



myf

232

Dr. Franco
GATTI

EL ACONTECIMIENTO JUDICIAL. INTERSTICIOS ENTRE INDEPENDENCIA Y DEMOCRACIA

myf

233

1. La independencia judicial como garantía funcional y como derecho humano

Montesquieu, sintetizó con claridad las ventajas de la Monarquía parlamentaria inglesa, en momentos en que las fuerzas sociales en ascenso necesitaban elaborar una alternativa a la Monarquía Absoluta. Esquematisó, además, la separación de funciones del gobierno en tres «poderes» que se contrapesan y garantizan las libertades individuales¹ (Fayt 1994:11). Este sistema de frenos y contrapesos delineado en Europa fue una idea fuerza en la independencia de las trece colonias del norte americano. La Convención Constituyente de 1787 enunció la necesidad de que «*el poder de hacer las leyes había que mantenerlo aislado del poder de interpretarlas*», y este último le correspondía exclusivamente a los departamentos de los tribunales. Así fue que el artículo III de la Constitución definió que «*se depositará el Poder Judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso*

instituye y establezca en lo sucesivo. El Poder Judicial se extenderá a todos los casos en derecho y equidad, que surjan conforme a esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos, y los tratados celebrados, o que se celebren, de acuerdo con su autoridad».

De acuerdo con lo dicho, se forjó en Norteamérica una verdadera bisagra respecto de la teoría de la división de funciones, especialmente en lo referido al Poder Judicial. Y no es inocente la utilización de la voz «poder», puesto que parte de importancia de este proceso estuvo dada por conceder a la justicia el status de poder, rompiendo con un modelo, aún vigente en determinados Estados, que la concebía como una mera ramificación de la administración.

La influencia en Argentina de los principios e instituciones de la organización judicial norteamericana fue tardía, pero no por ello menos intensa. Hasta la sanción de la Constitución de 1853 los jueces de la Confederación aparecían subordinados al Poder Eje-

cutivo y a la intervención tanto de éste como del Legislativo. El proceso constituyente culminó por garantizar, bajo los mismos lineamientos norteamericanos, la independencia de los magistrados a través de la inamovilidad de sus cargos y la irreductibilidad de sus remuneraciones.

Por su parte, en la escena internacional, distintos instrumentos sobre derechos humanos han establecido, por ejemplo, el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8). Consecuentemente, y en los términos normativos referidos, existe una garantía de independencia de los magistrados –y de la magistratura–, pero además es pertinente hablar del derecho de toda persona a acceder a instancias jurisdiccionales independientes. A una similar conclusión se arribó en la «Cuarta Conferencia Nacional de Jueces de la República Argentina», afirmándose que la independencia del Poder Judicial es una garantía no sólo en domi-

nio de los jueces, sino de todos los ciudadanos para que sus derechos sean respetados y se pongan límites a los poderes, en miras de alcanzar un genuino equilibrio republicano.

Conceptualmente, la independencia puede entenderse como «*la ausencia de sumisión a instrucciones diferentes de la ley, y visto desde el ángulo opuesto es la sujeción a la ley por parte del juez en la adopción de una decisión concreta y responsable frente a más de una posibilidad; por lo que consiste, en pocas palabras, en su libertad como intérprete*»² (Bielsa, 1992:932). Definitivamente, esta noción no admite ninguna confusión con la idea de neutralidad, que se presenta, en palabras de Alf Ross, como «*psicológicamente insostenible. El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al Derecho esté profundamente arraigada en el espíritu del juez, como actitud moral y profesional, ver en ella el único móvil o factor es aceptar una ficción. El juez no es un autómatas que en forma mecáni-*

ca transforma hechos, reglas y normas en decisiones»³ (Ross, 1994:65).

2. La singularidad del acontecimiento judicial

Establecidas, de modo preliminar, las bases de la independencia judicial, es prudente reflexionar acerca de las características que asumen las decisiones de los jueces y los diversos modos de pensar sus márgenes de actuación.

