de juzgar y de acusar<sup>38</sup>, eligiendo anualmente por sorteo a ciudadanos honorables, mayores de treinta años (Heliastas) o entre los miembros del Senado (Efetas).

En Roma, en las postrimerías de la República, la facultad de juzgar pasó del rey o su representante (*duumviri*) al ciudadano, al instituirse los jurados, presididos por un pretor; se le requería a aquél contar con un mínimo de treinta años de edad. Durante el Imperio se transformó esa modalidad, al volver la soberanía al poder del emperador, que implicó la organización jerárquica de los tribunales, integrados por funcionarios estatales que dependían del emperador. No obstante, el endurecimiento del régimen político fue acompañado de la profunda sabiduría de los juristas romanos, quienes influenciados por la filosofía estoica, elevaron a reglas jurídicas prácticas muchos de los principios básicos que hoy sostenemos: (v.g.) *in dubio pro reo*, *ne bis in idem*<sup>39</sup>.

El poder de administrar justicia continuó en el rey y en la delegación jerárquica de los tribunales, en la división jurisdiccional entre la Iglesia, el rey y la nobleza feudal (Las Partidas de Alfonso X, siglo XIII) y en la instauración del sistema inquisitivo. Más tarde se fortaleció la existencia del juez letrado (Carolina, 1532), en germania, y en la ordenanza francesa de 1670, reinado de Luis XIV.

Un poco antes (1516) aparece *Utopía* o de *De optimo republicae statu deque nova insula Utopia*, la obra de Tomás Moro<sup>40</sup>, que se sitúa en la antípoda de *El Príncipe* de Maquiavelo: revela lo que es, el ser de lo real político y social descarnadamente, sin los velos de la moral. Tomás Moro muestra lo que ese ser de lo social debe aspirar y hacia dónde debe ser conducido; y prepara el advenimiento del *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (1690) de Locke.

---

<sup>36</sup> En Calcídica, según Heráclides estaba prohibido entrar en la magistratura y ser embajador antes de los cincuenta años.

<sup>37</sup> La teoría de la división de poderes pertenece, para algunos, por entero a Aristóteles, lo que debería repararse al habérsela adjudicado a Montesquieu; aunque puede reprochársele su justificación de la esclavitud, ya que también en Grecia era práctica corriente la homosexualidad y la condena con extrema acritud (*Ética Nicomaquea, libro VII, capítulo V*)

<sup>38</sup> Maier, 1996:269.

<sup>39</sup> Maier, 1996:274.

<sup>40</sup> Lord Canciller de Inglaterra, decapitado mediante decreto de Enrique VIII, por haberse negado a reconocerlo como jefe supremo de la Iglesia Anglicana de ese país.

*Utopía*<sup>41</sup> ilustra mediante los diálogos del libro primero el espíritu renacentista en materia política:

...otro, recomienda al rey tener de su parte a los jueces, con el fin de que en todas las causas dicten en su favor. A tal efecto, habrá que traerlos al palacio e invitarlos a que discutan ante el propio rey sus problemas. Por mala que sea una causa real, siempre habrá alguien dispuesto a defenderla. El gusto de llevar la contraria, el afán de novedad o el deseo de ser grato al rey, hará que siempre se encuentre una grieta por donde intentar la defensa. El resultado es que lo que estaba clarísimo en el principio quedó embrollado en las discusiones contradictorias de los sesudos varones. La verdad queda entredicho dando al rey la oportunidad para interpretar el derecho a su favor. Por supuesto, el miedo o la vergüenza harán doblarse a los jueces, lo que permitirá obtener fácilmente en el tribunal una sentencia favorable al rey. Nunca han de faltar razones a los jueces para dictar sentencia a favor del rey; les basta, en efecto, invocar la equidad, o la letra de la ley, o el sentido derivado de un texto oscuro.

En esta época no existen diferencias entre el juez prometido por el orden establecido y el conseguido y así se pregonó con solvencia.

## **2. Del juez “profesional”**

Para acabar con el reino de las tinieblas y de la superstición aparece en 1651 Thomas Hobbes<sup>42</sup>, quien, al diseñar su estado (parte II, capítulo 26), pondera que: Las aptitudes requeridas en un buen intérprete de la ley, es decir, en un buen juez, no son las mismas que se exigen de un abogado, especialmente en el estudio de las leyes. Porque del mismo modo que un juez, cuando ha de tomar referencias del hecho, no ha de hacerlo sino de los testigos, así también no debe informarse de la ley por otro conducto que por el de los estatutos y constituciones del soberano, alegados en el juicio, o declarados a él por quien tiene autoridad del poder soberano para declararlos; y no necesita preocuparse por anticipado de cuál será su juicio, porque lo que él debe decir respecto al hecho, le habrá de ser suministrado por los testigos, y lo que debe decir en materia de ley, por quienes en sus alegaciones lo manifiestan y tienen autoridad para interpretarlo en el lugar mismo. Los Lores del Parlamento en Inglaterra eran jueces, y muchas causas difíciles han sido oídas y falladas por ellos; sin embargo, pocos, entre esos Lores, eran muy versados en el estudio de las leyes, y pocos habían hecho profesión de ellas; y aunque consultaban con juristas designados para comparecer en aquella oportunidad y cuestión, solamente aquéllos tenían la autoridad para dictar sentencia. Del mismo modo

---

<sup>41</sup> *Utopía*, 2005:39.

