
Revista Académica

Estado y Políticas Públicas

ISSN (versión electrónica): 2310-550X | ISSN (versión impresa): 2413-8274

Revista Estado y Políticas Públicas N° 18, Año X, mayo – septiembre de 2022.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina.



FLACSO
ARGENTINA

Facultad
Latinoamericana de
Ciencias Sociales.
Sede Argentina.

Área Estado y
Políticas Públicas.



Director
Mg. Luis Alberto Quevedo



Director
Dr. Daniel García Delgado

Revista Estado y Políticas Públicas es una publicación semestral de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Argentina abocada al análisis del Estado y de las Políticas Públicas. La misma se publica en idioma castellano, en formato digital e impreso durante los meses de mayo y de octubre de cada año. Se encuentra dirigida a la comunidad académica de las ciencias sociales latinoamericana, profesionales, funcionarias y funcionarios gubernamentales de distintas áreas y niveles de gobierno. El propósito de la revista es aportar a la labor de intercambio y difusión de la producción científica, publicando artículos sujetos a las condiciones de evaluación de pares y referato “doble ciego” y que comprenden distintas modalidades: artículos de investigación originales e inéditos focalizados en temáticas específicas de la Ciencia Política y de la Administración Pública, como así también artículos que hacen hincapié en paradigmas teóricos de las Ciencias Sociales y contribuciones que expliciten avances de investigaciones y reseñas críticas de libros. La *Revista Estado y Políticas Públicas* es financiada por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede académica Argentina.

La *Revista Estado y Políticas Públicas* de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede académica Argentina se encuentra indizada en **LATINDEX** con el nivel 1 (Nivel Superior de Excelencia), en la **Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)**, en **CLASE México** y en la **European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIHPLUS)**.



Por su parte, la *Revista Estado y Políticas Públicas* se encuentra catalogada en la **Matriz de Información para el Análisis de Revistas (MIAR)**, en los **repositorios digitales BDU, BDU2 del SIU**, en **MALENA**, en el repositorio institucional del **Sistema Internacional FLACSO ANDES** y en el catálogo de la **Biblioteca “Enzo Faletto” de FLACSO Argentina**.



Asimismo, el **Área Estado y Políticas Públicas** y la **Biblioteca “Enzo Faletto” de FLACSO Argentina**, han sido los creadores de la **Red Latinoamericana de Revistas Académicas de Ciencias Sociales y Humanidades (LatinREV)**.



ISSN (versión electrónica): 2310-550X | ISSN (versión impresa): 2413-8274

CONTACTO DE LA REVISTA

Teléfono:

(54) (11) 5238-9361

Correo electrónico:

revistaeypp@flacso.org.ar

Dirección postal: Oficina del 2do piso, Tucumán 1966, C1050AAN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

CONTACTO PRINCIPAL

Cristina Ruiz del Ferrier

Teléfono: (54) (11) 5238-9361

Correo electrónico:

cruiz@flacso.org.ar

Dirección postal: Oficina del 2do piso, Tucumán 1966, C1050AAN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Equipo Editorial

DIRECTOR

Daniel García Delgado

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)

Sede académica Argentina

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)-

Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

EDITORA

Cristina Ruiz del Ferrier

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)

Sede académica Argentina

Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

COLABORADORA DE EDICIÓN

Agustina Gradin

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede académica

Argentina - Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas

(CONICET).

Comité de Redacción

Julieta Campana, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)
- Sede Académica Argentina - Facultad de Ciencias Económicas Universidad de Buenos Aires (FCE - UBA).

Alejandro Casalis, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)
Sede académica Argentina, Argentina.

Julieta Chinchilla, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)
Sede académica Argentina, Argentina.

Sergio De Piero, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)
Sede académica Argentina-Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Cynthia Ferrari Mango, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede académica Argentina – Universidad Nacional de la Matanza (UNLaM) - Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

Guadalupe García Delgado, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede académica Argentina, Argentina.

Roxana Mazzola, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) sede Académica Argentina – Instituto de Investigación “Gino Germani” de la Universidad de Buenos Aires (UBA) – CEDEP.

Luciano Nosetto, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)
Sede académica Argentina-Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Alejandra Racovschik, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede académica Argentina, Argentina.

Verónica Soto Pimentel, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede académica Argentina – Argentina - Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

Jorge Tirenni, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)
Sede académica Argentina-Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Arturo Trinelli, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)
Sede académica Argentina, Argentina.

Manuela Viana Trincheri. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede Académica Argentina, Argentina.

Diseño y Soporte técnico

Ignacio Fernández Casas

Guadalupe García Delgado

Repositorios

Samanta Tello, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)
Sede académica Argentina, Argentina.

Consejo Editorial

Claudia Bernazza, Universidad Nacional de Lanús (UNLa). Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Argentina – Argentina.

María Isabel Bertolotto, Universidad de Buenos Aires (UBA) – Argentina.

Eduardo Bustelo Graffigna, Universidad Nacional de Cuyo (UNC). Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Argentina – Argentina.

Horacio Cao, Centro de Investigaciones en Administración Pública (CIAP), Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires (UBA).– Argentina.

Alfredo Carballeda, Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Raquel Castronovo, Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Daniel Cravacuore, Universidad Nacional de Quilmes (UNQ), Argentina.

Eduardo Crespo, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Brasil.

Claudia Danani, Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS). Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Julio De Zan, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina.

Cristina Díaz, Universidad Nacional de Entre Ríos (UNER), Argentina.

Theotonio Dos Santos, Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordinador de la Cátedra y Red UNESCO – UNU de Economía Global y Desarrollo Sustentable (REGGEN), Brasil.

Roberto Feletti, Docente de la Maestría de Políticas Públicas para un Desarrollo con Inclusión Social de FLACSO Argentina, Argentina.

Víctor Ramiro Fernández, Universidad Nacional del Litoral (UNL). Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina.

Mabel Hoyos, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Argentina, Argentina.

Bernardo Kosacoff, Universidad de Buenos Aires (UBA). Universidad Torcuato Di Tella (UTDT), Argentina.

Arturo Laguado Duca, Instituto Ortega y Gasset Argentina (IOG), Argentina.

Carlos Leyba, Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Julio César Neffa, Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL), Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina.

Nerio Neirotti, Universidad Nacional de Lanús (UNLa) – Argentina.

José Paradiso, Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF), Argentina.

Alejandro Pelfini, Global Studies Programme – Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Argentina. Universidad Alberto Hurtado, Chile.

Javier Pereira, Universidad Católica del Uruguay (UCU), Uruguay.

Luis Alberto Quevedo, Gestión y Política en Cultura y Comunicación - Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Argentina, Argentina.

María Cristina Reigadas, Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Alberto Riella, Universidad de la República, Uruguay.

Eduardo Rinesi, Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS), Argentina.

Adriana Rofman, Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS), Argentina.

Carlos M. Vilas, Universidad Nacional de Lanús (UNLa), Argentina.

Cristina Zurbriggen, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República Montevideo, Uruguay.

Sobre la Revista Estado y Políticas Públicas

La *Revista Estado y Políticas Públicas* nace en el año 2013 en el marco de las actividades académicas de posgrado que la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede académica Argentina viene desarrollando de manera sistemática.

En este sentido, nos complace invitarles a la lectura del número 18 de la *Revista Estado y Políticas Públicas*, que auguramos se constituirá paulatinamente en un espacio que construiremos entre todos con miras a la difusión, a la promoción y a la divulgación científica de los temas vinculados al rol del Estado, a las políticas públicas y a la gestión en los distintos niveles de gobierno (regional, nacional, provincial, local-territorial) y desde los más diversos enfoques, temas y problemáticas vinculados a estas preocupaciones.

