

I.

## LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

### Carlos María Cárcova



#### 1.- Las nuevas democracias y la crisis de legalidad

Desde hace unos años la teoría política viene ocupándose de las denominadas "nuevas democracias",<sup>[1]</sup> términos con los que hace referencia a la aparición de formas institucionales que participan de algunos de los rasgos definitorios de las democracias institucionalizadas de Occidente - que a partir de la obra de Robert Dahl<sup>[2]</sup> suelen ser mencionadas como "poliarquías" - pero que carecen de otros u ostentan peculiaridades radicales.

Las referencias empíricas de estas reflexiones teóricas son los procesos de transición abiertos en América Latina tras el fracaso de los regímenes militares de naturaleza burocrático-autoritaria, por una parte, y los procesos de transición inaugurados en Europa del Este tras la caída del muro de Berlín y la subsiguiente "implosión" del estado soviético, por la otra.

Dichas reflexiones no han alcanzado aun un grado de sistematicidad suficiente pero la progresiva abstracción de características que resultan comunes a los procesos estudiados comienza a dar lugar a la formulación de ciertas tipologías. Así, suelen distinguirse las nuevas democracias por su carácter "delegativo" esto es, una concepción y práctica del ejercicio del Poder Ejecutivo según la cual por medio del sufragio se delega a su favor la prerrogativa de hacer cuanto le parezca adecuado para el país, sin estar sujeto, efectivamente, a las reglas de control horizontal formalmente establecidas. Tales reglas atribuyen a órganos razonablemente autónomos, el control de validez y legitimidad de los actos de ese poder<sup>[3]</sup>

También se caracterizan las nuevas democracias como "gobernadas", a diferencia de las poliarquías, que serían democracias "gobernantes"<sup>[4]</sup>. En estas últimas, las decisiones políticas fundamentales son procesadas en los ámbitos previstos institucionalmente, de manera especial en el Parlamento, expresión plural y extendida de la representación de la voluntad popular, es decir, de la soberanía. En las primeras, en cambio, dichas decisiones son materialmente predisuestas en otros ámbitos, en los que reside el "poder real" de los grupos hegemónicos, como pueden ser los corporativos, confesionales, más mediáticos, etc.

Otras distinciones del mismo tipo podrían aun intentarse, pero todas ellas destacan el rasgo respecto del cual estas notas pretenden poner énfasis: las nuevas democracias ostentan *un grave déficit de legalidad*. Porque cuando en un sistema democrático, un poder del Estado se arroga facultades o competencias que la ley no le atribuye, conspira contra un pilar básico del sistema que es el de la división de poderes y al mismo tiempo pone en crisis la noción misma de soberanía popular, so capa de atender a la lógica de la "razón de estado" que, como ha señalado Bobbio siguiendo a Spinoza es, precisamente, la antítesis del estado racional<sup>[5]</sup>. Y cuando las decisiones son procesadas y "sancionadas" en ámbitos que no son los que prevé el orden jurídico, aquella soberanía popular resulta expropiada y, en consecuencia, aquel orden subvertido.

Y la circunstancia apuntada no es un problema menor porque, como afirma O'Donnell<sup>[6]</sup>, el sistema legal es una dimensión constitutiva del Estado y del orden que éste establece y garantiza, en un cierto territorio. Este orden no es igualitario y tiende a reproducir relaciones de poder asimétricas, veladas por la promesa de igualdad ante la ley. Con todo, como argumenta el autor citado, la existencia del orden es fundamental en relación con la previsibilidad social generalizada y la igualdad política de los ciudadanos. Aunque no se extienda a relaciones económico-sociales o culturales, es fundamental para el ejercicio de los derechos políticos que la democracia supone y para la efectividad de las garantías individuales asociadas a la tradición liberal. La noción de ciudadanía democrática se ha ampliado en las democracias institucionalizadas y no se agota en su dimensión exclusivamente política. La posibilidad de obtener una resolución jurisdiccional para su conflicto de intereses o para su reconocimiento interpersonal, grupal o familiar, basado en ley, instituye al sujeto como sujeto de ciudadanía.

