

Título: Decisiones, transgresiones y automatismos

Autor: Guibourg, Ricardo A.

Publicado en: LA LEY 28/03/2017, 28/03/2017, 1

Cita Online: AR/DOC/808/2017

¿Puede legislar el Ejecutivo? No: eso le está terminantemente prohibido por el artículo 73 inciso 3 de la Constitución. Pero sería imprudente establecer esa prohibición de un modo absoluto, porque pueden darse situaciones extremas en las que reunir al Congreso sea imposible (como una catástrofe que mate o hiera a la mayoría de los representantes), o tan urgentes que cualquier deliberación legislativa hubiese de llegar tarde (como un cambio monetario). Para supuestos de esa envergadura, y sólo para ellos, la norma constitucional autoriza lo que en general prohíbe. El resultado de todo esto es que, aun desde antes de 1994, el Ejecutivo dicta normas legislativas bajo forma de decreto cuando lo desea, cuando teme que el Congreso no apruebe su proyecto o, como sucedió una vez, cuando quiere apoderarse del crédito de una iniciativa de la oposición. Y nadie controla la necesidad ni la urgencia, si la administración puede trabar su tratamiento en alguna de las cámaras.

El ejemplo precedente es muy burdo, tanto como la sanción de un inciso contradictorio, escrito deliberadamente para ser burlado. Pero muchos otros casos, que consideramos más serios, permanecen insospechados, a la espera de que algún poderoso los tome a broma.

En efecto, vivimos en la ingenua creencia de que las leyes prescriben lo que dicen y que sus formas y condiciones están para ser cumplidas de buena fe por todos los que están de su lado: del otro lado quedan los delincuentes, los infractores, las malas personas; y precisamente para evitar, prevenir y castigar sus desaguisados se alza el sistema del derecho, colmado de normas de conducta y de sabias condiciones.

Es claro, sin embargo, que todo ese sistema no se mueve por sí solo: es preciso que algunos seres humanos lo encarnen y lo apliquen. Por eso elegimos democráticamente a nuestros representantes y pedimos especial cuidado en la selección de funcionarios y magistrados.

Ese es precisamente el punto donde el derecho corre el peligro de convertirse en algo distinto de lo que suponemos que es, o que debería ser. Para usar un ejemplo claro, la ley dispone que el homicida sea condenado a prisión de ocho a veinticinco años; pero pasar del dicho al hecho requiere que los jueces competentes, en última instancia, declaren que cierto individuo es autor responsable de un homicidio, y que interpreten la norma penal, no sólo a la luz de la semántica y la gramática, sino también de las previsiones constitucionales, los derechos humanos y los principios generales del derecho.

Tal situación es conocida desde hace milenios. Ya el poeta Juvenal había planteado —acaso en otro contexto— la pregunta crucial: ¿quién custodia a los custodios? Mucho más tarde, los sistemas constitucionales democráticos adoptaron el método de los frenos y contrapesos, que consiste en responder: los custodios se custodian entre ellos.

Sin embargo, aquellas enseñanzas parecen haber sido olvidadas. La división de poderes permanece, salvo en manifestaciones disruptivas como las del fallo "Peralta" (1), pero las leyes están repletas de directivas que requieren o permiten una apreciación subjetiva. En derecho de familia hay que atender al interés superior del menor; en derecho de daños, calcular el perjuicio moral; en laboral, valorar la gravedad de la injuria y —lo que es peor— el difuso carácter discriminatorio del despido; en penal, delimitar el concepto de arma de fuego; en internacional, fijar los límites del *ius cogens*; en procesal, ejercer la sana crítica para valorar las pruebas; en constitucional, determinar si una norma ha rebasado los límites de la competencia, contradicho una garantía o dejado de cumplir una forma suficientemente relevante.

Al sancionar un texto legal, el legislador piensa tener claras las condiciones, criterios y límites de las potestades que confiere, en forma expresa o implícita. Por eso imagina una razonable diferencia entre potestades regladas y potestades discrecionales. Lo que acaso no sospecha es el grado de fragilidad de esa distinción: una vez que una decisión ha sido confiada a un órgano, el cumplimiento de las condiciones y de los límites de esa delegación queda en manos del mismo órgano, a menos que otro superior (superior en influencia de hecho, no necesariamente en la pirámide formal de las jerarquías) sostenga un criterio diferente.

Los argentinos hemos probado en carne propia cómo —en democracia— un grupo que tenga el Poder Ejecutivo y amplia mayoría en el Legislativo puede apoderarse del Judicial y gobernar prácticamente a su antojo. Pero no hace falta llegar a tales extremos para advertir que, en la práctica, ninguna ley acaba por decir algo distinto de lo que los órganos predominantes quieran que diga.