Este espacio académico-científico y de investigación receptiona opiniones, argumentos, posiciones y propuestas desde las más diversas orientaciones teóricas, ideológicas y políticas. En un espíritu interdisciplinario y pluralista, esperamos que esta Revista contribuya a profundizar y a difundir nuevas reflexiones desde las más diversas latitudes sobre un cambio de paradigma en las Ciencias Sociales.

En síntesis, desde FLACSO Argentina, nos complace presentar el número 18 de esta Revista académica y, en lo sucesivo, quedan cordialmente invitadas a participar en su composición y en su continuidad en el tiempo.

Sumario

EDITORIAL	13
El Poder Judicial y la necesidad de su transformación. <i>De los Golpes Militares al Lawfare.</i> Por Daniel García Delgado	
DOSSIER	17
Reflexiones en torno al rol del Poder Judicial, Derechos y Políticas Públicas. Coordinadora: Laura Coelho	
Reformas necesarias para un sistema de justicia más igualitario y participativo. Por Alejandra Gils Carbó	19
Justicia y Sociedad: <i>Sobre el acceso a la justicia y la transformación pendiente del Poder Judicial.</i> Por Laura Coelho	35
La justicia patriarcal y el desafío de una reforma feminista. Por Flora Sofía Acselrad	45
El desafío pendiente de la democracia: <i>Repensar la cárcel desde una perspectiva integral de políticas públicas.</i> Por Lucía Gallagher y Larisa Zerbino	57
El Poder Judicial y las Políticas Públicas en los casos de vivienda. <i>Avances y desafíos actuales.</i> Por Sebastián Tedeschi y Sofía Pochat	77
La cuestión judicial argentina: <i>Apuntes para su discusión.</i> Por Raúl Eugenio Zaffaroni	103
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN	119
Research Articles	
Transversalización de la perspectiva de género en las estrategias REDD+ de México: <i>Un análisis crítico.</i> Por Florencia Cicchini, Bárbara Ayala-Orozco, Elena Lazos-Chavero y Ericka Fosado Centeno	121

Avaliação da qualidade de Serviços Públicos: <i>A percepção dos usuários dos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS).</i>	145
Por Leander Luiz Klein, Marcelo Gorski de Matos, Breno Augusto Diniz Pereira e Kelmara Mendes Vieira	
Políticas Educativas de uso de TIC en la Argentina durante las dos últimas décadas. (2010-2018)	167
Por Luciana Rita Tourn	
Ausencias, intermitencias y límites:	185
<i>Una aproximación a las acciones estatales en la Argentina para la reducción de la brecha digital de las Personas con Discapacidad.</i>	
Por Mauro Soto	
Demandas, protestas y pandemia en la Argentina.	209
<i>Un análisis de la conflictividad social durante los dos primeros años de gestión del gobierno de Alberto Fernández</i> (2020-2022)	
Por Agustina Gradín, Verónica Soto Pimentel y Matías Reiri	
RESEÑA DE LIBRO	233
<i>Book Reviews</i>	
Forni, P. y Salas, M. (Compiladores). (2020). <i>Floreal Forni: Aportes a la investigación social en la Argentina.</i> Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador.	235
Por Julia Mondini	
SOBRE LES AUTORES	241
<i>About the Authors</i>	
CONVOCATORIA: NÚMERO XIX	247
<i>Call for contributions</i>	
Tema del Dossier: Geopolítica y guerras híbridas. Consecuencias para la Argentina y América Latina. Una mirada desde el sur.	
Coordinadora: María Cecilia Míguez.	
Fecha límite: 01 de junio de 2022.	
NORMAS DE PUBLICACIÓN	255
<i>Author Guidelines</i>	

La cuestión judicial argentina: *Apuntes para su discusión*

*The Argentine judicial question:
Notes for your discussion*

Por Eugenio Raúl Zaffaroni*

Fecha de Recepción: 01 de febrero de 2022.

Fecha de Aceptación: 05 de abril de 2022.

RESUMEN

Discutir la estructura de la magistratura argentina es una cuestión política. En las dos funciones primarias del judicial (resolución de conflictos y control de constitucionalidad) son manifiestas graves deficiencias: en especial falta de una casación nacional y debilidad extrema del control constitucional. Considerando los tres modelos de estructuras más comunes en el mundo (norteamericano, europeo continental y latinoamericano), el nuestro no responde a ninguno de ellos. Dada la irracionalidad de nuestro modelo, es posible ensayar una reforma en dos etapas, que nos acerque al modelo europeo: una en el marco de la Constitución vigente, que se podría coronar en una futura reforma constitucional.

Palabras clave: *Magistratura, Judicial, Control de Constitucionalidad, Reforma Judicial, Reforma Constitucional, Constitución Nacional.*

ABSTRACT

Discussing the structure of the Argentine judiciary is a political issue. In the two primary functions of the judiciary (conflict resolution and control of constitutionality) serious deficiencies are evident: especially the lack of a national cassation and extreme weakness of constitutional control. Considering the three most common models of structures in the world (North American, continental European and Latin American), ours does not respond to any of them. Given the irrationality of our model, it is possible to test a reform in two stages, which brings us closer to the

* Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Fue Director General del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Juez Penal. Ministro de la Corte Suprema de Justicia y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es Doctor Honoris causa de 48 universidades americanas y europeas, recibió el Premio Estocolmo de Criminología en 2009.

European model: one within the framework of the current Constitution, which could be crowned in a future constitutional reform.

Keywords: *Magistracy, Judicial, Control of Constitutionality, Judicial Reform, Constitutional Reform, National Constitution.*

Introducción: la *cuestión judicial* y la ciudadanía

Según las encuestas de opinión, la imagen pública de nuestros tribunales es extremadamente pobre. Si bien esta impresión no deja de ser correcta, más allá de las críticas políticas de coyuntura, estimamos que en algún momento habrá de primar la razón y *despartidizar* las discusiones acerca de lo que podemos denominar la *cuestión judicial*, para encararla seriamente desde la perspectiva institucional.

Es aquí necesario aclarar que por *despartidizar* entendemos abdicar al juego de intereses coyunturales y, por ende, no se trata ni lejanamente de un sinónimo de *despolitizar*, porque la cuestión judicial es de naturaleza esencialmente política en el sentido de *gobierno de la Pólis*. Por ende, se hace necesario que algún día se *despartidice* para que se *politice*, o sea, para que una vez por todas nos pongamos de acuerdo sobre el modelo de magistratura al servicio de la ciudadanía que queremos, como corresponde a un estado constitucional de derecho y a una verdadera y madura democracia que respete la dignidad de todas las personas en una sociedad plural.

Para eso será necesario esclarecer a la opinión pública, desconcertada ante una disputa que pretende reducirse a intereses coyunturales y a comportamientos individuales, informada por una comunicación oligopolizada en función de esos mismos intereses y, para colmo, cuando los pocos que intentan superar este nivel para formular una crítica institucional y proponer soluciones, lo hacen en un lenguaje técnico dialectal que resulta poco menos que incomprensible para la mayoría de la ciudadanía.

La *cuestión judicial* es un problema de todos los habitantes de la República, puesto que hace nada menos que a la eficacia de sus derechos. Poco o nada importa que estos se consagren en la Constitución y en las leyes si, a la hora de reclamarlos, los ciudadanos no disponen de jueces que los doten de eficacia real. Por ende, andamos por mal camino si limitamos la discusión a la crítica de los políticos —por válidas que sean—, de los comunicadores para quienes nada debe cambiar y de los juristas y académicos formuladas en un lenguaje técnico inaccesible a la ciudadanía.

La discusión de la *cuestión judicial* debe ser pública, en forma que se involucre en ella la mayor cantidad posible de ciudadanos. Para eso es menester explicar los defectos y proponer soluciones sin apelar a dialectos técnicos que no hacen más que sembrar desconfianza: el derecho es una cuestión de racionalidad inherente a todo ciudadano, como ser humano dotado de razón, autodeterminable y, por ende, responsable. A este esclarecimiento ciudadano, intentamos contribuir en estas páginas, por lo que prescindimos de citas doctrinarias y procuramos explicar los tecnicismos de uso común en el lenguaje jurídico en los términos más sencillos.

