



# ***Jueces integradores y control de convencionalidad. Otro perfil de juez***

myf

190

**Dra. Gabriela Sansó**

Jueza de Menores N° 2 de Rosario

Desde hace años que se vienen escuchando las mismas quejas. Una letanía sobre la falta de ley para encarar algún asunto determinado. Y como la ley no llega, la queja se prolonga, hasta transformarse en hábito. Si no falta una ley para una cosa, falta para otra.

No es solo la opinión pública, cuando –por ejemplo– asocia la inseguridad a la falta de leyes más duras. También está enquistado en los operadores judiciales, que muchas veces vinculamos los obstáculos para administrar justicia, a la falta de leyes. Desde estos lugares, ronda constantemente el fantasma de la nulidad por inconstitucionalidad de procesos y prácticas, alentando así –en alguna medida– la idea de romper con todo, como mecanismo para que la ley aparezca. Esto sucede –entre otras cosas– con el tan vapuleado «sistema penal de menores», ya sea por la ley de fondo o por el procedimiento, que reclaman una reforma a gritos.

Sin embargo, además de la reforma, quizás lo que esté faltando sea cambiar un poco la mirada. Dar una oportu-

nidad a la creatividad y al pensamiento paralelo. Abandonar la queja y poder resolver los problemas, con la ley, pero de una manera diferente. Pensar cómo establecer otras soluciones, ya que los jueces y funcionarios tenemos una posición de privilegio desde una perspectiva holística del orden jurídico. El holismo considera que el «todo» (en este caso, el derecho o el orden jurídico), es un sistema más complejo que una simple suma de sus elementos constituyentes o, en otras palabras, que su naturaleza como ente, no es derivable de sus elementos constituyentes. El holismo defiende el sinergismo entre las partes y no la individualidad de cada una. Y como adjetivo, implica una concepción basada en la integración total y global frente a un concepto o situación determinada. Y ya veremos cómo, de ese modo, en la exploración del cuerpo normativo y del derecho –con sus preceptos y principios–, aparecerán sin duda las alternativas para trabajar –con respaldo legal–, y dejar de lado inhibiciones, producto de las ataduras de un esquema de pensamiento más sesgado.

Sería deseable que cada ley agote de principio a fin todas las alternativas y circunstancias que los conflictos intersubjetivos plantean. Y mucho más aún, que todo cambio cultural traiga consigo –y de inmediato– una legislación ajustada a los nuevos paradigmas. De este modo, el juez, devoto de la ley –y a quién se debe–, daría la respuesta exacta, copiando o transcribiendo el precepto normativo, con algún ajuste –menor– al que las circunstancias lo obliguen. Nadie podría temer a la discrecionalidad, ni a la falta de capacidad para generar ideas. Tampoco sería necesaria la doctrina, cuyas conclusiones nunca son unánimes. En la ley estaría todo. Sin embargo, la condición humana, su versatilidad, la diversidad de componentes de la vida social, la pluralidad de factores, etc., son inabordables en una sola ley, ni en varias. Asimismo, los cambios culturales y los progresos en el reconocimiento de derechos, propios de una civilización que avanza en busca del respeto a los derechos humanos, siempre ocurren antes. Las leyes suceden con creces a los cambios culturales, rara

## Claves Judiciales

Jueces integradores y control de convencionalidad. Otro perfil de juez

vez los anticipan y menos aún los generan. Tardan años en llegar, dejando en aparente orfandad anómica a algún sector del colectivo social.

Más allá de ello, aun cuando no este cuestionada la constitucionalidad de una norma o un sistema, la ley tampoco es algo concluido y acabado, que el juez aplica insensiblemente, tal como creía Montesquieu, cuando refería a los jueces como seres inanimados, ya que ni alma necesitaban para cumplir su tarea. Es cierto que la concepción tradicional, de origen continental, concibe al juez como órgano ejecutivo de ley. Pero, como todos sabemos, esa idea del juez «boca de la ley» fue pensada desde el iluminismo, para garantizar la libertad de los ciudadanos, en un contexto histórico y político determinado. Hoy en día –sin olvidar el principio de legalidad–, la sujeción a la ley no implica un apego ciego y absoluto a una ley dada. De los jueces se espera mucho más.