<sup>42</sup> *Leviatán o La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*.

en los juicios ordinarios de derecho, doce hombres del pueblo llano son los jueces, y se pronuncian simplemente por el demandante o por el demandado... pero como **no** se supone que conocen la ley por sí mismos, existe alguien que tiene autoridad para informarles en el caso particular que han de juzgar. Ahora bien, aunque no juzgue de acuerdo con lo que se les dice, no están sujetos por ello a penalidad alguna, a menos que aparezca que lo hicieron contra su conciencia, o que fueron corrompidos por vía de cohecho.

Lo que hace un buen juez o un buen intérprete de las leyes es, en primer término, una correcta comprensión de la principal ley de la naturaleza, llamada equidad, que no depende de la lectura de los escritos de otros hombres, sino de la bondad del propio raciocinio natural del hombre, que se presume es más frecuente en quienes han tenido más posibilidades y mayor inclinación para meditar sobre ellas. En segundo lugar, desprecio de innecesarias riquezas y preferencias. En tercer término, ser capaz de despojarse a sí mismo, en el juicio, de todo temor, miedo, amor odio y compasión. En cuarto lugar, y por último, paciencia para oír, atención diligente en escuchar, y memoria para retener, asimilar y aplicar lo que se ha oído.

En 1748, después de trabajar veinte años, Charles Louis de Secondant publicó su obra maestra: *El espíritu de las leyes*, en la que investiga a cada gobierno de cada estado en todas las épocas. Prevé<sup>43</sup> que:

...la virtud, en la república, es el amor a la patria, es decir, el amor a la igualdad. No es virtud moral ni cristiana, es la virtud política. Y esta es el resorte que hace mover la república...El hombre de bien político es el hombre que ama las leyes de su país y que obra por amor a estas leyes.

En el capítulo II: "Del gobierno republicano y de las leyes relativas a la democracia", del libro II: "De la leyes que se derivan directamente de la naturaleza del gobierno", enseña que:

...cuando en la república el poder soberano reside en el pueblo entero, es una democracia. El pueblo, en la democracia, es en ciertos conceptos el monarca; en otros conceptos es el súbdito. No puede ser monarca más que por sus votos; los sufragios que emite expresan lo que quiere. La voluntad del soberano es soberana. Las leyes que establecen el derecho de sufragio son pues fundamentales en esta forma de gobierno...

Consecuencia de este pensamiento es la democracia que consagra que la soberanía pertenece al pueblo, no al rey, como había sido desde antiguo, ni tampoco al Estado, sino directamente al pueblo, lo que significa un nuevo paradigma en la materialización de sus funciones y en la relación con los ciudadanos. Ya no hay gracia, sino representación, poder del pueblo dentro de los

---

<sup>43</sup>Primer y cuarto párrafo de la "Advertencia" de Montesquieu, luego del prefacio.

límites legales, tal como lo sostenían los teóricos que sirvieron de apoyo a la revolución francesa<sup>44</sup>.

Montesquieu elaboró la verdadera doctrina sobre la separación de los poderes del estado: si el poder judicial no está separado del legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la vida y de la libertad de los ciudadanos, a la vez que el juez sería legislador...Y si no está separado del ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor<sup>45</sup>.

La nitidez del sistema promueve el caldo de cultivo para que broten las categorías del juez prometido o conseguido que pergeñamos.

### III. Tregua primera: Política y Jueces

Los jueces irremediamente serán “echados a los leones”<sup>46</sup>, cuando se legisla *pour le galerie*: v.g. una constitución que incorpora tratados que no cumplimos, entonces, cuando deban aplicarse, recaerán sobre los jueces – cualquiera sea su calaña– las consecuencias. Es que la verdadera tragedia de la democracia se patentiza en la necesidad de dividir funciones del poder para lograr un equilibrio, como consecuencia del sistema de contrapesos mediante la división de sus funciones. Como el equilibrio no existe, nos explicamos la desconfianza popular en el derecho y en los juristas.

En este sentido, Jürgen Habermas y Ronald Dworkin<sup>47</sup> entienden que la tensión entre el derecho y política es productiva, ambos están de acuerdo en que ni el derecho debe regir a la política ni la política al derecho. Con todo, Dworkin pone el acento más bien en el derecho objetivo, en cuya interpretación debe esforzarse la política democrática. En cambio, a Habermas le interesa más bien la cualidad de los procedimientos democráticos, que se erigen a través del derecho y en los cuales se conforma el derecho. De estas posiciones, Klaus Günther<sup>48</sup> interpreta que no hay que destruir esa tensión, sino aprovecharla creativamente, lo