1. ¿Para qué debe servir una magistratura?

La magistratura o aparato judicial de un Estado es una rama de su gobierno que debe prestar dos diferentes servicios a la ciudadanía:

- a. El primero es *directo*, consistente en *resolver conflictos en forma legal, equitativa y previsible*. Este servicio lo presta frente a múltiples conflictos: violación de un contrato, reparación de un daño, lesión a la integridad física de otro, detención de un daño o peligro en curso, etcétera. Cuando un conflicto grave queda sin solución, se abre el espacio para la violencia; este servicio, por ende, hace a la paz social, pues

cuanto mejor ser prestado menor será el espacio social para la violencia.

- b. El segundo servicio es *indirecto*, pero con clara incidencia sobre la vida cotidiana de los ciudadanos: se trata de garantizar que las otras ramas del poder estatal no violarán –por acción o por omisión– los derechos garantizados por la Constitución. En tal caso, la magistratura debe neutralizar la eficacia de cualquier norma contraria a la Constitución, declarando su inconstitucionalidad. Este es el llamado *control de constitucionalidad*, que es propio de todo *estado constitucional de derecho* –como el nuestro–, a diferencia de los estados meramente *legales de derecho*, que no conocen este control.

Cabe añadir que en nuestro sistema el control de constitucionalidad incluye el de la eficacia de los derechos consagrados en los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución (inciso 22º del artículo 75), lo que se llama *control de convencionalidad*.

2. ¿Cómo funciona la solución de conflictos en nuestros tribunales?

El nivel de la cultura jurídica de nuestro país es relativamente alto, lo que hace que el servicio de solución de conflictos funcione con cierta eficacia. No obstante, en cuanto al requisito de *previsibilidad* (es decir, de la certeza acerca de lo que en cada caso resolverán los jueces) es peligrosamente defectuoso.

Toda ley es susceptible de interpretación a la hora de aplicarla para resolver un conflicto concreto, puesto que no siempre su sentido literal es inequívoco, lo que da lugar a diferentes y encontradas interpretaciones, no sólo entre los doctrinarios y juristas, sino también entre los diferentes tribunales y jueces cuyas sentencias configuran la cadena de sucesivas y precedentes decisiones judiciales a la que se denomina *jurisprudencia*.

Para neutralizar los efectos de una jurisprudencia contradictoria, en el derecho comparado –y en nuestras provincias y en el orden federal– se apela a la *casación*, es decir, a tribunales que anulan ciertas sentencias y de este modo unifican los criterios jurisprudenciales. Esto es lo que permite alejar o reducir la arbitrariedad judicial, puesto que se sabe cuál es la interpretación a que se atenderán los tribunales cuando se les requiere su intervención en un conflicto.

Pues bien, el problema es que en nuestro país no disponemos de una instancia que unifique la jurisprudencia para toda la República, o sea, que las cláusulas de un contrato pueden ser admisibles en una provincia, pero no en otra, o una conducta puede ser delito en la CABA, pero no en la provincia de Buenos Aires, debido a las diferentes y encontradas interpretaciones de códigos y leyes nacionales que rigen en todo el territorio.

En consecuencia, si bien los códigos son únicos para todo el país, las interpretaciones jurisprudenciales pueden diferir y carecemos de una instancia de casación válida para todos los tribunales del país (unificación de criterios interpretativos), lo que debilita la *previsibilidad de las sentencias*, como uno de los requisitos de la seguridad jurídica: en múltiples casos nadie está del todo seguro de que el tribunal ante cuyos estrados peticiona entenderá que le asiste la razón y el correspondiente derecho que invoca.

3. ¿La arbitrariedad de sentencia suple a la casación?

Desde hace un siglo y como excepción, nuestra Corte Suprema decidió que es competente para anular sentencias en casos de evidente arbitrariedad. Con el correr de las décadas, el criterio acerca de cuándo una sentencia es arbitraria se fue ampliando y desde hace unos cincuenta años se volvió rutina, hasta el punto que hoy ocupa casi toda la actividad de esa Corte, que firma más de quince mil resolucio-

nes anuales, casi todas por *arbitrariedad* (poco más de cien por constitucionalidad).

Debe quedar claro que —pese a los anaqueles de libros escritos— nadie sabe cuándo una sentencia es arbitraria, pues por lo general la considera así la parte perjudicada. Es obvio que esto genera un arbitrario manejo de esta acción.

Por otra parte, se trata de una competencia que la Corte fue asumiendo *pretorianamente*, es decir, por sí misma, sin que se la confiera —al menos en forma expresa— la Constitución. De este modo, la Corte se atribuye la competencia para ser la última instancia de cualquier proceso de cualquier materia jurídica de todo el país.

No obstante, el arbitrio de la Corte es todavía mayor, porque hace un generoso uso del llamado *certiorari* norteamericano, lo que merece ser explicado. La Suprema Corte de los Estados Unidos se ocupa de cuestiones de control de constitucionalidad y no conoce algo parecido a la arbitrariedad que maneja nuestra Corte, o sea que no resuelve más que un centenar de causas por año y todas de inconstitucionalidad. Para descartar los planteos insustanciales es que tres de sus nueve jueces van seleccionando los casos a considerar y rechazan sin expresar fundamentos los restantes.

Pero este *certiorari* aquí se acriolla, pues en su versión vernácula implica que los jueces de la Corte le dicen al peticionante *no me interesa resolver su caso* (invocando el artículo 280 del código de procedimientos civiles) en más del 90% de las miles de causas que llegan por arbitrariedad y lo deciden todos sus jueces. De este modo, si bien nuestra Corte descarta casi el 95 de los planteos por arbitrariedad de sentencia, la tasa de justicia que paga cada parte que la impetra no se le devuelve al peticionante, de modo que es una interesante fuente de recaudación.

Es bastante claro que esto no tiene nada que ver con la función de unificación de jurisprudencia (casación), de la que se diferencia

sustancialmente por varias razones. La primera es que las interpretaciones de la Corte Suprema no son obligatorias para todos los tribunales, como corresponde a una verdadera casación. La segunda es que los jueces de las verdaderas casaciones son especializados en cada materia, lo que es absolutamente imposible en una Corte con cinco jueces, pues nadie puede estar especializado en todas las complejas ramas del derecho y, menos aún, en condiciones de emitir una decisión cada media hora sin dormir en la semana ni descansar el domingo y feriados. La tercera es que, como vimos, el *certiorari* norteamericano no se aplica a la casación.

En conclusión, reiteramos que en nuestro sistema no hay ningún tribunal que unifique criterios de interpretación en forma válida para todos los tribunales de la República y, en cuanto a la arbitrariedad de sentencia, resulta incoherente que tengamos tribunales especializados (civiles y comerciales, laborales, contenciosos administrativos, penales, etcétera), pero que sus sentencias puedan ser anuladas por un tribunal supremo con jueces no especializados.

Si bien por razones presupuestarias y de escasa conflictividad hay jueces de primera instancia que entienden en todas las materias en las provincias, no sucede lo mismo en las instancias superiores, pero el colmo es que los haya en la ultimísima instancia, donde ya no queda a quien recurrir y, para más, en un tribunal que elige los casos en que se declara competente y firma miles de resoluciones en materias en que quizá alguno de sus cinco jueces conozca, pero obviamente no todos. No olvidemos que en la actualidad la complejidad del derecho hace que en el saber jurídico haya personas que dedican su vida a la investigación y profundización de cada una de sus ramas.

4. ¿Es eficaz nuestro control de constitucionalidad?