Desde la escuela de la exégesis hasta esta parte, se ha desarrollado cierta tradición teórica, con matices diferentes y propios de los alternativos contextos, que pretende encontrar en el juez una figura ceñida a la aplicación jurídica, encomendada a la subsunción de la complejidad del caso en la supuesta completud de la generalidad normativa. El propio Atienza, en su reciente obra sobre argumentación legislativa, pretende distinguir los contextos institucionales de producción normativa y aplicación judicial, y sostiene que, mientras la legis-

lación es esencialmente innovadora, la justificación judicial está atravesada por un criterio «conservador»⁴ (Atienza, 2019:90).

Sin embargo, desde otra perspectiva, sostenemos que si bien es cierto que la ley debe ser conservada en el acontecimiento judicial, también éste implica una ruptura, esto es, no se trata de un mero acomodamiento de la norma sino de una acción que en sí misma conlleva una suerte de violencia disruptiva. El juez interrumpe, para instaurar una realidad diversa y debe hacerlo, necesariamente, a través de la pregunta, de la interpelación a la normatividad y la asignación de un sentido.

Derrida plantea que este acto de interpretación que el juez realiza del cuerpo de normas tiene valor realizativo, «*el surgimiento mismo de la justicia y del derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una fuerza realizativa, es decir, implica siempre una fuerza interpretativa*»⁵ (Derrida, 1997:32). Ahora bien,

según el autor, la operación que consiste en fundar, inaugurar, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia realizativa y, por tanto, interpretativa, que no es justa o injusta en sí misma y que ningún derecho previo y que ninguna fundación preexistente podría garantizar. Las palabras del juez no describen sino que constituyen, no describen una realidad sino que tratan de instaurarla.

El sistema de control de constitucionalidad difuso da cuenta de un sinnúmero de experiencias que ejemplifican la singularidad y el carácter instaurativo del acontecimiento judicial. La declaración de inconstitucionalidad por omisión (CSJN, Fallos 315:1492) se eleva como un supuesto claro donde el acontecimiento judicial se extiende hacia lo no dicho, hacia lo no hecho por el legislador. En igual sentido, la determinación de una inconstitucionalidad sobreviniente implica que la acción realizativa jurisdiccional forje un nuevo sentido atribuible al mismo enunciado normativo que, tiempo atrás, no era cuestionado en su com-

patibilidad con la Constitución.

En suma, la decisión no está contemplada totalmente en la norma y no debe estarlo, por necesidad. Sólo hay justicia si la decisión, que se basa en la norma, logra trascenderla, ya que su mera aplicación automática no atiente al caso concreto. La decisión del juez no es una simple elección entre una cosa y la otra una acción del sujeto que genera un hecho, el cual tiene consecuencias que recaen sobre el propio discurso desde el cual la acción misma fue generada. No sólo impacta en la vida –o la suerte– de aquel sobre el que falla y por su intermedio sobre el cuerpo social que necesita la regulación de la justicia, sino que transforma el cuerpo mismo del Derecho. O mejor dicho, una verdadera decisión no debería ocurrir sin conmovirlo.

3. Legitimidad y democracia en el Poder Judicial

Previamente sostuvimos que la de-

cidión de un juez no debe necesariamente seguir acríticamente el contenido de una norma general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor por un acto de interpretación reinstaurador, como si la inventara él mismo en cada caso. Sin embargo, semejante tarea que puede incluso poner en crisis la producción legislativa es reiteradamente cuestionada desde el cuestionamiento a su legitimidad.

En su «Diccionario de política», Bobbio distingue dos significados de la legitimidad: uno genérico y uno específico. El primero se expone prácticamente como sinónimo de justicia o razonabilidad, mientras que el significado específico refiere al atributo del Estado consistente en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia. Así, la búsqueda de una legitimidad democrática o el «argumento democrático» se posiciona como un sitio de recurrencia común para discutir los esquemas de actuación judicial.