---

<sup>44</sup> Juárez, 2009:6

<sup>45</sup> Juárez, 2009:10

<sup>46</sup> Se “*hecha a alguien a los leones*” cuando se lo hace enfrentar con personas o situaciones peligrosas sin esperanzas de salir con éxito. La frase tiene como antecedente el episodio bíblico en el cual el rey Darío castigó a su consejero Daniel por quebrar la ley invocando a Dios antes que al monarca. Darío entonces mandó arrojarlo al foso de los leones. Pero la fe obró milagros; durante toda la noche un ángel mantuvo cerradas las fauces de las bestias y a la mañana siguiente Daniel quedó libre. No tuvieron igual suerte los esclavos condenados a morir en el Coliseo o en las arenas de los muchos circos situados en las colonias romanas de España o de África. En el año 248, durante los juegos con que fue celebrado el milenio de la fundación de Roma, se echó mano a cuanto prisionero había para divertir al pueblo con esa carnicería. Hoy tales espectáculos sólo existen en las pantallas de cine. Pero la intención sigue viva. Nunca faltan individuos que, sin vacilar, envían a algún colega, rival o subordinado a que sea pasto de las fieras. Aunque los leones de la frase no sean más que una metáfora, sus zarpas y colmillos resultan igualmente temibles. Zimmeran

<sup>47</sup> Del diálogo que tuvo lugar en Blifield, Alemania, en 1995, emitido por la televisión alemana: el tema fue el conflicto entre el derecho y la política democrática encarnada en la constitución.

<sup>48</sup> Filósofo alemán, moderador del duelo entre dos de los más grandes filósofos políticos y del derecho en la actualidad: “*¿Impera el derecho sobre la política?*”, traducido del alemán por Eduardo Rivera López (<http://derechoy cine.blogspot.com>)

que no depende sólo de la responsabilidad del parlamento o del tribunal constitucional: más bien de los ciudadanos de quienes surge el poder político.

Vamos a escudriñar entonces algunas de estas cuestiones desde la existencia de desacuerdos generalizados entre todos los ciudadanos y sobre la mayoría de las materias<sup>49</sup>: una suerte de constatación de desacuerdos profundos y generales en las sociedades contemporáneas que provoca, desde nuestra óptica, que la política, los políticos y su aparente búsqueda de “consenso” son los promotores del estado de desconfianza que padecen los jueces: al mismo tiempo víctimas y cómplices de la política.

#### **IV. Argentina**

##### **1. De la colonia**

El primer desembarco leguleyo en Buenos Aires tropezó con la oposición del Cabildo, que sesionó completo, el 22 de octubre de 1613, aplicó la ordenanza que mandaba que “en los asientos de minas, fronteras y nuevas poblaciones no haya abogados”, ya que según se informó se trataba de licenciados procedentes de Santiago del Estero, Córdoba y Chile, y venían “con ánimo de que haya pleitos para ganar plata” y con su asistencia no faltarían “pleitos, marañas, trampas y otras disensiones que resultarán, para los pobres moradores, en inquietudes, gastos y pérdidas de hacienda”. Quien así hablaba era el tesorero del Cabildo, Capitán Simón de Valdez, preocupado en eliminar cualquier molestia o conoedores de la ley, puesto que su actividad, como la de sus predecesores, era el contrabando en gran escala de mercaderías y esclavos con destino al Alto Perú<sup>50</sup> y de la “exportación” ilegal de metales amonedados o en barra y telas que llegaban desde Potosí, puesto que el rey de España (1602) hubo de cerrar al comercio el puerto de Buenos Aires, estableciendo excepciones, lo que permitió que la ley y el estado de excepción nacieran, crecieran, se desarrollaran juntos y floreciera el contrabando. Frente a éste ningún gobernador era fuerte: cuando Hernandarias no transigió con aquel ambiente –real grupo mafioso conformado por el “Clan de los Confederados”– fue perseguido, acusado, de crímenes que no cometió y condenado por jueces afines a los contrabandistas. Es que los cargos de concejales y todos los demás cargos públicos: gobernadores, grados militares, municipales e inclusive los funcionarios que hacían de jueces, eran puestos a remate, o como “donativo gracioso” al Rey o al Cabildo.

Husmeando en los cabildos del interior es aceptable la idea de que fueron núcleos donde se fue instalando la idea federalista, la percepción de que “el pago

---

<sup>49</sup> Jeremy Waldron, identifica (*Derechos y Desacuerdos*, 1999) dos circunstancias básicas de la política: la existencia de desacuerdos y la necesidad de un curso de acción común; presenta una teoría democrática de la autoridad y de la legitimidad políticas a partir del estudio de los parlamentos actuales y de la teoría de la legislación.

<sup>50</sup> Lanata, 2002: 61-63.

chico” tenía intereses específicos que chocaban con los generales de los gobernadores, órdenes religiosas y los puertos principales, el patriciado o minoría de vecinos “beneméritos” –clanes oligárquicos vigentes en cada ciudad– que ocupaban los cargos seculares eran los únicos que representaban la voluntad popular<sup>51</sup>. La Inquisición arribó mediante los Comisarios del Santo Oficio (1579) y persistimos en el uso de la tortura<sup>52</sup> hasta bien entrado el siglo XIX, cuando (1860) se discutía la conveniencia de prohibir el sistema de azotes en el Ejército.

Los cargos de juez fueron otorgados en las metrópolis a los afines de la elite gobernante y en la campaña a la policía o algún vecino caracterizado.