En nuestro país todos los jueces tienen la potestad de declarar inconstitucional una norma

y no aplicarla, siendo la Corte Suprema la que decide en última instancia. Esta forma de control de constitucionalidad de las leyes ejercido por todos los jueces responde al modelo de los Estados Unidos que, en el derecho comparado se llama *difuso* y suele oponerse al conocido como *concentrado*, que atribuye esta competencia a un órgano especial.

En la práctica, entre nosotros cualquier juez puede obstaculizar la eficacia de una ley mediante una declaración de inconstitucionalidad que deba pasar por sucesivas instancias hasta llegar –años después– a la Corte Suprema, la que, por otra parte, no tiene limitación de tiempo para decidir, pues el máximo tribunal de la República es el único que no debe observar plazos y términos temporales.

En nuestro país, cuando una ley, después de pasar por todas las instancias inferiores y finalmente por la Corte Suprema, es declarada inconstitucional, el único efecto que tiene esta declaración es que la norma no se aplica al caso concreto, de modo que la ley continúa vigente y con plena eficacia y cada ciudadano que se sienta perjudicado por ella deberá plantear nuevamente la inconstitucionalidad y superar años de instancias previas hasta llegar a la Corte. En tanto, como no cae la vigencia de la ley, el Poder Ejecutivo y sus agencias (policías, administración en general) la siguen aplicando y los propios jueces de las instancias inferiores pueden seguir considerando a la norma conforme a la Constitución, pese a la declaración de la Corte, puesto que la jurisprudencia de ésta no es obligatoria.

Es necesario destacar que, si bien nuestro control difuso de constitucionalidad responde al modelo norteamericano, no es una reproducción fiel de éste, puesto que no responde a ese modelo que lo resuelto por la Corte al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma sólo sirva para el caso y no sea el criterio obligatorio para todos los jueces de la República. De allí que entre nosotros cada juez o tribunal del país puede seguir conside-

rando constitucional la ley previamente declarada inconstitucional por la Corte y viceversa, sin que para eso obste la declaración de ésta.

En el modelo norteamericano, por el contrario, lo decidido por su Suprema Corte en materia de constitucionalidad es la interpretación a la que deben atenerse todos los jueces del país, conforme a una regla que impone *estar a lo decidido* (*stare decisis*). Si bien no hay en la Constitución ninguna disposición que impida entre nosotros la regla del *stare decisis* del modelo original, ésta se desconoce en nuestro derecho vigente. Suele decirse que la jurisprudencia constitucional de nuestra Corte tiene un *valor moral* que, obviamente, no es ningún valor jurídico.

Como esta regla no existe entre nosotros, cada persona afectada por una norma violatoria de la Constitución podrá demorar años en planteos ante los jueces de las instancias inferiores hasta llegar a la Corte Suprema para que ésta acabe decidiendo lo que antes había hecho en otros casos. No obstante, en el curso de ese tiempo podría haberse alterado la composición de la Corte, o sea, integrarse con nuevos jueces, sin que quepa descartar que éstos sostengan un criterio diferente al de sus predecesores y no consideren inconstitucional la norma cuestionada.

Debemos señalar que el control de constitucionalidad de las leyes norteamericano y previsto en casi todos los Estados de nuestro continente era casi desconocido en Europa hasta la última posguerra, por lo cual los Estados europeos eran Estados *legales*, pero no *constitucionales* de derecho.

Si bien es exagerado, no ha faltado quien afirmara que hasta la última posguerra Europa no tenía derecho constitucional, sino sólo derecho administrativo. Pese a que desde la posguerra han proliferado los tribunales constitucionales europeos, algunos países siguen siendo hasta el presente Estados legales de derecho y esa carencia en buena parte la suple el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En nuestro país, como desde la Constitución histórica de 1853-1860 está previsto el control de constitucionalidad de las leyes, al menos en el plano normativo (de *lo que debe ser*, aunque muchas veces no *haya sido*), nuestro Estado siempre respondió al modelo norteamericano o constitucional de derecho. No obstante, dado que nuestro control de constitucionalidad, por carecer del *stare decisis*, es mucho más débil que el norteamericano y muchísimo más del difundido ahora por Europa, en que un tribunal hace caer la vigencia misma de la ley inconstitucional, todo lo cual nos lleva a la conclusión de que en la práctica nuestro estado de derecho real no es plenamente *constitucional*, es decir, que en el plano de la realidad jurídica del país se ha debilitado o frustrado en parte el proyecto constitucional.

No podríamos dejar de señalar que a este debilitamiento contribuyó la tradición cultural de todas las ramas del derecho –a excepción del constitucional–, formada en las últimas décadas del siglo XIX y buena parte del XX, que fue principalmente europea continental, o sea, proveniente de Estados sólo *legales* de derecho, lo que inclinó a nuestro saber jurídico a subestimar en alguna medida la preponderancia de las normas constitucionales y sobrevalorar las de menor jerarquía, hábito que inevitablemente repercutió –incluso acentuado– en la jurisprudencia.

5. ¿Es realmente republicana nuestra magistratura?

El ciudadano que nos vaya siguiendo en estas breves líneas se percatará de que nuestra magistratura falla en los dos servicios que le incumben: en el *directo o de resolución de conflictos* por la carencia de seguridad de respuesta frente a cada caso, como resultado de las diferentes interpretaciones de los tribunales acerca de la misma ley común a todo el país, o sea, de los códigos y leyes nacionales; en el *indirecto o de control de constitucionalidad* por la debili-

dad de éste incluso respecto del que sirvió de modelo a nuestra Constitución.

En el último tiempo, las críticas a nuestra magistratura –y en especial a nuestra Corte Suprema– suelen centrarse en las conductas de algunas personas, de lo que se deduciría que el problema se centra en las subjetividades. Sin perjuicio de observar que algunos pocos magistrados –entre los miles de jueces del país– no siempre actúan de forma ejemplar, resulta simplista atribuir a ellos toda la responsabilidad de los defectos señalados.

Más aún: si algunos pocos magistrados pueden incurrir en verdaderos delitos de prevaricato, consistente en sentenciar contra las leyes invocadas por ellos mismos o por las partes (delito previsto en el artículo 269 del código penal), incluso prestándose a la persecución política ahora llamada *lawfare*, es porque hay fallas institucionales que habilitan el espacio de arbitrariedad en que se despliega esa patología republicana.

No obstante, hasta el momento no se escuchan voces que levanten un poco la mirada y se percaten que el problema está en la estructura institucional de nuestra magistratura, puesto que, si todo se limitase a cambiar personas, nada impediría que más temprano que tarde se reiteren los mismos problemas, dado que los espacios de arbitrariedad no se cerrarían o al menos se reducirían.

Es posible que gravísimos defectos institucionales no se hagan manifiestos mientras quienes ocupan las funciones sean personas sensatas y medidas, pero llega el momento en que incluso quienes están dotados de esas virtudes se ven tentados ante el espacio de poder que el defecto institucional les ofrece. Precisamente, cuando se proyectan instituciones, no puede partirse de la premisa de que todas las personas que desempeñen las respectivas funciones serán sensatas y medidas, sino todo lo contrario: el equilibrio republicano de poderes y la distribución de funciones (proyectados para que nadie los hegemonice) debe partir

de la premisa de que algún día llegará quien pretenda hacer un uso arbitrario del poder funcional, lo que inevitablemente tiene lugar cuando las instituciones están defectuosamente proyectadas.

Lo que en verdad sucede en nuestro país —expresado en máxima síntesis— es que ninguna magistratura del mundo responde a una estructura tan inexplicablemente irracional como la nuestra. Desde la perspectiva institucional, cabe decir que llama la atención que nuestra magistratura no funcione todavía peor, lo que se debe al relativamente alto nivel de nuestra cultura jurídica académica, que hace que en las instancias inferiores no funcione tan mal como sería de prever si la mirada se limitase a las instancias más altas.