La idea de la Revolución Francesa de mantener a los jueces en la escrupu-

losa observancia del precepto legal, ha mutado sustancialmente. Por un lado, por la transformación operada en el paso del Estado de Derecho legal, al Estado de Derecho constitucional. Por otro lado, con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Control de Convencionalidad. Después de la posguerra, cuando se advirtió que cumplir la ley no siempre significa cumplir con el derecho, se operó una profunda transformación. Progresivamente el papel del juez ha cambiado, modificando el pensamiento de la escuela europea del siglo XIX, según el cual, todo el derecho estaba en la ley, hecha de la voluntad general infalible, apreciando solo la ciencia jurídica descriptiva, exegética, dogmática, no crítica.<sup>1</sup>

La doctrina de control de convencionalidad de la CIDH también viene haciendo lo suyo. Como señala el Dr. Sagüés<sup>2</sup>, este tema ha producido una revolución copernicana en la manera de aplicar el derecho nacional. Diseñada por la CIDH desde el año 2006, reclama a los jueces y demás órganos del Estado,

el control difuso y de oficio, para contrastar la compatibilidad de una norma con el *corpus iuris* internacional. No es solamente una doctrina, sino derecho positivo vigente y obligatorio, que surge de la jurisprudencia de la Corte. A partir «Almonacid Arellano» y luego de «Trabajadores Cesados del Congreso» los jueces deben hacerlo, incluso de oficio. Con «Radilla Pacheco» se abre el camino hacia un control constructivo y de interpretación «conforme», y con Gelman II, no solo los jueces deben ejercer el control, sino todos los órganos del Estado, y sus agentes. A través de esta doctrina se revela el valor creativo de la jurisprudencia. Se ha llegado a la elaboración de sentencias mutativas, nomogenéticas, que generan normas. Es el juez creador del derecho.

En los casos Almonacid Arellano y Trabajadores Cesados del Congreso (año 2006), la Corte les dijo a los Jueces que se pongan a trabajar con el control de convencionalidad. En el caso Radilla Pacheco (2009), les pide algo más. Comenta Sagüés que no es ya un tema de aplicación de normas sino de inter-

pretaciones legales y convencionales, interpretaciones del derecho nacional que deben ser conformes con el Derecho Internacional de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es la doctrina de la interpretación conforme que rige en el ámbito del derecho constitucional, que ocupa un lugar común e indiscutido y que después que el Tribunal Constitucional Alemán la adoptó, se divulgó por todo el mundo. La interpretación conforme es un mecanismo de rescate de normas. Si se puede encontrar una interpretación acorde con la Constitución, se elige esa y se descarta el resto. En este caso, la interpretación conforme es con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, la Jurisprudencia de la CIDH, y opiniones consultivas. Se traduce en dos formas de realizar ese trabajo: mediante la selección de interpretaciones y mediante la construcción de interpretaciones. Si se resuelve el problema con esos mecanismo, no hay que descartar las reglas locales, sino aplicarlas, pero con ese tamiz.

Con este control «constructivo» la labor para el juez –y los demás operadores judiciales– se complejiza, ya que la operación de confrontación de la norma con la Constitución y los Pactos no se agota en la comparación y el descarte. Exige una tarea con un compromiso aún mayor. Mediante la selección e interpretación, se toma la norma argentina y se compara con el resto del ordenamiento jurídico, en la inteligencia de que el derecho, es un todo. Se elige, se selecciona, y se construye. Se busca la ley y la interpretación que resulte más acorde desde la perspectiva de los derechos humanos.

En pleno auge de los tratados y convenciones, y la abundante jurisprudencia de la CIDH, la falta de una norma específica no debería ser un problema. Despojados de los límites de la exégesis, si a un contexto de Estado de Derecho constitucional, le sumamos la doctrina de la CIDH, se ilumina un camino que permite llegar a soluciones jurídicas fuera de «una» ley, pero «con» la ley. Con la ley que ofrece el orden jurídico en su integridad, mediante la

conexión de principios, fundamentos y operaciones mentales que le den un sentido al derecho en su conjunto.