## 2. De la constitución

El Pacto Federal (1831) entre los gobiernos de Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos; el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos (1852), entre gobernadores y capitanes generales de las provincias de la Confederación Argentina, el contrato de 1853, el Pacto de San José de Flores (1859), son los hitos de la ley fundamental, desatendida sin tapujos por los golpes de estado del siglo XX que concluyó con el Pacto de Olivos (1993) para consolidar el sistema democrático, perfeccionar el equilibrio entre los poderes del Estado, afianzar la independencia de la justicia y el fortalecimiento de los órganos de control, de modo tal que se modificara sustancialmente el modo de designación de los jueces para garantizar la prevalencia de la idoneidad por “encima de cualquier otro motivo de selección y generar un procedimiento de remoción de los jueces ajeno a contingencias políticas partidarias”<sup>53</sup>. Un mes después (13/12/1993) el presidente del Partido Justicialista y el del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical renuevan la intención de ambas fuerzas políticas de impulsar una reforma parcial de la Constitución Nacional, señalándose dentro del “Núcleo de coincidencias básicas” la creación del Consejo de la Magistratura, para procurar “el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, y de los abogados e integrado por otras personalidades del ámbito académico y científico”, además, se auguró que los jueces de la Corte Suprema serían designados por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros o por dos tercios de los miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto. Tal pretensión es captada y enflaquecida en su rigor por el art.99 de la ley 24.430

---

<sup>51</sup> Luna, 1994: 422.

<sup>52</sup>La tortura, en Europa, formó parte del sistema jurídico y reconoce su origen en el Imperio Romano: el capítulo XVIII del Libro LVIII del *Digesto* de Justiniano incluía las reglas a seguir por los jueces para atormentar a los presos. Con la caída de los romanos tanto los merovingios como los carolingios y otros pueblos “bárbaros” dejaron de aplicarla. España, más romanizada que el resto de su continente, continuó con aquellas reglas en las *Siete Partidas* de Alfonso X, El Sabio, inspiradas también en el derecho canónico.

<sup>53</sup> Pacto de Olivos, punto 2.

–“Atribuciones del Poder Ejecutivo”– en el inc.4: “ nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto... y a los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”.

### **3. Consejo de la Magistratura**

Pese a las develadas razones de su implementación en la Nación<sup>54</sup>, duras críticas deparó el art.114 de la Constitución Nacional, inquietudes y discusiones en orden a su naturaleza, resueltas, en alguna medida, por diversas leyes que reglamentaron<sup>55</sup> aquel precepto y el art.115: jurado de enjuiciamiento y remoción de jueces inferiores, dado que desde el principio las relaciones con la Corte Suprema fueron funestas. Señala Gelli:

Quizás, como se ha sostenido reiteradamente, el sistema no consiga elegir a los mejores jueces posibles pero evitará que se designe a los peores, aunque el componente fuertemente político del Consejo deja su impronta en la modificación excesiva del orden de méritos. Si a eso se suma que después de la reforma introducida por la ley 25.669, el Consejo es quién evalúa los antecedentes, debe concluirse que se ha agregado una nota más de discrecionalidad en un organismo en el que prima la representación partidaria<sup>56</sup>.

### **V. Tregua segunda: Poder Político y Judicial**

Comprendemos que muchas veces el sentido práctico obliga a encontrar soluciones de compromiso (y definitivamente pensamos que lo arregle Mongo Aurelio<sup>57</sup>); que el Poder Judicial sería, a diferencia del Poder Político, un poder pasivo, en el sentido de que no podría tomar iniciativas sin dar respuestas y quienes lo ejercen no pueden utilizarlo para imponer su voluntad o hacer valer sus preferencias, por muy convencidos que estén de su razón. Por el contrario, la esencia del político es imponer su voluntad, en desmedro de las consecuencias, por el motivo que sea, la búsqueda del éxito o beneficio electoral inmediato, de

---

<sup>54</sup> Chaco debutó en 1957.

<sup>55</sup> Gelli, 2005: 926 y ss.

<sup>56</sup> Gelli, 2005: 938.

<sup>57</sup> Mongo Aurelio es un personaje imaginario que nació a principios de la década de 1940 en el ambiente universitario porteño. Lo inventaron dos estudiantes de Derecho, cuando estaban de moda las aventuras de Flash Gordon en el planeta Mongo, donde reina el cruel Ming. Nuestro lunfardo conocía ya dos palabras que significan *nunca*, *nada de nada* o *a mí que me importa*. Una es el andalucismo *mongo*, despectivo, cuando no grosero. La otra es *minga*, de origen milanés. Estos términos se entreveraron en la universidad con la figura del emperador y filósofo Marco Aurelio para dar lugar a una frase mitad culta, mitad callejera. Zimmerman, 1999:230. Mongo Aurelio pertenece a la galería fantasma de seres a los que apelamos para desatendernos de cualquier asunto fastidioso.



oportunidades que aumenten su clientela y de “estar en el ajo”<sup>58</sup> que emane de la opinión pública, aunque ésta enarbole principios contrarios al Estado de Derecho.

También existen jueces y fiscales dedicados a la transformación de la sociedad mediante la utilización singular del ordenamiento jurídico<sup>59</sup>. En este sentido también<sup>60</sup> podríamos sostener que ni la democracia ni la justicia están en crisis – al contrario de lo que se concibe habitualmente– sino que somos los hombres y mujeres de la democracia y de la justicia los que debemos entrar en un proceso de reformulación de nuestras conductas y valores. La democracia como la justicia, no se construye con palabras ni con dogmas, sino con hechos, conductas y responsabilidades.