Las nuevas democracias, entre otras características, muestran un cierto desapego por la pura y simple aplicación de las reglas de juego socialmente compartidas y formalmente establecidas. Pero, una legalidad a medias supone una democracia a medias y, en consecuencia, es válido preguntarse cuánta cantidad de *desapego* es necesaria para transmutar la naturaleza democrática de un cierto orden.

#### 2.- Un país al margen de la ley

Nuestro país, qué duda cabe, muestra un déficit de legalidad alarmante, que atraviesa toda su historia, pero que se percibe con mayor incidiosidad en el marco de la recuperación democrática<sup>[7]</sup>. Se trata de una música cuyos primeros compases comienzan a

escucharse durante la Administración radical (Estado de Sitio, tratamiento de la deuda externa sin intervención parlamentaria, creación de moneda por decreto, discutida constitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida) para adquirir dimensiones sinfónicas durante el actual gobierno del Presidente Menem. Ejemplificar aquí, resulta mucho menos sencillo, porque la transgresión legal se ha tornado, actualmente, sinónimo de eficacia administrativa. Pero algunas cuestiones de enorme gravedad institucional, no pueden dejar de evocarse, como por ejemplo, el indulto frente a crímenes de lesa humanidad y en relación a personas con procesos pendientes; la remoción y designación de Procurador General sin acuerdo del Senado; la recomposición "ad hoc" de los organismos de control, como la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la Sindicatura de Empresas Públicas, El Tribunal de Cuentas de la Nación, etc. Un solo dato concreto, de naturaleza puramente cuantitativa, ilustra acabadamente la situación aquí descrita. Es el que se refiere a los denominados decretos de "necesidad y urgencia" que, como es sabido, constituyen remedios extraordinarios para situaciones extraordinarias, en las cuales el Poder Ejecutivo asume las potestades del Legislativo. Y bien, desde 1853 hasta 1983, los gobiernos constitucionales dictaron en total 20; durante el gobierno del Presidente Alfonsín, se dictaron 10; durante el actual período de gestión del Presidente Menem se han dictado, más de 300 de este tipo de decretos. (ver Página 12, 16/6/94, pág.6) Algún porcentaje de ellos no han sido nominados como de necesidad y urgencia, pero modificaban o derogaban leyes y disponían en materia reservada al Congreso, razón por la cual fueron también remitidos para su ratificación por este órgano ([8]).

Cuando el papel de la legalidad se devalúa en el ámbito institucional, ocurre lo propio en el ámbito de las relaciones interpersonales. Los compromisos no son asumidos, las convenciones no son cumplidas y una sensación general de desprotección y de impunidad recorre, con efectos naturalmente deletéreos, los entresijos de la vida social.

Por cierto, la Argentina no es una excepción. Baste dar una mirada en derredor, para advertir que padecemos problemas de naturaleza estructural que son comunes a otros países del subcontinente que comparten nuestra azarosa construcción democrática. José Eduardo Faría, un prestigioso sociólogo del derecho brasileño, describe así la situación de su país:

*"Las consecuencias concretas de las crisis de hegemonía, de legitimidad y de matriz organizacional de Estado, en términos de multiplicación de conflictos y de nuevas formas de actuación política, obligaron al Estado brasileño a promover constantes ajustes en lo que se refiere a la organización socio-económica y político-administrativa del país, sin, mientras tanto, conseguir superar las propias contradicciones en que tal organización se asienta. En ese proceso de ajuste, la brecha cada vez más profunda entre el sistema jurídico y los intereses en conflicto de una sociedad en transformación, potenciado por las tradicionales dificultades del Poder Judicial para adaptarse a los nuevos tiempos, condujo a una progresiva desconfianza tanto en la objetividad de las leyes, como criterio de justicia, cuanto en su efectividad como instrumento de regulación y dirección de la vida socio-económica. Deriva de allí una cierta banalización de la ilegalidad y de la impunidad que pasó a caracterizar la "imagen" del Brasil contemporáneo. La imagen de que los códigos se habrían convertido en simple ficción y de que su violación sistemática se habría convertido en regla general, expresando las falencias de las instituciones jurídico-judiciales, tornadas anacrónicas por no haber sabido renovarse."* ([9])