Apriorísticamente, la democracia se

vincula estrecha y especialmente con la idea de «mayoría» y en el ámbito de las formas de gobierno, como aquella sustentada por el voto popular. A través de esta óptica, el cuestionamiento parecería lógico: ¿qué razones habilitan a un puñado de hombres y mujeres elegidos por fuera del sistema electoral para ejercer uno de los poderes del Estado e incluso para declarar la inconstitucionalidad de las normas? De hecho, una atendida corriente encabezada por Holmes ve una tensión entre «constitucionalismo» y «democracia»⁶ (Holmes, 1999:219). La mayor parte de los críticos del constitucionalismo y, por ende de la conformación del Poder Judicial, han basado sus posiciones, como se previó, en el principio mayoritario, fundamento de la democracia entendida en sus términos tradicionales.

En este contexto, el proceso de designación de los magistrados ingresa como principal objeto de controversias. Al respecto, algunos Estados americanos colocan en sus constituciones el nombramiento de los jueces –de Dis-

trito y Circuito– en manos de la Corte Suprema⁷, Venezuela, por su parte, elabora un sistema de concursos de oposición a cargo de los Tribunales de Circuito⁸ –a pesar de que la cláusula pretende incorporar la participación ciudadana en la selección–. El método esbozado por el texto constitucional brasileño tiene caracteres singulares, puesto que a través del Estatuto de la Magistratura se intenta conformar un ingreso al Poder Judicial progresivo y otorgando un especial lugar a la Orden de los Abogados de Brasil⁹. Mención distinguida merece la incorporación por parte de Argentina, tras la reforma constitucional de 1994, del denominado Consejo de la Magistratura, sin perjuicio del artículo 150 de la Constitución peruana que en igual sentido refiere al Consejo Nacional de la Magistratura¹⁰. Estos Consejos nacieron en Europa hacia mediados del siglo xx, con la finalidad de garantizar la independencia externa del Poder Judicial, sobre todo en cuanto al nombramiento, ascenso, designación y traslado de los magistrados –limitando a los Ministerios de Justicia, en

aras de un «autogobierno» judicial–. Las críticas referidas a este modelo importado en América Latina se centraron en los peligros vinculados con convertir a la judicatura en un poder aislado y hasta irresponsable. Pero ello parece encontrar solución en la composición heterogénea que dispone, por ejemplo, el ordenamiento jurídico argentino. No sólo conforman el Consejo de la Magistratura los jueces, sino también abogados de la matrícula federal, referentes del ámbito académico y científico, legisladores e incluso se prevé representación del Poder Ejecutivo¹¹.

Si bien en los mecanismos citados puede advertirse cierta pluralidad en la conformación, está claro que el acceso a cargos judiciales no requiere del consenso popular directo. En consecuencia, suele catalogarse al Poder Judicial como «contramayoritario», ubicado en un sitio diferencial en relación con las demás funciones del poder. A pesar de la ello, los jueces están habilitados para declarar la inconstitucionalidad de las normas –

dictadas por representantes populares – y dejarlas sin efecto en el caso concreto. Por lo cual, una sentencia firmada por un sujeto designado bajo un sistema distinto del mayoritario, tiene la potestad de valorar y, eventualmente, dejar de aplicar una ley emanada del Congreso de la Nación, por ejemplo. Ello arroja una disyuntiva, que se traduce en entender a toda decisión mayoritaria como democrática e imposible de ser inobservada o en reconocer la chance de que un poder «contramayoritario» pueda revisar las decisiones de los representantes popularmente elegidos.

Aunque el fuego cruzado planteado parecería, a priori, imposible de resolverse sin optar determinadamente por una de las opciones, cierta doctrina ha echado luz sobre la cuestión. La expresión de Sunstein puede resultar útil, ya que sostiene que «*ni democracia, ni constitucionalismo son conceptos unívocos y, por lo tanto, ciertos tipos de democracia pueden ser o no compatibles con ciertos tipos de constitucionalismo*»¹² (Sunstein, 1999:344).