Del mismo modo podríamos sostener que irremediamente en nuestro sistema democrático la elección es del ciudadano y es éste quien tiene el poder y la voluntad de cambiar algo en nuestra sociedad, tal lo anticipáramos enarbolando a Dworkin y Habermas.

Pero lo cierto es que cualquier político que se precie tratará de evitar la fiscalización del Poder Político por jueces de los cuales desconfía y éstos de una u otra manera emitirán mensajes –antes de asumir– augurando fidelidad y lealtad a algún postulado que la opinión pública reclame<sup>61</sup>.

No desconocemos que está en ensayo la “Nueva Cultura Política”<sup>62</sup> que supone nuevas reglas para el juego político que presentan características diferentes a los dos modos clásicos: el clientelismo (derecha) y la política de clases (izquierda). En concreto, el apoyo electoral a cambio de favores políticos (empleo, servicios, negocios), a partir de una poderosa organización del partido, que aunque no necesariamente coherente en términos ideológicos, es controlado jerárquicamente<sup>63</sup>. El segundo patrón refiere a la distinción entre quienes se caracterizan por la defensa de derechos sociales, proponiendo un mayor gasto

---

<sup>58</sup> Estar en el ajo equivale a “andar metido en una intriga o un chanchullo en el que intervienen varias personas”. El dicho se originó en los tribunales cuando los abogados salpicaban sus conversaciones y alegatos con frecuentes locuciones en latín. Para referirse a quien hoy llamamos un gestor oficioso o un influyente se hablaba de un individuo capaz de hacerse valer *alio atque alio*. O sea, *aquí y allá, en una y otra parte*. Los empleados y clientes que no entendían este idioma lo traducían como mejor les sonaba. Nada más fácil de asociar que *alio* con *ajo*. Zimmerman, 2009:110

<sup>59</sup> Ejemplo de ello es el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación, revocado por la Corte Suprema (ver: Introito).

<sup>60</sup> Sesin, 2002:976

<sup>61</sup> John Grishman muestra en *La Apelación* el alto riesgo que se corre, en esta época, al elegir jueces: el tribunal del estado de Mississippi declara culpable a una empresa química que vierte tóxicos en el sistema de conducción de agua potable que provoca cáncer. La empresa apela al Tribunal Supremo del estado y aprovechando que debe designarse otro juez arbitra los medios para su elección, promocionando y moldeando un personaje acorde.

<sup>62</sup> Clark y Navarro, 2007:33.

<sup>63</sup> Se trata de un modelo que guarda cercanía con el caciquismo español del siglo XIX, el “patrone” de la sociedad mediterránea, el clásico partido de los “notables” de la dinámica socio-política local clientelista de los países latinoamericanos. La “máquina política” usa instrumentalmente al partido para mantener y reproducir el intercambio electoral por favores políticos.

público en la política social<sup>64</sup>; mientras, sus antagonistas<sup>65</sup> se caracterizan por un menor grado de tolerancia en cuanto a asuntos y derechos sociales, así como preferir menos gasto público, y sobre todo, el recorte o desaparición del gasto social.

A diferencia de aquellos patrones, el “Nuevo Populismo Fiscal” se muestra conservador en cuanto al gasto público y liberal en cuanto a derechos sociales, presente en todos los sistemas políticos contemporáneos<sup>66</sup>. Se trata de una combinación que no encaja con la coherencia que, como tipos ideales, muestran izquierda y derecha (liberal y conservadora), ni tampoco con las preferencias que caracterizan a la máquina clientelista (conservadora en lo social y liberal en cuanto al gasto público). Este menjunje de preferencias descubre a sus líderes alejados de la máquina del partido, aunque mantienen su carácter “populista”: hacen del ciudadano medio su referente, transformando al “populismo” en una estrategia adaptativa en atención a sus demandas. Tal enfoque de la “Nueva Cultura Política” postularía que se trata de un modelo diferente al clientelista, porque:<sup>67</sup> el porcentaje de votantes que no se identifica con partidos políticos aumentó, emergieron movimientos ecologistas trascendentes, aparecieron liderazgos que trastocan programas establecidos, al menos en apariencia<sup>68</sup>, creció el fundamentalismo religioso y movimientos sociales para lograr mayor democracia, descentralización, libertades individuales<sup>69</sup>. En definitiva, la “Nueva Cultura Política” se distingue por siete aspectos claves: 1) la dimensión clásica de izquierda-derecha ha sido transformada; 2) los asuntos sociales y fiscales u económicos están explícitamente diferenciados; 3) los sociales tienen mayor preeminencia; 4) el individualismo social y de mercado crece: se opone al estatismo, impulsa el escepticismo hacia las políticas de izquierda (nacionalización de las industrias y crecimiento del estado de bienestar); 5) el estado de bienestar es cuestionado: tiende a mejorar su eficiencia; 6) la participación ciudadana es ampliada al mismo tiempo que las organizaciones políticas jerárquicas decaen; y 7) tales postulados tienen amplia penetración en las sociedades más educadas.

Demasiadas y nuevas variables de cuestiones que la historia remozca cíclicamente, y tal vez demasiado para el Poder Judicial de estos tiempos.

