

**Voces:** PODER JUDICIAL ~ JUEZ ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ FACULTADES DEL PODER JUDICIAL ~ INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ FORMA REPUBLICANA DE GOBIERNO ~ LEY APLICABLE

**Título:** La decisión judicial en casos constitucionales

**Autor:** Lorenzetti, Ricardo L.

**Publicado en:** LA LEY 01/11/2010, 01/11/2010, 1

**1. La era del orden y la del desorden. 2. ¿La era de los jueces? 3. El Juez como estadista, 4. La justicia para todos. 5. La justicia efectiva. 6. La justicia más cerca de la gente.**

**Abstract:** "Se necesitan jueces republicanos que sientan su misión en el poder judicial como el cumplimiento de la alta misión que la república les ha encomendado. El Juez republicano ejerce su enorme poder, con humildad, sin imponer sus propias convicciones, tratando de abrir campos para que la gente se pueda expresar libremente, protegiendo las garantías individuales y las instituciones."

La ocasión de celebrar un aniversario tan importante como el de la Editorial La Ley es excelente para plantear un tema que ha sufrido transformaciones a lo largo de este período y que la Revista Jurídica ha reflejado con gran fidelidad.

Existe una extendida percepción en la comunidad acerca de que los jueces tienen cada vez más gravitación en la resolución de los conflictos de todo tipo. No se trata sólo de una opinión sustentada en el sentido común, sino que también tiene su historia en la filosofía hermenéutica, cada vez más enfocada en el estudio del fenómeno de la relectura de los textos.

Para comprender las razones de esta enorme trascendencia que ha adquirido este tema, es útil recurrir al modelo del "orden-desorden", que se corresponde con la creación legislativa basada en una coherencia "a priori", contrapuesta con la creación judicial que busca una coherencia "a posteriori".

### **1. La era del orden y la del desorden**

Toda una generación de juristas ha sido educada durante una "era del orden", fundada en una única concepción formal del derecho, inspirada en la tradición filosófica inglesa del empirismo lógico y en la dogmática kelseniana. La lógica deontológica, propia de lo jurídico, la deducción como base del razonamiento, la remisión a una norma de reconocimiento fundante, y los principios de jerarquía, temporalidad y especialidad, fueron las bases de un sistema formal cuyo propósito fue la coherencia. De tal modo, el derecho es concebido como un sistema formal de coherencia lógica apriorística, es decir, una obra del legislador y de la dogmática que reproduce el modo de razonamiento.

Toda una generación de juristas educados en el orden vive ahora en una "era del desorden", en la que se ha producido un fenómeno de "materialización del derecho". El sistema es cada vez más abierto y permeable a la incorporación de criterios que provienen de otras áreas, de las que el divorcio no ha sido enteramente posible, como la moral, la sociología, la economía, o la técnica, que se introducen a través de principios, valores, conceptos indeterminados.

Podemos identificar como causas de este fenómeno a las siguientes:

En primer lugar se asiste a un fenómeno de descodificación creciente, tanto en el campo del derecho público como en el privado. El Código pensado como totalidad se enfrenta a la aparición de los microsistemas caracterizados por normas con un alto grado de autonomía, ya que presentan sus propias fuentes, sus leyes, reglamentos, interpretación, congresos científicos, con una especificidad que se acentúa hasta constituirse en subsistemas autorregulados.

La idea de que existe un sistema cerrado, formal, deductivo, único y excluyente es difícil de sostener cuando asistimos a un intercambio creciente de normas que provienen del derecho de la integración, los tratados de derechos humanos, los tratados en el campo económico, la exportación de modelos normativos transnacionales, la influencia del arbitraje, el surgimiento de microsistemas normativos autónomos en los derechos nacionales. Esto provoca un "big bang" legislativo, una explosión del código inicial que provoca el surgimiento de una multiplicidad de "planetas normativos", que presentan un cierto grado de autonomía.

Ello produce también cambios constantes por el grado de apertura del sistema. En el campo de la Constitución, el estatuto del poder está mudando en lo que respecta a los controles a las decisiones de las mayorías, la noción de democracia intermedia permanente que permite la actuación ciudadana continua, y la acentuación de los controles que ejerce el Poder Judicial a través de la reducción de las cuestiones no judiciales. El estatuto del ciudadano ha recibido el aporte de los derechos fundamentales que han revolucionado los textos constitucionales. La interpretación constitucional y el sistema de fuentes se han transformado en un tema de primerísimo orden. La textura de la norma constitucional está siendo reinterpretada en relación al multiculturalismo y la diversidad.