En efecto, entra en escena, necesariamente, la clásica distinción de Norberto Bobbio entre «democracia formal» y «democracia sustancial»¹³ (Bobbio, 1989:121). La primera alude a la forma de gobierno, –¿quién gobierna? y ¿cómo gobierna?– donde las decisiones son la expresión de la mayoría. Pero, la democracia sustancial se refiere al contenido de esta forma –¿qué es lo que se decide?– y agrega Ferrajoli «*la democracia sustancial se refiere a qué es lo que puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas al respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos por aquélla*»¹⁴. Tiene conexión con lo dicho la posición de este autor que entiende al derecho como un «sistema de garantías», distinguiendo dos niveles de legalidad de las normas: la vigencia, que hace referencia a la forma de los actos normativos y la validez que tiene que ver con el contenido, la sustancia de las leyes¹⁵. De esta manera, el

hecho de que la norma haya sido gestada como prescribe la Constitución y esté entonces vigente, no es suficiente para aseverar su validez.

Dworkin, al abordar el llamado «argumento de la democracia», sostiene que «no cabe duda de que, en términos generales, en una democracia el poder está en manos del pueblo. No obstante, es también a todas luces evidente que ninguna democracia brinda una auténtica igualdad de poder político. Muchos ciudadanos están totalmente privados, por un motivo u otro, del derecho a la representación». Además, los miembros de las minorías arraigadas en la comunidad poseen, en tanto individuos, menos poder que los de los otros grupos que, en tanto grupos, son poderosos. Estos defectos de carácter igualitario de la democracia son conocidos y, en parte, irremediables.

Así, se dibuja un límite en el campo de lo decidible por vía mayoritaria, debido a que ni siquiera por unanimidad es viable atentar contra el contenido

de ciertos derechos. La jurisprudencia argentina e interamericana, se ha expresado en este sentido. La doctrina del fallo «Simón»¹⁶ en nuestro país y la trascendencia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en «Barrios Altos vs. Perú»¹⁷, establecieron criterios claros sobre las llamadas «leyes de impunidad» o «normas obstáculos». Tanto las leyes de Punto Final y Obediencia Debida dictadas por el Congreso argentino, como las leyes de amnistía de la Legislatura peruana, implicaron una obstrucción en la búsqueda de la verdad de numerosos delitos de lesa humanidad. En efecto, normas emanadas del Poder Legislativo –constituido sobre el principio de la mayoría– hicieron mella en el esclarecimiento de violaciones a Derechos Humanos y atentaron, *per se*, contra el derecho de acceso a la justicia. Con mayor actualidad aún, la Corte Interamericana sentenció en el caso «Gelman vs. República Oriental del Uruguay» que la «Ley de caducidad» contravenía lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que

impedía la investigación y sanción de importantes atentados contra los derechos humanos. Se trató aquí de un supuesto particular, pues además de haber sido sancionada por un parlamento democrático, la ley cuestionada por el Tribunal regional fue ratificada por el pueblo uruguayo en dos ocasiones –a través de un referéndum en un primer momento y luego por medio de un plebiscito–¹⁸.

Planteado de esta forma, el control de constitucionalidad cobra particular relevancia para sostener y realizar la democracia sustancial, enfocada en la protección de los derechos humanos. Pero ello no se agota allí, en los últimos tiempos se ha consolidado el denominado «control de convencionalidad» a través del cual los jueces deben efectuar un doble test respecto de las normas, actos y omisiones, verificar, por un lado, su concordancia con la Constitución estatal y, por otro, la adecuación con los estándares que surgen de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia de los órganos competentes.

En suma, el contenido de la democracia no está circunscripto a la forma de gobierno, sino que hace pie en los mandatos constitucionales y, primordialmente, en la progresiva evolución de los derechos humanos, recogida luego de la segunda Guerra Mundial en distintos instrumentos internacionales. Ferrajoli sintetiza estas ideas, entendiendo que la «*actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un diálogo entre los distintos poderes del Estado, para la concreción de un programa jurídico-político establecido por la Constitución o por los Pactos de Derechos Humanos*»¹⁹ (Ferrajoli, 1994:125).

4. Conclusiones

La administración de justicia se realiza cada vez, para cada caso particular, esa singularidad exige ser considerada como algo nuevo y diferente, como una excepción incesante. El acontecimiento judicial asume el desafío de conciliar las existencias irremplazables que están presentes en el caso a

decidir con la generalidad prescripta en la norma.