## **VI. Ley y derecho**

Ya anunciamos que entender qué es derecho no es un interrogante inconcuso<sup>70</sup>. Ahora, precisamos que el derecho incluye las normas en actas legislativas, en los códigos y reglamentos, las prácticas formales e informales que

<sup>64</sup> Demócratas en EE.UU.. En Argentina: ¿?.

<sup>65</sup> Republicanos en EE.UU. En Argentina: ¿?.

<sup>66</sup> Navarro, 2007:37

<sup>67</sup> Clark, Terry e Inglehart, Ronald, 2007:51

<sup>68</sup> Mitterand, Clinton, Blair, Obama, Menem, Kirchner, Lula

<sup>69</sup> China, ex URSS, Europa Oriental.

<sup>70</sup> Conf. nota 6 y definiciones de la Corte Suprema: Cap.1.2.

acompañan la interpretación y aplicación de las reglas, comprende un grupo complejo de actores sociales e instituciones especializadas, involucra una forma de razonamiento que expresa aspiraciones ideológicas y es un componente de cada política pública<sup>71</sup>.

Desde otra arista, se reconoce que la ley deriva su autoridad y eficacia del proceso político y por ende se dice que el derecho es la práctica de la política por otros medios. Sin embargo, el derecho también es considerado como la personificación de la justicia y la neutralidad.

Así, no es fácil establecer la delimitación precisa entre el derecho y la política. Los jueces aplican estándares técnicos para interpretar la ley y se supone que esto los protege de las presiones directas del sistema político. Sin embargo, la interpretación legal no es un proceso mecánico de deducción lógica a partir de reglas generales. También responde y refleja las presiones sociales, políticas y económicas del ambiente. Como resultado, el sistema legal necesariamente refleja atributos del sistema político al cual pertenece<sup>72</sup>.

Si concluimos que la autoridad del derecho reside en el hecho de que los ciudadanos tenemos la reconocible necesidad de actuar en conjunto sobre diversos asuntos<sup>73</sup> o de coordinar nuestros comportamientos en determinados ámbitos con referencia a un esquema común, dicha necesidad no desaparece porque tengamos desacuerdos. Aceptado este fundamento de autoridad jurídica concluimos que la función esencial del derecho es construir esquemas comunes y orquestar la acción colectiva en circunstancias de desacuerdo, y es precisamente en este escenario cuando la ley y el derecho chocan según el sentido de la justicia que la política haya elegido<sup>74</sup>. Y eso es normal<sup>75</sup>. Aclaremos mediante la cita de Gutman, 1996: 263<sup>76</sup>:

En la concepción deliberativa de la democracia, deberíamos esperar que la democracia genere continuamente descontento con los resultados políticos porque la comprensión moral de los seres humanos es inadecuada para la tarea de determinar lo que es justo de una vez por todas. Deberíamos por lo tanto esperar un amplio descontento incluso con respecto a decisiones democráticas legítimas o provisionalmente justificables.

## **VII. Democracia**

La democracia es el único sistema de gobierno que garantiza el debate crítico de concepciones y medidas políticas, favoreciendo la percepción de sus posibles errores y de los intereses que puedan subyacer en ellas. Es también la única

---

<sup>71</sup> Faundez y Angell, 2005:93.

<sup>72</sup> Faundez y Angell, 2005: 94.

<sup>73</sup> Vamos a respetar el color rojo del semáforo para detener la marcha del rodado (v.g.).

<sup>74</sup> Indultos dictados en nuestro país al final del siglo pasado (v.g.).

<sup>75</sup> Waldron, 2005:14.

<sup>76</sup> Waldron, 2005:15.

forma política que reconoce la autonomía y dignidad moral de los ciudadanos al atribuirles en conjunto la responsabilidad por la construcción del marco social en el que se desarrollarán sus propios planes de vida...A pesar de su superioridad moral, el sistema democrático es inestable y delicado: su destrucción se opera en un santiamén, mientras que su restablecimiento y preservación son terriblemente arduos. Ello es así, porque, en primer lugar, la democracia requiere actitudes de tolerancia hacia las diversas opiniones y de respeto a las reglas de juego aun cuando ellas den lugar a resultados adversos...En segundo término, la democracia exige también políticos profesionales y partidos políticos (organizados democráticamente) que sean respetados. Esto requiere, a su vez, vencer escrúpulos de mucha gente (sobre todo de los intelectuales) a tener una participación activa en los partidos políticos. Mientras no hagamos ese intento, no tenemos derecho a criticar a los políticos actuales...en medio de la indiferencia generalizada<sup>77</sup>.

Así, de las tres actividades fundamentales a las que constriñe el hombre su vida en la tierra: *labor*: todas aquéllas cuyo motivo atienden las necesidades de la vida (comer, beber, dormir), *trabajo*: utilización de la materia para producir objetos, es en la *acción* en la cual el hombre desarrolla la capacidad que le es propia: la capacidad de ser libre –que no es la mera capacidad de elección–sino que es la capacidad para trascender lo dado y empezar algo nuevo, dado que el hombre sólo trasciende la naturaleza cuando *actúa*<sup>78</sup>. Creemos que este el sentido del reto que nos provoca Nino.