### 3.- Causas estructurales y responsabilidades subjetivas

Tal como se subraya en el párrafo transcrito, la banalización de la juridicidad tiene causas que son estructurales. Las nuevas democracias han debido enfrentar un cúmulo de problemas. En nuestro país, la extorsión en forma de amenaza institucional, de una corporación militar dispuesta a enterrar, conjuntamente con sus fracasos políticos y militares, sus gravísimas responsabilidades en relación con el terrorismo de estado; la multiplicación de legítimas demandas sociales de naturaleza económico-social que no ha podido atender con equidad y, lo que es aun peor, cuyas causas ha exorbitado; la sobredeterminación económica que la crisis del capitalismo desorganizado ([10]) le impone a los países periféricos, etc. Todas estas cuestiones y muchas otras, han impuesto límites a la actuación del Estado que, sin duda, son de naturaleza sistémica y no pueden enfrentarse, ni mucho menos resolverse, en el marco de estrategias puramente voluntaristas. Tal convicción no excusa, sin embargo, la responsabilidad que cabe atribuir a ciertos agentes paradigmáticos en el fenómeno de una legalidad devaluada. Porque se trata de procesos dinámicos, mutables, al interior de los cuales, las diferencias de grado asumen dimensiones no solo cuantitativas sino también cualitativas, como resulta ilustrado en la referencia hecha antes, respecto de los decretos de necesidad y urgencia.

A nivel de la sociedad civil, cabe señalar como fundamental la responsabilidad de los partidos políticos. Del oficialismo, por su inocultable vocación hegemónica, en cuyos altares se ha sacrificado tantas veces la legalidad. De la oposición, por su incapacidad para evitar dichas transgresiones de las que, por otra parte, en más de una oportunidad, se ha hecho cómplice ([11]). De los partidos menores que, al menos hasta hace muy poco, han subordinado a las apetencias personales de sus dirigentes, la posibilidad de brindar efectiva densidad al proyecto de una democracia profundizada, de una democracia radicalizada, en el sentido que la teoría política le atribuye a esta expresión ([12]).

A nivel del Estado hay una responsabilidad conspicua en el Poder Ejecutivo que, como ya se ha mostrado, privilegia la política del atajo institucional; la hay también a nivel de un Poder Legislativo, carente de iniciativa y dispuesto a acompañar la "razón de estado" a cualquier precio, como lo probó, entre otros, el episodio del "diputrucho", con cuya presencia se aprobó la ley de ampliación de la Corte Suprema. Pero es aun mayor el reproche que, en relación con la crisis de legalidad que nos aqueja, concierne al Poder Judicial y, en especial a la cabeza de ese poder, la Corte Suprema de Justicia. Porque es el Poder Judicial, precisamente, quien tiene atribuido en un régimen republicano y democrático, el control de legitimidad de los actos del poder administrador y el control de constitucionalidad de los actos del legislativo. Ese control, de hecho, queda en manos de la Corte, toda vez que ella constituye la última instancia de conocimiento y decisión, cuando no la única, en los casos en que están en juego atribuciones y competencias de los otros poderes, tanto como en los casos en que, lo que está en juego, es el régimen fundamental de garantías y derechos, consagrados en la parte dogmática de la Constitución Nacional.

### 4.- El papel de la justicia: la Corte Suprema

Un conjunto de circunstancias desdichadas que comenzaron por una ampliación inconulta -justamente sospechada de ilegítima en su trámite mismo, como ya se recordó- sin otro objetivo que no fuera el de asegurar al Ejecutivo una mayoría adicta, han conducido al más Alto Tribunal de la República, a un nivel de desprestigio probablemente inédito en toda su historia. La mayoría de los nuevos jueces designados, exhibieron sin rubor su total dependencia del poder de Estado que estaban constitucionalmente llamados a controlar, a fin de garantizar el funcionamiento mismo de la República. El caso sin duda paradigmático, es el del recientemente designado Ministro de Justicia, Dr. Rodolfo Barra, hombre de talento multifuncional, que pasó de la Subsecretaría de Obras Públicas al Vice Ministerio del Interior; de allí a la Corte, para producir el discurso doctrinario más elaborado, tendiente a legitimar las políticas privatizadoras y el desgüase del Estado a cualquier precio y de cualquier manera, aun de aquellas que afectaban derechos adquiridos o pasaban por arriba de los procedimientos instituidos. De este lugar, disciplinada renuncia por medio, al centro de la operación política oficialista en el seno de la Convención Constituyente y, ahora, a la titularidad de la cartera mencionada, como público reconocimiento de los importantes servicios prestados. Otros casos se asemejan al del Dr. Barra, como el del Dr. Cavagna Martínez o el del Dr. Boggiano, afectado aun por el escándalo de la supresión de una sentencia por encargo del Ministro de Economía que, como se recordará, lo tuvo como protagonista. No menos patético resulta el papel del Juez Belluscio, antiguo integrante del Tribunal y alineado con la minoría, sobre el cual pesan multiplicidad de reproches, buena parte de ellos probados y con entidad suficiente como para haber impuesto un apartamiento ético o haber justificado el juicio político. Como es ya largamente sabido, oficialismo y oposición han negociado evitando ese procedimiento en el caso en cuestión y, correlativamente, en el de una magistrada federal, amiga del Gobierno y encargada de algunos de los casos más explosivos de corrupción oficial.