Nuestra Corte Suprema se compone de cinco jueces, cuando la Constitución originaria de 1853 preveía nueve, en tiempos en que nuestro país contaba con dos millones de habitantes. Este número fue suprimido en la reforma impuesta por el *porteñismo* centralizador en 1860, en violación del propio texto de 1853, que prohibía su reforma durante un mínimo de diez años.

Lo tribunales supremos de todo el mundo son más numerosos que nuestra Corte, incluso en países con mucha menor población y conflictividad que el nuestro (en los Estados Unidos tiene nueve jueces, en Brasil once, en Colombia y Ecuador nueve, en Costa Rica veintidós, etcétera).

Pero no se trata sólo del número de magistrados, cuya reducción implica una concentración de poder enorme en manos de tres personas, lo que contraría elementales principios republicanos, sino fundamentalmente de la *competencia*, puesto que nuestra Corte Suprema reúne en cinco personas (de las que tres conforman mayoría) las funciones de control de constitucionalidad y de convencionalidad, pero también —por decisión propia de la Corte— la última instancia (formalmente extraordinaria pero realmente ordinaria) de cualquier

causa de cualquier materia que, como vimos, no es una casación, sino una arbitraria asunción de esa competencia siempre que la mayoría no prefiera —como en la mayoría de los casos— rechazarla con el *certiorari criollo*, reservado en los Estados Unidos sólo para las causas de inconstitucionalidad normativa.

De este modo, tres personas deciden si les interesa revocar cualquier sentencia y, además, declarar en última instancia no aplicar una ley que consideren inconstitucional, sentenciando en decenas de miles de causas por año (lo que no pasa de una ficción) y en materias que sus jueces no conocen, porque nadie puede conocer todo el derecho como para ser la última y máxima instancia ordinaria ataviada de extraordinaria. La ficción es doble, pues presupone en tres personas una capacidad de trabajo y un conocimiento del derecho inconcebibles en ningún ser humano. A estos poderes concentrados se agrega en el último tiempo una maniobra que permitiría a la Corte intervenir decididamente en el Consejo de la Magistratura, o sea, en la selección de los futuros jueces. Además, fija los sueldos de todos los magistrados y el personal judicial federal y nacional y nunca ha renunciado del todo al manejo del presupuesto.

La competencia que nuestra Constitución asigna al máximo tribunal es la misma de la Suprema Corte de los Estados Unidos, es decir, la de control de constitucionalidad, que debe ocupar un número de causas no muy diferente al que tramita ese tribunal del norte, o sea, un par de cientos. Pero debido a que nuestro tribunal amplió y normalizó la revisión de sentencias que se consideran arbitrarias, sus jueces firman sentencias y resoluciones que no redactan y donde deciden en materias que desconocen.

Para resolver si una ley es conforme o no con la Constitución, basta saber derecho constitucional y ni siquiera muy profundamente, puesto que, dada la gravedad de neutralizar la eficacia de una ley aprobada por los represen-

tantes del Pueblo, se supone que su defecto deba ser bastante ostensible. Además, es razonable una carga de trabajo judicial de menos de doscientas causas por año, lo que permite dedicarles un adecuado tiempo de estudio y análisis. En este sentido, el texto constitucional es republicánamente racional: si se lo desvirtuó fue porque la ley infraconstitucional redujo el número de jueces provocando una concentración de poder no republicana y porque la propia Corte asumió y ordinarizó una competencia exageradísima que demanda una carga de trabajo y conocimientos que ningún ser humano puede cumplimentar. En este sentido, insistimos en que para resolver en la última instancia materias tan dispares como las que corresponden al derecho civil, comercial administrativo, laboral, penal, previsional, tributario, ambiental, etcétera, se requiere el conocimiento profundo de cada una de esas ramas del derecho, siendo una verdadera ficción la presunción de que semejante bagaje de conocimientos lo reúna ningún ser humano y mucho menos que ostente una astronómica capacidad de trabajo que le permita aplicarlo a la resolución de decenas de miles de causas anuales.

6. ¿Cuáles son los modelos racionales de magistratura que existen en el mundo?

El derecho comparado nos muestra los diferentes modelos de institucionalización de la magistratura que existen en el mundo. De esta comparación surge la irracionalidad de la nuestra, que no responde a ningún modelo republicano, pero no por creatividad jurídica u originalidad positiva, pues no se trata de un modelo propio establecido conforme a nuestras características y menos con buenos resultados. Por ende, es bueno que nos preveguemos de falsos nacionalismos a su respecto: nuestra estructura judicial no es un original modelo argentino, sino que es el resultado de

la deformación negativa del propio modelo asumido por la Constitución Nacional.

Dado que nuestra Constitución es republicana y, además, prescribe un Estado constitucional de derecho, en una rapidísima visión de los modelos vigentes en el mundo no vale la pena detenerse en los que no son republicanos ni corresponden a democracias no plurales (plebiscitarias y de partidos únicos), como tampoco en los que, si bien corresponden a Estados de derecho democráticos, o son constitucionales sino legales de derecho. Este último caso comprende Estados que, como Francia, prevén un control previo de constitucionalidad por un órgano especial (Consejo de Estado) o el de Gran Bretaña, que no admite ningún control, al igual que otros europeos que sólo tienen un tribunal supremo que hace casación (unifica jurisprudencia), pero carecen de todo control de constitucionalidad.

De cualquier modo, estos últimos Estados, que tienen un tribunal supremo de casación, pero carecen de tribunales o cortes constitucionales, responden a la tradición del modelo napoleónico, dominante en Europa hasta la difusión de los tribunales constitucionales en la posguerra. Su existencia nos permite verificar que, si bien en algunos Estados se prescindía de la función indirecta o de control constitucional, lo que es siempre imprescindible en Estados con códigos únicos, desde el punto de vista de la previsibilidad —como condición de la seguridad jurídica— es la coronación de la función directa de solución de conflictos con un tribunal de casación que unifique los criterios jurisprudenciales.

También omitiremos en este rápido recorrido los sistemas que mezclan o combinan elementos, para remitirnos a los que podemos considerar los *modelos puros* y que, a juzgar por sus resultados, pueden considerarse los más positivos o que, al menos, presentan menores dificultades en la práctica, pues resuelven con cierta lógica y coherencia los problemas que en nuestra realidad judicial quedan sin solución.

En máxima síntesis, se puede afirmar que se trata de tres modelos: 1) El de *control difuso de constitucionalidad* con una Corte Suprema como última instancia y sin tribunal de casación (norteamericano); 2) el de *control centralizado de constitucionalidad*, con un tribunal constitucional con pocos jueces y fuertes poderes y un tribunal de casación numeroso (europeo continental); 3) el de una *sala de control constitucional* en el seno de una Corte Suprema numerosa, donde las restantes salas cumplen la función de casación (algunas variables latinoamericanas).

7. El control difuso norteamericano

Su Suprema Corte es la máxima instancia de control constitucional de normas y cuando declara una ley inconstitucional –como vimos– de allí en adelante es ese el criterio obligatorio para todos los jueces del país (el mencionado *stare decisis*). También vimos que cuando la Suprema Corte norteamericana considera de entrada que un planteo de inconstitucionalidad no tiene sentido, no lo trata, para lo cual emplea el mencionado *certiorari*, lo que le permite limitar su carga de trabajo judicial a poco más de un centenar de causas por año.

Conforme al sistema federal propio de los Estados Unidos, a diferencia del nuestro, la legislación ordinaria (códigos civil, penal, etcétera) la sancionan los entes federados (estados equivalentes a nuestras provincias), por lo que su interpretación queda a cargo de los jueces de cada estado, o sea que no es necesaria la función de unificación de jurisprudencia en el nivel nacional (casación). Esto marca una diferencia sustancial con nuestra organización nacional, pues conforme a nuestra Constitución los códigos de fondo son sancionados por el Congreso Nacional.