### **VIII. Tregua tercera: El derecho incómodo con la democracia**

Es que en esta *actuación* de la democracia estamos todos en la misma bolsa: jueces y políticos, legisladores y clientes, consumidores o ciudadanos, moviéndonos al ritmo del cacerolazo de esta democracia piquetera que se moldea constantemente entre izquierdas y derechas que ya no existen o que se confunden exitosamente; mientras, producimos leyes, desatendemos las existentes y la comisiones de estudio del Congreso se convierten en usinas inagotables de proyectos que esperan su oportunidad de hacer justicia.

Uno de los oscuros secretos de la teoría del derecho contemporánea es su incomodidad con la democracia cuando fija de manera simplista el centro de atención en los altos tribunales, en su forma de selección, y en las consecuencias de sus prácticas, marginando o subestimando la legislación, esto es: nadie duda que los parlamentos son instituciones adversariales que operan de hecho en un contexto de desacuerdo cacofónico. Los partidos políticos, con puntos de vista opuestos sobre la justicia social, compiten por controlar el parlamento y las leyes

<sup>77</sup> Nino, 2007:187

<sup>78</sup> Arendt, 2008:VIII

finalmente producidas representan la prevalencia a corto o medio plazo de un punto de vista sobre los demás. Bajo esta concepción, la autoridad de una ley equivale a la autoridad de la persona o grupo parlamentario que presentó el proyecto de ley, que lo votó e impulsó en las diferentes legislativas. En casi todas las sociedades del mundo las leyes son aprobadas por asambleas<sup>79</sup> que representan, en su diversidad, los principales desacuerdos sobre la justicia, promoviendo leyes que tienen autoridad en nombre de todos los ciudadanos y no sólo del grupo o mayoría que las votó, con lo que nos encontramos con la tiranía de la mayoría<sup>80</sup>. De ahí la necesidad de límites constitucionales a las decisiones legislativas.

### **IX. El juez solo controla**

Roberto Gargarella<sup>81</sup> instruye que fue Alexander Hamilton<sup>82</sup> quien procuró defender el control de constitucionalidad planteando:

¿Cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo, esto es, por los representantes de la ciudadanía?; ¿cómo puede ser que en una sociedad democrática termine primando la voz de los jueces – que no son elegidos directamente por la ciudadanía y cuya mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular – sobre la voz de la ciudadanía? Hamilton contestó: mi razonamiento no supone de ningún modo tal superioridad. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la constitución, los jueces deberán gobernarse por la última con preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

Para Gargarella los argumentos tan sencillos de Hamilton invertían las eventuales críticas al poder judicial. Para éste el verdadero peligro, la verdadera amenaza a la autoridad suprema del pueblo surgía si se le negaba a los jueces su capacidad revisora.

Esta argumentación fue tomada por el juez Marshall en “Marbury v. Madison” (1803). Sin embargo, nuestro constitucionalista<sup>83</sup> refuta tal hipótesis: históricamente, cuando apunta que buena parte del pueblo (esclavos, negros, mujeres, pobres) no redactó la constitución; con el paso del tiempo: cuando cambia el valor del consenso popular; y, por último, Gargarella sostiene que los jueces asumen en casos complejos la tarea de “desentrañar” posibles respuestas a los dilemas constitucionales: reemplazan a los legisladores.

<sup>79</sup> Congreso: Cámara de Diputados y Senadores, legislaturas provinciales, concejos deliberantes.

<sup>80</sup> Waldron, 2005:19.

<sup>81</sup> “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, Isonomía, nº6/Abril, 1997.

<sup>82</sup> “El Federalista”, nº 78, de James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, FCE, México, 1957.

<sup>83</sup> Gargarella, 1997:57-58

Así una corriente doctrinaria y jurisprudencial<sup>84</sup> sostiene que el juez no es un *dominus* de la sociedad y que hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo su marco de acción, que encierra la problemática de todos los tiempos referida a los confines del derecho y la política y a la cuestión para algunos irresuelta que para algunos implica reflotar la consabida tesis del *gobierno de los jueces*, que se caracteriza por la falta de legitimación democrática e incapacidad para responder a las múltiples necesidades sociales<sup>85</sup>.

La extralimitación de los jueces fue advertida por Roosevelt en Estados Unidos en 1913, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado “darwinismo jurídico”, se opuso a toda regulación legislativa de la economía, salarios mínimos, jornadas de labor. Se caracterizó el período por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas (*Schwartz, Le droit aux Etats Unis, une création permanente, pps.125, París, 1979*). Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del “New Deal”<sup>86</sup>.

Sin embargo el ordenamiento delega en los órganos judiciales la facultad de inferir el criterio necesario para resolver conflictos: (v.g.) graduar la pena, determinar el monto de una indemnización justa. Ello porque en estos supuestos es el juez el primer destinatario del orden jurídico. Es que el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente.

## **X. Las decisiones de los tribunales pueden cambiar una Nación**

En mayo de 1954, en el caso “*Brown vs. Junta Escolar*”, el Tribunal Supremo de EE.UU decidió que las escuelas públicas racialmente segregadas eran inconstitucionales y fue aclamado como un gran triunfo legal, histórico porque fue el primero de su clase que tuvo éxito.