Los historiadores recordarán en el futuro, seguramente, hasta qué punto la Corte comprometió su prestigio no solo en asuntos en los que estaba en juego alguna cuestión estratégica de la política gubernamental, sino también en aquellos en que mediaban intereses menores de amigos o cortesanos, como fue el sonado caso de una demanda laboral contra el Restaurant Hipopotamus, y de tantos otros, referenciados con profusión de detalles en el cap.VI de "HACER LA CORTE", el libro de investigación periodística publicado por Horacio Verbitzky.

## 5.- La dimensión política de la función judicial: de R. Dworkin a C. Schmitt.

Sin embargo, no es esta la cuestión que importa aquí analizar, sino una otra, que hace a la dimensión política de la juridicidad y a un cierto malentendido a su respecto. La función judicial es la función propia de un poder de Estado, esto es, es una función política por antonomasia. Una función que tiene a su cargo -como la ejecutiva y la legislativa- la realización de los principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución Nacional. La circunstancia de que ésta sea una tarea especializada, estilizada, basada en un complejo conjunto de conocimientos, de técnicas y de procedimientos que son parte de una muy larga tradición cultural, no le resta aquel carácter. Un paradigma jurídico ya definitivamente en crisis, de orientación formalista e instrumental, ha contribuido a mostrar sólo las dimensiones "tecnológicas" del derecho y a escamotear, correlativamente, esas otras en las que este discurso social se despliega en su función de legitimación y organización del poder, es decir, en su función política. Esta cuestión que dio lugar en los setenta, a la aparición de las denominadas "corrientes críticas" en la teoría jurídica, pudo discutirse, por entonces, con cierta bizarría, pero es hoy un lugar común. Véase la opinión de un liberal católico como Germán Bidart Campos:

*"... Toda la función de administrar justicia es política, esencialmente política, porque es función del poder estatal, que es poder político. No se debe temer la afirmación que rescata la politicidad esencial de la función judicial (conf. Sagues, Nestor P. "Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial" L.L.25/9/81)... Es que la referencia tiende a la política partidaria? Acá si debemos también apurarnos a contestar enfáticamente que no; la imparcialidad del Poder Judicial no es compatible con la política partidista... No cabe demasiada duda pues, de que la Corte Suprema es a la vez tribunal y poder, en todos los sentidos que se pueda atribuir al vocablo y a la realidad del poder cualificado como político. Que postulemos la "apoliticidad" de la Corte como apartidismo o despolitización partidaria, nada tiene que ver con la otra afirmación. O tal vez la tenga porque, precisamente, si la Corte se politiza en el sentido partidario -toma partido por una política de Partido- su verdadera función política, su poder como poder y como tribunal disminuye, se enturbia, se enreda en las pujas que le son ajenas, desciende a los antagonismos que, dentro y fuera de la esfera de poder, tienen que protagonizar sujetos distintos de ella.*

Y culmina con énfasis nuestro autor:

*"... El tribunal es poder, tiene poder, ejerce poder, comparte poder, gobierna, co-gobierna. No es esto una absorción de los otros poderes por el Poder Judicial; no es esto un descarrilamiento del Poder Judicial ni una quiebra de la tripartición divisoria. Es el meollo esencial de la función de administrar justicia o, si se prefiere, de la justicialidad de todas las cuestiones en las que la Constitución da por habilitada la competencia de la Corte." ([13])*