La legitimidad democrática sintetizada en la legislación se enfrenta con la independencia judicial que permite, desprovista de coacciones e intromisiones, atribuirle un sentido para zanjar la distancia entre los dos registros antes indicados, el de la generalidad normativa y el de la singularidad del caso. Al respecto, ¿hay razones para concluir que es más probable que una decisión legislativa en materia de derechos sea más precisa que una decisión judicial? ¿Cómo se recogen en el discurso jurídico las voces desoídas por el legislador?

En esos intersticios entre la democracia formal, vehiculizada por la norma, y la independencia judicial, debería imponerse una concepción del estado de derecho centrada en los derechos –en términos de Dworkin– o la dimensión sustancial de la democracia. En la interrupción al proceso de deliberación que provoca el acontecimiento judicial radica la

oportunidad de actualizar la normatividad e instaurar una realidad más próxima a la diversidad de experiencias y a las necesidades vigentes. De ese modo quizás podremos decir, parafraseando la histórica expresión, que hay y habrá jueces en Berlín²⁰. ■

CITAS

¹ MONTESQUIEU EN FAYT, CARLOS, «La supremacía constitucional e independencia de los jueces», Buenos Aires, Depalma, 1994.

² BIELSA, RAFAEL, «La Independencia de los jueces y el Funcionamiento de los Tribunales» en *La Ley*, 1992 T. D.

³ ROSS, ALF, «Sobre el Derecho y la Justicia», Buenos Aires, Eudeba, 1994.

⁴ ATIENZA, MANUEL, «Argumentación legislativa», Buenos Aires, Astrea, 2019.

⁵ DERRIDA, «Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad», Madrid, Tecnos, 1997.

⁶ HOLMES, STEPHEN, «El precompromiso y la paradoja de la democracia», en «Constitucionalismo y democracia», México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 219.

⁷ CONSTITUCIÓN MEXICANA, Artículo 97.

⁸ CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA, Artículo 255.

⁹ CONSTITUCIÓN DE BRASIL, Artículo 93. Esta

cláusula establece un cargo inicial como «Juez substituto», otorgado a través de concurso público de pruebas y títulos, con la participación de la referida Orden de los Abogados. Luego define un sistema de promoción de magistrados.

¹⁰ CONSTITUCIÓN PERUANA, Artículo 150. «El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular».

¹¹ CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Artículo 114 «(...) *El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultante de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. (...)*».

¹² SUNSTEIN, CASS, «Constituciones y democracias: epílogo» en «Constitucionalismo y democracia», México, FCE, 1999.

¹³ BOBBIO, NORBERTO, «Estado, gobierno y sociedad», México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

¹⁴ FERRAJOLI, LUIGI, Ob. Cit., págs. 23 y 24

¹⁵ Con esta distinción, Ferrajoli critica la postura Kelseniana, en la cual se asimila la vigencia de la norma a su validez, sin perjuicio de una posición diferente frente al ordenamiento jurídico considerado en su conjunto.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, fallo «Simón»: La corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia debida, por considerarlas un obstáculo para el juzgamiento de delitos cometidos durante la dictadura militar acaecida en la Argentina (1976-1983)

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Barrios Altos vs. Perú», 14 de marzo de 2001. La Corte declaró que las leyes de amnistía N°26479 Y N° 26492 son incompatibles con Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues impidieron la investigación de los hechos en cuestión y el juzgamiento de los responsables.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Gelman vs. República Oriental del Uruguay», 24/02/2011. Respecto de la Ley de Caducidad la Corte afirmó: «*El hecho de que*

la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional.»

¹⁹ FERRAJOLI, LUIGI, «El Derecho como sistema de garantías» en «Derechos y garantías. La ley del más débil», Madrid, Trotta, 1994.

²⁰ La expresión «Hay jueces en Berlín» refiere al relato histórico en el que Federico II (rey de Prusia) había enviado a destruir un molino en ocasión de que afeaba su propiedad. Ante ello, el molinero reclamó a la Justicia obteniendo un fallo favorable. Frente a esta situación el Monarca, respetuoso de la justicia, pronunció «*veo con alborozo que aún hay jueces en Berlín*».