La función casatoria o de unificación de jurisprudencia resulta necesaria en países unitarios o incluso federales –como el nuestro o Brasil–, pero en los que la legislación ordinaria es nacional, o sea, que los códigos civil, penal,

etcétera, rigen para todo el país y pueden interpretarse de formas muy diferentes.

8. El control concentrado europeo continental y un tribunal de casación

A partir de la posguerra fueron varios los Estados europeos que se convirtieron en Estados constitucionales de derecho mediante constituciones que crearon cortes o tribunales que son los únicos con competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes. En general, son órganos integrados por algo más de una decena de jueces a los que designan diferentes órganos (parlamento, senado, etcétera) por períodos largos –no vitalicios– y que se renuevan por tercios, para evitar los cambios bruscos de criterio.

Se trata de un modelo de control constitucional que se suele oponer al difuso norteamericano y se denomina *concentrado*, cuya primera versión apareció con la constitución de Austria de 1921 (la llamada Constitución de Octubre, *Oktoberverfassung*), obra de Hans Kelsen, que perdió vigencia al advenir el *autrofascismo* de Dollfuss, pero que fue la más importante experiencia de control constitucional europea de preguerra. Suele mencionarse también como antecedente europeo que el tribunal alemán (el *Reichsgericht*), en tiempos de la República de Weimar, asumió por propia decisión (pretorianamente) la competencia en materia constitucional. No obstante, este antecedente no es muy válido, porque en realidad lo que el *Reichsgericht* hizo fue responder a las presiones de las derechas de ese tiempo y empoderarse para declarar la inconstitucionalidad de las leyes laborales sancionadas por los parlamentos con mayorías socialdemócratas.

El número de cortes o tribunales constitucionales europeos se extendió en las décadas posteriores al final de la Segunda Guerra Mundial (República Federal Alemana, República Italiana, Austria, España, etcétera). Cuando estas cortes deciden la inconstitucionalidad de una ley, ésta pierde automáticamente vigencia,

como si fuese derogada. Se trata, pues, de un fuerte poder de control verdaderamente contralegislativo. Por regla general, no forman parte del llamado *Poder Judicial* de esos Estados, sino que son tribunales *extrapoderes* a los que también compete resolver los conflictos entre los tres poderes tradicionales y, en los casos de organización federal, también con los poderes locales y entre éstos. A cargo de estas cortes está incluso la justicia política o electoral, registro de partidos, etcétera.

La magistratura común, o sea, la encargada de la función directa de resolución de conflictos, está encabezada por un tribunal de casación muy numeroso (decenas de jueces) y dividido en salas especializadas, cuya jurisprudencia es obligatoria para todos los tribunales del país.

El gobierno de esta magistratura no en todos los países está a cargo del tribunal de casación, puesto que en algunos se le asigna a un *consejo de la magistratura*, como por ejemplo en Italia, compuesto por treinta consejeros, diez elegidos por el parlamento en proporción de los partidos allí representados y veinte por voto de los jueces sin distinción de instancias (la Constitución de la República Italiana precisa que entre los jueces no hay jerarquías, sino únicamente diferencias de competencia). En Francia también existió un *Consejo*, pero no llegó a ejercer mucho poder. Entre nosotros también se lo introdujo, conforme a una regulación insuficiente en la reforma constitucional de 1994, que ha causado graves problemas institucionales y decisiones insólitas de la Corte Suprema.

9. Corte única con una sala constitucional

En América Latina algunos países han optado por tener un único tribunal con muchos jueces y dividido en salas, y una de esas salas es la *sala constitucional*, que se ocupa en última instancia del control de constitucionalidad, en tanto que las otras ejercen la casación. También los

criterios asentados por el tribunal, tanto por su *sala constitucional* como por las de casación, son obligatorios para todos los jueces del país.

Este es el sistema adoptado por ejemplo en Costa Rica, cuya Corte Suprema se integra con veintidós jueces titulares y cinco suplentes, divididos en tres salas de casación de cinco jueces cada una y una sala constitucional de siete jueces, todos nombrados por la Asamblea Legislativa con mandato de ocho años.

10. La eliminación de prejuicios como primer paso para repensar la estructura de nuestra magistratura

Hemos señalado antes que, por fortuna, la cultura jurídica de nuestro país tiene un nivel bastante alto, lo que permite que las instancias inferiores de resolución de conflictos e incluso de control constitucional no operen de forma caótica. Pero cuando tienen lugar fenómenos de concentración de poder —como en el fuero federal penal de Buenos Aires— y en la propia Corte Suprema, se pone en peligro el principio republicano de gobierno y la magistratura es hoy incapaz de neutralizarlos. Esto hace que, según la estratificación de sus instancias, nuestra magistratura judicial, mirada desde abajo, proyecta cierta imagen de orden, pero cuando se lo mira desde arriba la imagen resulta caótica.

La revisión de los modelos corrientes en el mundo permite concluir que nuestra institucionalización de la magistratura no responde a ninguno de ellos ni tampoco a una combinación original y eficaz en cuanto a la cumplimentación de sus funciones directa e indirecta.

Conforme a nuestra Constitución, el sistema de gobierno argentino es republicano, pero no bajo cualquier forma de república, sino de una república *democrática*, entendiendo por tal una *democracia* en la que puedan coexistir diferentes culturas, ideologías, cosmovisiones, clases sociales y, en general, grupos con diferentes concepciones e intereses, como co-

responde al reconocimiento de una *sociedad plural* y respetuosa del derecho a ser diferente de todas las personas.

Para repensar la superación de nuestra institucionalización judicial tan defectuosa y proponer una adecuada a la Constitución y al modelo de sociedad plural, es indispensable superar algunos prejuicios y confusiones terminológicas tan difundidos como peligrosos y bastante absurdos.

Ante todo, debe precisarse que ni la función judicial ni el derecho son *apolíticos*. El derecho es resultado de la política y el Poder Judicial nunca puede ser apolítico, salvo que se confunda lo *político* con lo *partidista*: el partidismo judicial es un vicio, pero su carácter político hace siempre a su naturaleza, pues cada sentencia es un acto de gobierno y una rama del poder de una república no puede menos que llevar a cabo actos de gobierno, o sea, políticos. Hablar de *un poder no político del Estado* es una contradicción en los términos.

La idea de un derecho apolítico es por demás peligrosa, pues se compatibiliza con una doctrina jurídica que lleva a un normativismo extremo: el saber jurídico sería resultado de un *sistema* en el que todas las normas (deber ser) se integrarían en forma no contradictoria y, por ende, se agotaría en una cuestión puramente lógica, desentendiéndose de sus efectos sociales reales. De este modo sería posible enunciar con pretendido carácter científico sistemas y jurisprudencias poco menos que delirante, en las que no quepa ningún dato de la realidad social, o bien se proceda a seleccionar arbitrariamente los que se incluyen y excluyen.

Por otra parte, es casi un acto reflejo afirmar que la magistratura debe ser independiente, pero debe precisarse de quién debe serlo. Si la respuesta es que debe ser independiente de los otros poderes del Estado y también de los factores reales de poder, es correcta. Pero no lo es si se piensa que debe desentenderse del Estado mismo, de los intereses y reclamos de las personas más desfavorecidas y vulnerables

—pues en ninguna sociedad hay una justicia social perfecta— o del objetivo del modelo de sociedad plural.

Los malos entendidos anteriores suelen nutrir un prejuicio absurdo en torno de la pretendida imparcialidad de los jueces, que acaba en la idea de que el juez, para ser *imparcial*, debe ser *aséptico* en el sentido de apolítico, *aideológico*, sin valores propios, tampoco sin amigos ni personas cercanas vinculadas a actividades que puedan comprometer su asepsia.