Recientemente se ha estudiado<sup>87</sup>, con enjundia, que desde siempre la Corte Suprema de Justicia de la Nación negó la posibilidad de control de constitucionalidad de oficio afirmando que los actos legislativos se presumen válidos, que esa posibilidad exige un amplio debate y violaría la división de poderes. Esta manera de ejercer la jurisdicción se mantuvo hasta 1983 pues no les corresponde a los jueces declarar la inconstitucionalidad de una norma legislativa o de un acto administrativo, si no ha sido planteada expresa y fundadamente por parte interesada en una causa judicial<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Sesin, 2003: 1264

<sup>85</sup> García de Enterría, 1985:168

<sup>86</sup> Sesin, 2003: 1265

<sup>87</sup> Vitantonio, 2009:6

<sup>88</sup> Fallos 190:142; 251:456 y 269:225; 234:35; 202:249; 242:212; 252:328; 254:201; 261:278; 269:225.

En efecto, en 1983 tal postura cede con la asunción de los ministros Fayt y Belluscio<sup>89</sup> y se patentiza en “Mill de Pereyra”<sup>90</sup> (2001), cuando la Corte recepta la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad del plexo normativo.

Sin embargo, desde el 2006<sup>91</sup> la Corte restringe la posibilidad de que los magistrados examinen de la oficio la inconstitucionalidad de las normas en aras de no violentar el principio de congruencia y, por tanto, la garantía del debido proceso.

## XI. Final

Flotamos en un mar de desacuerdos, ni siquiera nos ajustamos a un concepto apacible de: “derecho”, “democracia”, menos aún de “moral” o “política”, pero las discrepancias por la posesión de la verdad<sup>92</sup> es lo que nos mantiene vivos, desde Homero a la fecha. También, observamos que la gente actúa con ferocidad e indignación en defensa<sup>93</sup> de las respuestas que considera correctas y que a menudo actuamos con burda hipocresía cuando fingimos nuestras creencias y emociones.

Advertimos que los jueces discrepan entre sí sobre los mismos puntos sobre los que lo hacen los ciudadanos y sus representantes (los políticos) y que los jueces en la sala del tribunal también toman sus decisiones mediante el voto de la mayoría, por tanto, es imposible separar al juez de la política y sus procedimientos lo que impide asegurarnos que el juez prometido se identifique con el conseguido<sup>94</sup>.

Es que el *hombre de convicción* dice aquello que piensa y hace aquello que cree sin detenerse a medir las consecuencias porque para él la autenticidad y la verdad deben prevalecer siempre y están por encima de consideraciones de actualidad o circunstancias. El *hombre responsable* sintoniza sus convicciones y principios a una conducta que tiene presente reverberaciones y efectos de lo que dice y hace, de manera que sus actos no provoquen catástrofes o resultados contrarios a un designio de largo alcance.

Para aquel (*el de la convicción*), la moral es ante todo individual y tiene que ver con Dios o con ideas y creencias permanentes, abstractas y disociadas del

---

<sup>89</sup> *Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario*, Fallos 306/1:303, reiterada en *Pérez c/ENTEL*, 310:190; en *Peyru*, 310:1401 y en *Coppola*, 311:1893.

<sup>90</sup> LL, 2001-F: 891.

<sup>91</sup> *Gómez*, del 27.12.06, Fallos329:5903 y *Strangio*, del 12.05.09 y nuestro capítulo I.2.

<sup>92</sup> *Perez Lindo*, 1998:10: Seguimos sin resolver viejos enigmas, la irracionalidad más cruda coexiste con el apogeo de la ciencia y de la técnica. Nuestro comportamiento ético no corresponde a nuestros progresos intelectuales

<sup>93</sup> “Quien sabe que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas”: Carlos Cossio (1957) *La Política como Conciencia*: Epígrafe de la ob.cit.de Herrendorf.

<sup>94</sup> Como bien lo señala Vargas Llosa, 2009:21-26, fue Max Weber quien distinguió con sutileza la moral de la responsabilidad: connatural al político, de la moral de la convicción: lujo de los irresponsables.

inmediato acontecer colectivo; para éste (*el responsable*), la moral es indisociable de la vida concreta, de lo social, de la eficacia de la historia.

Ninguna de las dos morales es superior a la otra; ambas son de naturaleza distinta y no pueden ser relacionadas en un sistema jerárquico de valores, aunque en contados casos –los ideales– se confundan en un mismo individuo, en una misma acción. Lo frecuente es que aparezcan contrastadas y encarnadas en sujetos diferentes, cuyos paradigmas son el intelectual y el político.

Profesamos que cuando se mezclan, el juez prometido se convierte en el conseguido mediante el uso irremediable del tiempo, que lo cura todo.

Como los tribunales son también un foro de toma de decisiones sociales en un contexto de desacuerdo, en nuestro sistema, el control de los jueces de la constitucionalidad de las leyes es la única herramienta para mantener la paz y proteger derechos individuales y sociales y el instrumento que revele una política que desdeñe al Estado de Derecho. Para eso habrán de asimilarse el juez prometido por la Constitución con el conseguido por un Consejo de la Magistratura una Escuela Judicial o lo que se nos ocurra, pues ciertamente *“los hombres, aunque han de morir, no han nacido para eso sino para comenzar”*<sup>95</sup>.

**Juan José Varela**<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Arendt, 2008: IX.

<sup>96</sup> Juez del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial Norte del Poder Judicial de la Provincia de Tierra del Fuego.