En el derecho privado, el código está dentro de un sistema que integra, pero que lo excede; la ley sigue siendo la fuente principal, pero hay que interpretarla en un contexto amplio de fuentes plurales. Ha surgido un derecho del consumidor que tiene normas de derecho público y privado, constitucionales, administrativas, procesales, penales, civiles. Lo mismo ocurre con el derecho bancario, de la competencia, ambiental, inmigratorio, y muchos otros.

En segundo lugar, se advierte un debilitamiento de las fronteras rígidas entre esferas independientes entre lo público y lo privado, para pasar un sistema de esferas comunicables. La mayoría de los conflictos de cierta importancia requieren la aplicación de ambos sistemas. En el campo público, por ejemplo, en el derecho administrativo, se advierte que temas como la responsabilidad del estado o los contratos tienen una creciente influencia del derecho privado. Inversamente, en el derecho privado, hay una fuerte influencia de lo público; por ejemplo en un tema típicamente iusprivatista, como el otorgamiento de una personería jurídica, hay temas públicos y constitucionales si se trata de una agrupación de homosexuales o del partido nazi.

En tercer lugar, hay una proliferación de conceptos jurídicos indeterminados. El legislador omite las definiciones tajantes y deja abiertas las cuestiones para que sean resueltas en casos concretos. En el derecho privado se han difundido nociones como la buena fe, la normal tolerancia, el hombre razonable, etc.

Los beneficios de la mayor flexibilidad y adaptación, generan también problemas muy serios en el área de la seguridad jurídica. En un sistema tan abierto como el descripto, todo es posible, cualquier argumentación parece legítima, y resulta muy complejo encontrar criterios de validación del discurso.

El problema es que la actividad interpretativa se sustenta sólo en la subjetividad del intérprete, y las referencias al texto son meramente instrumentales, para fundar una decisión que ya se ha tomado antes de leerlo. Esta interpretación "hermética" surge por una suerte de revelación de un principio oculto, sin límite alguno. Desde un determinado punto de vista cualquier cosa tiene relaciones de analogía, continuidad y semejanza con cualquier otra. Se percibe un exceso de asombro, una tolerancia semiótica, un apresuramiento evidente en la homologación de relaciones diferentes. Esta navegación sin rutas produce una saturación en la cual todo se anula; toda afirmación es posible, todo es discutible; se argumenta sin llegar a una verdad o sin convencer. En numerosos debates es frecuente advertir que se relacionan datos de órdenes distintos, se buscan principios ocultos, y es imposible encontrar algún método razonable.

Lamentablemente, en el Derecho también existen no pocos casos de interpretación hermética. Ello ha sido advertido por muchos autores que alertan sobre el "intuicionismo" de los jueces y la necesidad de respetar una dimensión de concordancia, ya que no se puede convalidar cualquier interpretación.

Podemos afirmar que el sistema es abierto y permite el ingreso de variados criterios de juzgamiento.

Todo ello hace que la actuación del intérprete sea decisiva.

La coherencia es "a posteriori", es decir, que se abre un amplio campo para jurista que debe "reconstruir" el derecho del caso mediante un proceso de selección de leyes, costumbres, ordenanzas, normas constitucionales, principios, valores.

## **2. ¿La era de los jueces?**

Para muchos autores ello abre una "Era de los jueces". Si el siglo XIX fue del legislador, en la actualidad hay un protagonismo de los jueces. No me parece que pueda realizarse una prognosis que aparece como apresurada y poco ajustada a lo deseable.

No hay dudas de que hay una mayor incidencia de la interpretación judicial, y que el legislador se muestra renuente o imposibilitado para tomar decisiones precisas en conflictos complejos, pero no es posible deducir de ello el desplazamiento. Es más apropiado hablar de diálogo de poderes en la medida en que las decisiones de uno y otro poder circulan, interactúan y el resultado final no es sino una mixtura.

Es cierto que hay una creciente demanda de protagonismo del Poder Judicial y las estadísticas muestran la creciente litigiosidad de los conflictos. Pero no es deseable que un poder que no tiene base en la voluntad de las mayorías electorales sustituya al parlamento. Por el contrario, el Poder Judicial, siendo contramayoritario, debe señalar límites pero no pretender hacer una política que sustituya a los demás poderes.

Puede afirmarse entonces que la ampliación de los espacios de indeterminación en el sistema jurídico genera una creciente litigiosidad y un mayor protagonismo del Poder Judicial.

Este hecho verificable incrementa la responsabilidad de los jueces hacia la comunidad y sobre ello nos extenderemos seguidamente.

## **3. El Juez como estadista**

Nos parece que es necesario, en primer lugar, hablar del "Juez como estadista". Es un juez que debe tener en cuenta las cuestiones de estado, la dimensión institucional de sus decisiones, las consecuencias económico-sociales que se producen al exceder un supuesto de hecho bilateral.