Un famoso procesalista italiano escribió hace muchos años que no podía ser imparcial siendo parte de la sociedad y, por cierto, el prejuicio del juez aséptico es un absurdo impensable: quien no participe de cierta ideología, carezca de una cosmovisión y de una concepción antropológica, no tenga preferencia en la sociedad, no sólo no merecería ser juez, sino que sería un caso patológico a ser tratado psiquiátricamente. Ante lo inconcebible de un *juez asocial*, la pretensión de serlo pasa a ser una forma de encubrir u ocultar la ideología para sobrevivir burocráticamente.

La imparcialidad no puede ser individual, sino que es una condición que debe garantizar hasta donde sea posible la estructura institucional de la magistratura en su conjunto. Si se aspira a una magistratura capaz de contribuir a la coexistencia en una sociedad plural, la única forma humana de imparcialidad es fomentar el pluralismo y el debate ideológico en la composición de ésta, y no imaginar un inexistente homúnculo de *juez asocial*, que en la práctica no pasaría de ser un viscoso ocultador de sus propios valores.

En los Estados Unidos hay jueces nominados por los republicanos y otros por los demócratas y nadie se alarma al saber que unos son más reaccionarios y otros más liberales y hasta alguno de ellos progresista. En Italia los jueces pueden pedir licencia y presentarse a una elección popular como legislador y, terminado su mandato, regresan a su función. Nadie se puede escandalizar de que otro tenga cierta cos-

movisión e ideología, puesto que eso es propio de la condición humana; lo importante es que se la conozca y de ese modo se garantice el pluralismo interno de la magistratura y, además que, sabiendo cuál es su inclinación, se pueda ejercer un control recíproco para que nadie pueda impartirle órdenes.

Además de lo dicho, un prejuicio que debe superarse es el que a partir de unos pocos jueces que se involucran en nuestro país en conductas institucionalmente patológicas, se eche un manto de sospecha sobre el resto de la magistratura del país, que cuenta con miles de jueces federales, nacionales y provinciales, cuando las deplorables malas prácticas apuntadas involucran a un número reducidísimo. La inmensa mayoría de nuestra magistratura es ajena a esas prácticas y su única responsabilidad es omisiva, es decir que se les puede reprochar que no las denuncien y rechacen en voz alta. Lo que ahora suele llamarse inhumanamente *capital humano*, en general en nuestra magistratura es de alta calidad y sería muy adecuado para operar en el marco de una institucionalización racional.

11. Las posibles soluciones institucionales

Aunque resulta bastante obvio, vale la pena advertir que cuando hablamos de eventuales soluciones a los defectos estructurales de nuestra magistratura, nos referimos a las posibilidades institucionales y no a su viabilidad política más o menos cercana. Si bien en la búsqueda de soluciones al problema institucional debiera coincidir todo nuestro arco político, porque se supone que en un Estado de derecho y en una democracia todos tienen interés en que las instituciones funcionen de la mejor manera posible, sobre todo cuando se trata de una rama del gobierno que fija los límites y cuida las reglas del juego político, no incurrimos en la ingenuidad de creer que esta suposición responda a la realidad, pues bien sabemos que priman odios e intereses secto-

riales y económicos. En consecuencia, lo que digamos aquí a título casi ejemplificativo, se refiere exclusivamente al plano de las posibilidades institucionales. Por otra parte, tampoco creemos ser dueños de la verdad y, por ende, la opinión que vertimos es sólo con la esperanza de contribuir a que se abra una discusión pública con la más amplia participación posible de la ciudadanía.

Las propuestas de una reorganización institucional de la magistratura argentina deberían formularse en dos tiempos, según se propongan en el marco de la Constitución vigente, es decir, sin que implique una reforma constitucional, o bien en el supuesto de que se abriese el espacio político para una reforma, que en nuestro sistema es problemática, dada la rigidez de nuestro texto, que no admite reformas parciales por otra vía que no sea el ejercicio del poder preconstituyente por el Congreso con mayorías calificadas y una posterior convención elegida al efecto. Puede decirse que la única disposición flexible de la Constitución es la que autoriza la incorporación de nuevos tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Si bien una reorganización institucional óptima sólo sería posible mediante una reforma constitucional, el espacio que deja la Constitución vigente es suficientemente amplio como para introducir una nueva estructura que sea preparatoria de una segunda etapa que la culmine sin traumas institucionales.

12. La posible reorganización institucional en el marco de la Constitución vigente

Conforme a nuestro texto constitucional no sería posible adoptar la estructura de la magistratura de Costa Rica y de otros países de la región, es decir, el modelo de una corte numerosa con una sala constitucional. Tampoco sería posible adoptar el modelo norteamericano puro, porque nos quedaríamos en la situación actual en cuanto a la función directa, o sea,

sin una instancia de casación nacional, por lo que la diversidad de interpretaciones de los códigos y de la legislación ordinaria seguiría siendo caótica.

En varias oportunidades se ha pensado en crear un tribunal como instancia inferior de la Corte Suprema para que entienda en todas las causas de arbitrariedad de sentencia, es decir, en su particular y extraña *no-casación por arbitrariedad* y dejar a la Corte sólo como tribunal de última instancia constitucional.

Esta solución tiene varios inconvenientes. El primero es que difícilmente las provincias y el Senado acepten que un tribunal inferior a la Corte Suprema y no previsto en la Constitución Nacional revise las sentencias de sus tribunales o cortes supremas. El segundo es que también deja al país sin una casación nacional, porque no haría más que descargar la Corte de su competencia asumida pretorianamente. El tercero es que nada garantiza que la Corte, que seguiría siendo suprema, primero por excepción y luego por regla, decida retomar la competencia que se le quita y se declare competente para revisar las sentencias que considere arbitrarias de ese tribunal de inferior instancia, con lo cual no se habría hecho más que aumentar la burocracia judicial y agregar una instancia más a los ya prolongados procesos.

Es más que obvio que el modelo europeo continental no podría adoptarse tampoco sin una reforma constitucional, por lo cual ninguno de los modelos puros existentes en el mundo se podría adoptar sin reformar la Constitución Nacional.

Por ende, en el marco constitucional vigente se debería pensar en una estructura racional pero preparatoria, hasta que algún día sea políticamente viable una reforma constitucional que permita culminar la tarea adaptando a nuestra realidad nacional alguno de los modelos que funcionan bastante bien en el mundo, puesto que, en definitiva, no se trata más que de las formas de estructuración que la

ingeniería institucional muestra como posibilidades lógicas.

No ocultamos nuestra preferencia por el modelo europeo continental, cuyos resultados han sido bastante positivos dentro de lo humano y que nos parece que sería el más apto para salvar las gravísimas fallas de nuestra estructura actual.

Dado que no disponemos de un tribunal constitucional y que no es posible crearlo por ley, se nos ocurre que, de momento, la mejor opción consistiría en hacer de nuestra Corte Suprema un tribunal que a la vez ejerza el control de constitucionalidad y la función casatoria. Para eso sería menester ampliar considerablemente el número de jueces de la Corte, reforzar legislativamente la eficacia del control de constitucionalidad y convertir la competencia por arbitrariedad de sentencia, asumida por el tribunal pretorianamente, en una verdadera competencia casatoria o de unificación de criterios jurisprudenciales.

No vemos inconveniente en que todo esto se hiciese por ley ordinaria, pues en nada afecta la competencia legislativa del constituyente.

Cabe observar que, además de las antes señaladas gravísimas fallas estructurales, la historia de nuestra magistratura nos demuestra que la mayoría de los jueces de la Corte Suprema fueron egresados de la Universidad de Buenos Aires y, aunque no lo hemos constatado, creemos no equivocarnos si afirmamos que, a lo largo de los ciento sesenta años de su historia, la mayoría de los jueces de nuestra Corte Suprema fueron porteños y casi todos bien fieles al centralismo porteño, lo que demuestra que no hemos superado la impronta de la primera Corte *mitrista* después de Pavón.