Sobre la integridad del orden jurídico, el profesor Herrendorf<sup>3</sup> habla de que, aquello que nosotros resulta una novedad, ya lleva mil años de andar sobre la tierra en el sistema anglosajón. Dice que «Según la idea que persiguió el Common Law con tanto énfasis, el derecho está constituido por las costumbres generales e inmemoriales de los hombres (Blackstone), por la costumbre judicial perpetrada por los tribunales (Carter), por las sentencias actuales de los tribunales (Gray), por las actitudes de los jueces, incluyendo sus gestos más personales (Frank), por sentencias judiciales sistemáticamente fundadas en principios obtenidos de normas generales (Pound), o por las interpretaciones que los jueces hacen de las sentencias anteriores (*reports*), leyes y tratados (*convenements*), obteniendo de ellos los principios generales que los inspiran (Holmes). En terminología fenomenológica actual, esto último es una epojé fenomenoló-

## Claves Judiciales

Jueces integradores y control de convencionalidad. Otro perfil de juez

gica; se trata de una reducción psicológica (despersonalización), y eidética (generalización de una esencia), destinada a obtener la esencia de las colecciones normativas».<sup>4</sup>

No está en discusión la supremacía de la ley, por encima de la voluntad del juzgador. Lo que no se puede, es desconocer los beneficios de una justicia que pueda actuar con una mirada más creativa para la solución del conflicto. No solo despojándose de formalidades y ritualismos estériles, sino además, ahondado en la búsqueda del sentido de la ley, y logrando una integración cuyo efecto resulte útil.

Si todos los operadores judiciales ampliamos nuestro enfoque, frente a la situación de inconsistencia normativa en un sistema o aspecto jurídico determinado, podríamos pensar en resolver el problema, suplir el vacío, o dar el marco legal para encarar nuestro trabajo de una manera más acorde a los derechos y garantías que pretendemos, sobre todo en materia de derechos humanos. El orden jurídico in-

terno e internacional está repleto de normas, reglas y directrices, incluso sobre justicia penal juvenil. Si pensamos en los jóvenes y en la comunidad –a los que debemos nuestra dedicación–, de nada les sirve la queja sobre las incongruencias e inequidades a las que conduce el sistema. Por eso creo que –por ejemplo–, si jueces, defensores, asesores y fiscales examinamos el orden jurídico interno e internacional, y concordamos en acotar plazos, agilizar trámites, asegurar garantías, y demás cuestiones que nos alejan del sistema acusatorio, y los paradigmas de inmediatez e imparcial, podríamos allanar defectos derivados del ordenamiento jurídico vigente, con el consiguiente beneficio para los justiciables, teniendo en cuenta que la ineficiencia del sistema afecta a su interés superior. Toda decisión fundada y motivada conforme las operaciones de selección y análisis integral e integrador, otorga el verdadero sentido a la función judicial, a la hora de decir el derecho.

Los controles recíprocos que tienen los poderes disipan dudas sobre una

posible arbitrariedad, o mal entendida discrecionalidad. Por otro lado, la constante dinámica del derecho y el compromiso de los Estados más allá del límite de sus fronteras, exige a los jueces –y demás operadores judiciales– que no esperen soluciones hechas, sino que se pongan ellos mismos a elaborar respuestas, que construyan derecho.

En síntesis, hoy en día se espera que el juez sea mucho más que «la boca de la ley». Tampoco que sea un creativo, solo por sus íntimas convicciones. Prudencia y equilibrio permitirán una jurisdicción «nunca meramente declarativa y tampoco puramente creativa». ■

CITAS

<sup>1</sup> DR. RODOLFO VIGO, El Juez del Siglo XXI, conferencia publicada en YouTube. ios (2013).

<sup>2</sup> Conferencia Control de Convencionalidad, Centro de Capacitación y Gestión Judicial. Dr. Néstor Sagüés [www.justiciadetodos.org](http://www.justiciadetodos.org)

<sup>3</sup> DANIEL HERRENDORF, *El poder de los Jueces, Cómo piensan los Jueces que piensan*. Ed. Abeledo Perrot.

<sup>4</sup> HERRENFORD, Op. Cit. Pág. 89.