Esta reflexión está lejos de ser novedosa: las teorías realistas del derecho vienen planteándola desde hace muchos años. Pero no pretendo sostener aquí esa teoría particular, sino advertir que el positivismo normativista,

y aun cualquiera de los iusnaturalismos predominantes, podrían extraer beneficios prácticos de tener en cuenta las circunstancias en las que se desenvuelve la vida jurídica.

Es claro que tales circunstancias no son siempre las mismas, en Suecia o en Siria, en Uruguay, Argentina o Venezuela. Algunas comunidades tienen una larga tradición de respeto por la ley (por su contenido, aun en el caso de quienes la transgreden), en tanto otras están más habituadas a una suerte de flexibilidad legal en la que resulta natural alegar argumentos político-jurídicos en contra del texto de la ley o de la constitución para satisfacer conveniencias coyunturales.

No es mi propósito predicar ahora alguna clase de formalismo literal interpretativo, pero sí señalar que, como lo enseña la historia, las precauciones de fondo ideadas por el legislador, por sabias que ellas sean, no son confiables cuando hay conflicto si no van acompañadas de controles efectivos. Y que, a falta de funcionarios y representantes iluminados por la infalibilidad, la mejor garantía a nuestro alcance (aunque no absoluta) es extremar el concepto de frenos y contrapesos para aplicarlo a todos los temas en los que realmente deseemos que las decisiones respondan a ciertos criterios.

Aunque sólo sea como ejercicio mental, imaginemos un sistema jurídico en el que toda decisión esté sujeta, si no a remedios recursivos (que, por más que se multipliquen, no hacen otra cosa que transferir el riesgo a otro nivel), a consecuencias total o parcialmente automáticas. Y no estoy hablando sólo de castigos penales, que no suelen ser eficaces, sino de efectos que puedan ser políticamente disuasivos.

En la constitución de Ecuador, el presidente, en condiciones extremas y sólo una vez en los primeros tres años de su mandato, puede disolver el parlamento y convocar a una nueva elección; pero, si lo hace, al mismo tiempo estará sujetando su propio cargo al resultado electoral. (2) En una línea conjetural semejante, la declaración de inconstitucionalidad de una ley podría acortar el mandato de quienes la hubieran votado; ciertas condiciones estadísticas (causas en trámite, sentencias dictadas, porcentaje de fallos revocados) podría disminuir la proporción necesaria en el Consejo de la Magistratura para sancionar o destituir a un magistrado, pero también a someter a referéndum la continuidad de los senadores que hubieran aprobado el pliego; una reforma constitucional que ampliara el período o la posibilidad de reelección del presidente podría no valer sino para el segundo mandato posterior al presente.

Tal vez las ideas que menciono por vía de ejemplo no sean las más acertadas. Es más: un abogado hábil (o cualquier ciudadano perspicaz) podría imaginar consecuencias contraproducentes de cada una de ellas, a poco que intervinieran la pasión política y la solidaridad del grupo dominante. Es verdad: acaso podrían imaginarse otras iniciativas diferentes, con tal que con ellas cada organismo, al usar sus facultades de acuerdo con sus propios criterios y valores, supiera que la transgresión no es gratuita, ya que, dadas ciertas condiciones objetivas, alguna consecuencia riesgosa derivará de ellas de pleno derecho y automáticamente, sin necesidad de ser apreciadas por otro órgano eventualmente susceptible de cooptación o corrupción.

No sería fácil concebir un sistema constitucional dotado de esa característica. Pero hay un incentivo para intentarlo cuando se advierte cómo y por qué las más preciadas garantías se convierten tan fácilmente en papel pintado por poco que medien decisiones humanas teñidas de espíritu partidario.

Viene al caso recordar una frase de Mariano Moreno: "El pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien, debe aspirar a que nunca puedan obrar mal." En efecto, la virtud es deseable e incluso exigible, pero no es prudente ni realista darla por sentada. ¿Cómo haremos, en una comunidad donde la tentación se halla tan extendida, para contener los excesos y limitar las falencias de quienes asumen el deber de la virtud? ¿Cómo haremos para que las excepciones no se conviertan en reglas, las facultades no caigan en la arbitrariedad, los favores no se conviertan en derechos ni viceversa, la función pública sea una tarea digna pero no un certificado de omnipotencia y, en resumen, las estipulaciones de la ley sean lealmente cumplidas en un promedio aceptable? El prudente juicio de los hombres justos se parece más a un ideal bíblico que a una solución operativa. Tal vez un bien diseñado sistema de automatismos abra un camino posible. O tal vez, en cambio, sólo nos quede seguir bebiendo un cóctel de resignación y esperanza. En cualquiera de los dos casos, la ceguera no es aconsejable.

(1) CS, 27/12/90, "Peralta, Luis A. y otro c/ Estado nacional (Ministerio de Economía - B.C.R.A.) s/ amparo".

(2) Esta previsión, contenida en el artículo 148 de la constitución ecuatoriana, ha recibido el nombre de "muerte cruzada".