Uno de los aspectos más importantes de esta función es considerar al Juez constitucional como un "identificador de los consensos básicos de la sociedad". Para comprender este fenómeno es interesante contraponer dos modelos:

El modelo "concentrado-descendiente" parte de que las decisiones fundamentales deben ser adoptadas por una autoridad y de ella deben descender hacia los súbditos. Considera que el mundo está poblado por sectores que luchan de modo irreductible y la única salida es dominar o ser dominados; el acuerdo es considerado como una traición a las banderas que guían la batalla. Ello produce un antagonismo constante, una sociedad de opositores permanentes, y la solución del problema surge cuando una de las posiciones se impone a la otra. De allí que el interés general no surge de un acuerdo consensual, sino de su asimilación a razones de Estado, las que son definidas por grupos sectoriales, que van cambiando sucesivamente en el control de las decisiones.

La oposición no es simultánea, sino sucesiva, con lo cual se generan ciclos de cambios que hacen girar pendularmente las decisiones obstaculizando las políticas de Estado. El grupo que llega se legitima tomando distancia del que lo precedió y anunciando un nuevo período fundacional de la república.

La refundación constante genera un esquema de conducta procíclico que lleva a la reiteración de la crisis, porque todo lo que se hace de una manera, es destruido para volver a comenzar. Es como el mito de Sísifo que en la versión de Camus era asimilado al trabajo inútil, ya que Sísifo fue condenado a llevar una piedra hacia lo más alto de la montaña, y cuando llegaba, la piedra caía y todo volvía a comenzar.

Es evidente que la inestabilidad de las instituciones derivada de la falta de acuerdos básicos es uno de los aspectos que se deben solucionar.

El modelo "descentralizado-ascendiente" parte del supuesto contrario. La ley surge de un acuerdo básico entre los ciudadanos que deciden vivir en sociedad y asciende hacia los órganos que ejercen la autoridad son sus delegados.

Las diferencias son nítidas:

\* en el primero las nociones básicas de la sociedad surgen de la decisión de una autoridad central que domina e impone sus ideas, mientras que en el segundo surgen del acuerdo de los ciudadanos;

\* en el primero hay concentración mientras que en el segundo hay descentralización;

\* en el primero hay homogeneidad y en el segundo diversidad,

\* en el primero hay exclusión de grupos mientras que el segundo busca la integración,

\* en el primero hay resultados pacificadores en el plazo inmediato pero tensiones en el largo plazo; en el segundo, por el contrario, hay dificultades iniciales en el consenso, pero, una vez que se logra, es más duradero,

Los datos históricos son conocidos, pero nos interesa ahora su potencial como idea regulativa de soluciones relativas a la democracia y la justicia concreta.

El modelo "ascendiente" permite examinar las decisiones conforme a un estándar de razonabilidad, ya que imagina una situación ideal de diálogo, de naturaleza contrafáctica, es decir, que sirve para comparar el modelo con los hechos.

Ello presupone una noción dialoguista y consensual del funcionamiento democrático, en el que las concepciones no surgen de una autoridad central, sino de la descentralización decisional.

En base al modelo "ascendiente", se puede pensar que toda decisión sobre los fundamentos de la democracia, aun de la justicia concreta, pueden ser analizados conforme a si serían aceptados por los ciudadanos.

Se recurre a un acuerdo hipotético que toma en cuenta el grado de maduración que la sociedad muestra sobre la concepción de la justicia, entendida como los principios morales que aceptarían personas libres, iguales, racionales y razonables que permitan una convivencia basada en la cooperación.

La razonabilidad como criterio de corrección de justicia política para sociedades multiculturales implica que el objetivo es la paz social y no la imposición de un determinado criterio de sobre la vida. En la medida en que se busca la homogeneidad por sobre la diversidad, habrá más tensiones, contrariando la finalidad de pacificación social.

Este objetivo es importante para identificar la postura del Juez, que debe ser procedimental y no sustantiva.

El Juez constitucional es un identificador de los consensos básicos de la sociedad y no quien decide sobre la base de sus propias concepciones de la vida.

#### **4. La justicia para todos**

El segundo aspecto que queremos considerar en relación a las responsabilidades del Juez es el de buscar una "justicia para todos". Es la noción de justicia vinculada a la igualdad tanto formal como material.

El derecho ha construido una esfera de protección de la individualidad personal, diseñándola como una frontera para que nadie afecte la privacidad. Quizás la mejor versión de ese principio se encuentra en las palabras que el inglés William Pitt pronunciara en un discurso ante el parlamento, en el año 1763 diciendo: "el hombre más pobre puede, en su casa, enfrentar a todas las fuerzas del Rey. Su casa puede ser frágil; su piso puede temblar; el viento puede soplar a su través; la tormenta puede entrar; la lluvia puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar y todas sus fuerzas no pueden cruzar el umbral de esa casa en ruinas".