La idea de una Corte constitucional suele ser rechazada, argumentando que es incompatible con el sistema federal de gobierno, lo que de ninguna manera es verdad. Nuestra estructura vigente, a juzgar por su historia, no parece ser nada federal, pero Alemania y Austria lo son y tienen cortes constitucionales. Creemos

firmemente que sólo una corte constitucional sería el camino para pensar en una mayor federalización de la magistratura.

Para remediar la inclinación *porteñista*, poco compatible con el sistema federal de gobierno, habría que habilitar a las provincias a que postulen candidatos a jueces de la Corte o a prever cierto equilibrio, que en el marco constitucional vigente no podría imponérsele al Ejecutivo, puesto que la competencias y poderes que la Constitución le asigna a cada uno de sus funcionarios no se les pueden limitar ni ampliar por ley (por eso se les denomina *funcionarios de la Constitución y no de la ley*).

De momento esta dificultad se podría superar mediante un decreto de autolimitación del Ejecutivo que, en tanto que éste u otro sucesivo titular no lo derogue, permitiría poner en funcionamiento propuestas de candidatos en forma compartida por el Ejecutivo nacional y los gobernadores. Si se tiene en cuenta que una Corte que asuma un control de constitucionalidad más fuerte y ejerza una verdadera casación requeriría más de veinte –y hasta treinta jueces– se abriría el espacio para que por lo menos hubiese un juez por cada provincia.

Los jueces de esa Corte se dividirían en salas especializadas para las cuestiones casatorias (unificación de jurisprudencia), pero votaría su totalidad en las pocas causas en que se planteasen cuestiones de constitucionalidad normativa y de competencia originaria. Esta intervención de todos los jueces en esas materias no presentaría mayores inconvenientes si se articulase un procedimiento interno adecuado.

En una cuestión de constitucionalidad normativa, sólo pueden darse tres respuestas: la norma es constitucional, es inconstitucional o es constitucional en la medida en que se la interprete de cierta forma particular (estas últimas son las llamadas *sentencias interpretativas*). Así, fijadas brevemente las posiciones de los jueces, se designaría por el presidente o el pleno un relator por cada posición y luego

los restantes agregarán los votos particulares con los argumentos coincidentes que considere conveniente expresar. De este modo, el mayor número de jueces tampoco prolongaría el tiempo de tratamiento en los casos de inconstitucionalidad que –como vimos– no son ni serían muchos más que los que trata la Suprema Corte norteamericana.

Las salas especializadas resolverían el problema de la carencia de casación para todo el país, pero el refuerzo del control de constitucionalidad requeriría dos medidas perfectamente compatibles con nuestra Constitución e incluso reclamadas para su eficacia: (a) No es verdad que el control difuso norteamericano y el concentrado europeo sean excluyentes, puesto que en nada se afectaría la competencia de todos los jueces del país para declarar la inconstitucionalidad de una norma si se dispusiese que cualquier declaración de esta naturaleza pase inmediatamente a la Corte Suprema (o bien que sea revisable por una única instancia previa, para descartar lo que pudiese ser un insensatez), con lo cual se eliminaría el penoso recorrido de años por varias instancias hasta llegar a la suprema. (b) Por otra parte, debería consagrarse específicamente la regla *stare decisis*, lo que no afectaría tampoco a la Constitución, pues rige en el modelo en que el texto fundamental se inspiró y nada obsta en su letra para que se considere sin vigencia en nuestro sistema.

13. La posible reorganización institucional en el marco de una eventual futura reforma constitucional

En algún momento la ciudadanía argentina decidirá reformular su proyecto de Estado, o sea, reformar una Constitución que incluso arrastra normas obsoletas que, conforme al principio de no contradicción, deben tenerse por derogadas (renta mínima de los senadores, prohibición de ser miembros del Congreso a los eclesiásticos regulares), aunque no así

otras que no parecen menos disfuncionales (un gobernador puede ser senador por otra provincia).

Son múltiples las razones que imponen esta nueva Constitución, entre otros el accidentado camino seguido por nuestro constitucionalismo que, entre sus aberraciones no deja de registrar una primera reforma en violación a su prohibición temporal, la derogación de una Constitución por bando militar, la introducción de un artículo *bis* por una asamblea que no convocó ningún Congreso y con el partido mayoritario proscripto, la reintroducción de los derechos económicos, sociales y culturales por vía del derecho internacional y otros detalles no menores.

Esa sería sin duda la oportunidad para coronar dignamente la tarea de una nueva estructura judicial que podría bien terminar por configurar un sistema análogo al europeo continental, con la creación de un tribunal constitucional.

De introducirse las reformas que sugerimos en el marco de la Constitución vigente, bastaría con que el nuevo texto crease ese tribunal para dar término a la configuración del nuevo modelo, puesto que la Corte ampliada quedaría con la misma composición y como tribunal de casación (equivalente al Suprema Español, a la Casación Italiana o al *Bundesgericht* alemán), puesto que sólo se le restaría la competencia de control de constitucionalidad. En tal supuesto no sería necesario remover a los jueces de la Corte Suprema, lo que siempre es discutible y susceptible de ser aprovechado aviesamente, pues sólo se modificaría la competencia del tribunal.

La creación de una Corte Constitucional en nuestro país resuelve varios problemas, entre otros, el de la carencia de un tribunal competente en los conflictos entre los tres poderes del Estado, dado que nuestro texto vigente no prevé qué órgano es competente para resolverlo. Por otra parte, sería bueno que la justicia

electoral corresponde a un tribunal ajeno a los poderes tradicionales del Estado.

En cuanto a la nominación de los jueces de una eventual futura corte constitucional, sería bueno que corresponda a mandatos largos pero limitados en el tiempo, considerando que la vitalidad es poco compatible con el principio republicano. Debería también establecerse que su nominación corresponda a diferentes fuentes o estamentos y no únicamente al Ejecutivo y al Senado, como en la actualidad. Dependerá del sistema político que se adopte (presidencialista, parlamentario o combinado) cuáles órganos serían los más indicados para distribuirles las nominaciones: sería racional por ejemplo que fuesen tres los órganos nominadores, con un tribunal de un número fraccionable por tres (nueve o doce), que los mandatos fuesen por un número de años también fraccionable por tres (nueve o doce) y se renovasen cada tres años por tercios.

Insistimos en que no pretendemos ningún monopolio de la verdad, pues quizá haya quienes puedan proponer proyectos más racionales, pero por nuestra parte y para lanzar el debate, creemos que una reestructuración que se aproxime al modelo europeo continental no sólo sería mucho más compatible con el nivel de la ciencia jurídica argentina, sino que también la impulsaría a profundizar la *constitucionalización* de todo el derecho, a ahondar en el ejercicio del control de convencionalidad que nos imponen nuestros compromisos internacionales incorporados a la Constitución y a criticar técnicamente la jurisprudencia de casación, porque sabríamos a qué atenernos cuando nos referimos a disposiciones de nuestros códigos y leyes nacionales.

Entendemos que ha llegado la hora de que, sin perjuicio de penar en algún momento a quien haya cometido algún delito o de sancionar políticamente a quien hubiese incurrido en algún mal desempeño, el debate debe elevarse mucho más allá de las personas que siempre son transitorias, para discutir con

la mayor participación ciudadana posible las alternativas institucionales que nos permitan dotar a nuestra magistratura de una estructura menos defectuosa. Aunque la puesta en práctica de estas propuestas no fuese inmediata, porque serían bloqueadas por intereses políticos coyunturales, el debate resulta imprescindible, porque como los espacios de viabilidad política dependen de imponderables, siempre son imprevisibles, por lo que se impone adelantarse en la discusión y reflexión del tema, pues de otro modo, cuando llegue el momento en que advenga lo imprevisible, podríamos desperdiciar la oportunidad o usarla mal.