La privacidad es concebida como un derecho a estar solo, de lo que se deduce que todas las acciones que se realicen en ese ámbito están exentas de la acción de los magistrados (Art. 19 CN). Actualmente esta regla es interpretada de un modo más extenso, adaptado a las sociedades multiculturales, de modo tal que lo protegido es la libertad personal, el proyecto de vida, la concepción que cada uno tiene de la "buena vida", sea que la ejerza dentro o fuera de su casa. Existe entonces un ámbito donde las personas pueden tomar decisiones vinculadas a su proyecto de vida que goza de tutela jurídica.

Esta esfera de protección que se vincula con la libertad requiere como presupuesto la igualdad. Durante mucho tiempo la tutela de la primera se hizo sobre la base de presuponer la segunda, es decir, que hay una igualdad formal. Pero en la actualidad es preciso señalar la necesidad de una base mínima de igualdad material, porque nadie puede ser considerado "persona" o "ciudadano" si no posee una serie de bienes primarios para desempeñarse como un agente moral autónomo. Por esta razón se deben afirmar derechos fundamentales que consagren obligaciones de hacer con un contenido mínimo.

Los "derechos fundamentales" se definen por su carácter fundante y no fundado, respecto del ordenamiento jurídico. Su definición no se relaciona exclusivamente con la titularidad (derechos humanos), sino con la fuente, es decir, representan el modelo de acuerdos básicos que dan origen a la sociedad. Su contenido mínimo que forma parte de la estructura básica de la sociedad no pueden ser derogados por las mayorías ni por el mercado. Las garantías son normas fundamentales que establecen un piso mínimo inderogable, tanto en el campo del contenido de los derechos fundamentales, como en el ordenamiento procesal constitucional. Presentan las siguientes características: se trata de una igualdad de recursos mínimos para desempeñarse; son mínimas porque se trata de asegurar a un grupo la provisión de un bien mediante la imposición general y para ello se busca un nivel de optimalidad entre la garantía y la carga que significa; su fundamento constitucional es la igualdad real de oportunidades.

Su principio estructurante es el acceso a los bienes jurídicos primarios y por ello la jurisprudencia se orienta hacia la admisibilidad de derechos subjetivos de acceso a la alimentación, al agua potable, a las prestaciones de salud, etc.

Como conclusión puede afirmarse que una de las responsabilidades de los jueces es orientar sus decisiones sobre la base de valores como la libertad y la igualdad, y que, en este último caso, deben aceptar peticiones basadas en la igualdad mínima de recursos. Este último aspecto es el que permite construir sociedades más inclusivas y mejorar la percepción comunitaria de que la justicia es para todos.

#### **5. La justicia efectiva**

Otro aspecto de gran importancia en la decisión judicial es la preocupación por la efectividad.

Es una cuestión profunda en la medida en que existe una cierta "cultura del amanecer", que anuncia la aparición del sol, de nuevas ideas, pero que nunca llegan a ser realidad. Se trata de discurso inflamado que enciende los corazones, pero que luego se diluye en un diagnóstico sin terapia. En el campo del derecho es evidente el surgimiento de la legislación por objetivos, valores, pero en las que resulta infrecuente advertir soluciones de fondo.

De ello surge un "estado teatral" que expone los problemas, pero no los resuelve, ya que no penetra decididamente en la complejidad de la ejecución.

Evidentemente la ejecución es un asunto más complejo que la declaración.

Es importante que se avance en el camino de la efectividad. No sólo preocuparse del "enforcement" sino del

"compliance", de estructurar mecanismos para que la gente viva al derecho una realidad habitual y no como una mera amenaza de sanción. Esta cuestión se relaciona con políticas públicas que organicen incentivos institucionales que orienten hacia el cumplimiento. En el campo de la justicia, los jueces deben estar más involucrados con el cumplimiento de las sentencias, desarrollando instrumentos innovadores para lograr la efectividad.

## **6. La justicia más cerca de la gente**

Para finalizar, creo necesario resaltar que, en definitiva, se necesitan jueces republicanos, que sientan su misión en el Poder Judicial como el cumplimiento de la alta misión que la República les ha encomendado.

El Juez republicano ejerce su enorme poder, con humildad, sin imponer sus propias convicciones, tratando de abrir campos para que la gente se pueda expresar libremente, protegiendo las garantías individuales y las instituciones.

Nuestro deber como generación es hacer todos los esfuerzos posibles para dejar a las generaciones futuras un estado de derecho en funcionamiento estable.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).