Está claro, pues, que cuando se reconoce la dimensión política de la función judicial se hace mención a una actividad que tiene como finalidad alcanzar la realización del entramado de principios, valores, instituciones y comportamientos societales que están definiendo y constituyendo un cierto orden. Cuestiones que en nuestro caso, apuntan a la libertad, la igualdad -al menos la que formalmente supone el ejercicio de una ciudadanía universal-, la seguridad, etc. y, al mismo tiempo, a las instituciones concebidas para garantizar ese plexo, como la división de poderes, el debido proceso, etc. Dicha tarea no puede confundirse con las lealtades facciosas. Lo que sí ofrece problemas, en cambio, es la necesidad de distinguir y precisar los límites que enmarcan el activismo político del Poder Judicial y, fundamentalmente, de la Corte Suprema.

En un trabajo que realizáramos hace unos años, acerca del papel del derecho en la transición democrática ([14]), sosteníamos que éste se cumplía, básicamente, a través de un proceso de resignificación de prácticas, normas e instituciones, desplazando la cultura del autoritarismo y reconstruyendo (o construyendo) un imaginario democrático. Que en esa tarea cabía un rol primordial a los jueces y, particularmente, a quienes tenían en sus manos la casación, es decir, la interpretación en última instancia, como es el caso

de la Corte, en nuestro sistema legal. Afirmábamos que el Alto Tribunal, después de 1983 y antes de su ampliación, había desplegado una importantísima tarea jurídico política, ejemplarizando y asumiendo la lógica y la axiología de los principios democráticos, del estado de derecho, de las libertades individuales en una permanente ampliación del concepto de ciudadanía. Resolvió situaciones concretas, sentó criterios, influyó en los tribunales inferiores, comprometió la actuación de otros poderes - recuérdese el caso Sejean s/divorcio vincular - y recondujo valoraciones sociales. El conjunto de fallos que ilustraban las afirmaciones precedentes, exaltaban la autonomía de las opciones éticas personales, el derecho a la privacidad, a la libertad de conciencia, a la independencia en la formulación de los planes personales de vida, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral pública, igual derecho para el resto de los individuos. Así, pudo declarar la inconstitucionalidad de la norma del Código Civil que impedía un segundo matrimonio válido (Sejean, ED 121-522), desincriminar la tenencia de droga para uso personal (Bazterrica, ED 26-9-86), acoger la objeción de conciencia para los deberes militares (Portillo, ED 133-364), declarar la inconstitucionalidad de una norma penal por la irrazonabilidad de la sanción que contenía (Causa 32.154 ED 15-8-89), de otra que prohibía a los extranjeros ejercer la docencia en establecimientos privados (Repeto, ED 25-4-89), fijar, por último, equilibrios adecuados en relación con la libertad de expresión y la de prensa, por una parte, y los derechos a la intimidad por la otra (Ponzetti de Balbín, FALLOS 306:1992), etc.

En todas estas decisiones y muchas otras que podrían mencionarse, aquella Corte operó, políticamente, en la reconducción de un imaginario democrático, inspirada, en gran medida, en las líneas predominantes de la actual jusfilosofía anglosajona en la que se destacan autores como John Rawls, Ronald Dworkin o Joseph Raz, como expresiones de un liberalismo con preocupaciones sociales.

La actual Corte también ha operado políticamente, pero lo ha hecho al amparo de una concepción bien diferente. De una concepción que no instrumentaliza los valores explícitos del sistema constitucional, sino que los posterga o desnaturaliza inspirada en una idea de prosapia autoritaria y que ha dado en denominarse "decisionismo". La cuestión ha sido bien estudiada en algunos trabajos de jóvenes y talentosos investigadores, nucleados en una publicación especializada que ha producido una importante renovación en el ámbito de la crítica jurídica, y que se denomina "NO HAY DERECHO"<sup>[15]</sup>. Aquella idea es de Carl Schmitt, quien formulaba grandes reproches al "estado liberal burgués de derecho", pues este consagraba una teoría disolvente como era la del liberalismo y además impedía la adopción de decisiones políticas. Para el autor de "Teoría de la Constitución", el dato esencial de la creación jurídica estatal es un obrar volitivo al cual denomina "decisión política". Sostiene:

*"...en toda decisión, incluso en la de un Tribunal que en forma procesal realiza subsunciones de tipo concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma. Yo he propuesto para dicho elemento la denominación de decisionismo".*

Tanto Courtis como Abramovich explican la aparición de argumentaciones de matriz decisionista, por cierto tipo de "demandas pragmáticas" propias de las políticas de ajuste. "El discurso decisionista -dice este último- circula furtivamente a nivel del discurso jurídico práctico emanado de los órganos habilitados por la institución social para producirlo y constantemente se combina con tramos discursivos de signo antagónico en el marco de una apremiante acumulación de poder político." Como corroboración de sus observaciones el autor menciona el auge y proliferación de los decretos de necesidad y urgencia y la flexibilización de los mecanismos de control del poder a efectos de una mayor eficacia de sus decisiones. Y agrega:

*"La sombra del "exitoso" ajuste económico chileno desarrollado bajo un régimen político autocrático, la deficiente acumulación de poder político para el ajuste en otros países de la región, en los que se imputan los magros resultados a la lentitud y obstruccionismo de los órganos parlamentarios, y el reciente autogolpe peruano que irradia su onda expansiva por toda sudamérica, constituyen un ámbito adecuado para la profundización del discurso decisionista. Resultan textos jurídicos así inspirados, los fundamentos de la ley de emergencia económica, de los decretos de necesidad y urgencia y principalmente el voto de la mayoría de la Corte Suprema in re PERALTA (JA, 1991-II, pág.552) y GODOY (id. pág.454)."*

En el primero de ellos se desvaloriza la eficacia de los cuerpos pluripersonales para la toma de decisiones y se pone en cabeza del Presidente adoptarlas cuando "la realidad las reclama con urgencia impostergable." El fallo exalta la personalización del poder en clave schmittiana. Carl Schmitt fue fiscal en el Tercer Reich y, más tarde, Consejero de Estado en Prusia. En su "Teoría del Orden Concreto", como recuerda Abramovich, sostiene que la hegemonía de la norma no es absoluta. Ella importa si es beneficiosa para el orden, lo que puede implicar ajustarse a ella o prescindir de su mandato. Por eso, dirá Schmitt, todo hombre encargado de la exposición, interpretación y aplicación del derecho alemán debe vincularse a la Nación y al Pueblo alemán en razón de igualdad de raza; principio de la identidad de la estirpe. La voluntad a secas del período decisionista es, así, sustituida por la voluntad del Führer.

En el segundo de los fallos mencionados la Corte vuelve sobre la doctrina de la validez de las normas emanadas de gobiernos de facto, revisando la sentada en su composición anterior, que establecía el criterio de que aquellas eran ilegales en su origen, pese a lo cual se les reconocía validez por habilitación del nuevo ordenamiento en aras de la seguridad jurídica, pero dejando a salvo la potestad anulatoria de los órganos estatales competentes, cuando se acreditara su lesividad. Ahora resuelve otorgar validez plena a las normas de facto en paridad de condiciones con las normas de iure y sostiene que la posición precedente, constituye una teoría anárquica que debe ser vivamente rechazada. De acuerdo con Schmitt, la Corte sienta el criterio de que lo que existe políticamente, es digno de existir jurídicamente.

Un párrafo del voto mayoritario en el citado caso PERALTA, sintetiza, de manera transparente, la estrategia decisionista de la Corte en su actual composición:

*"...Que en tiempos de graves trastornos económico-sociales, el mayor peligro que se cierne sobre la seguridad jurídica no es el comparativamente pequeño que deriva de una transitoria postergación de las más estrictas formas legales(sic), sino el que sobrevendría si se las mantuviera con absoluta rigidez, por cuanto ellas, que han sido fecundas para épocas de normalidad y sosiego, suelen adolecer de política eficiente frente a la crisis."*

Convendría, quizá, recordar aquí que, en lo que va del siglo al menos, nuestro país ha tenido pocas épocas de normalidad y sosiego; y que nuestros desasosiegos han estado directamente emparentados con la inobservancia de las reglas de juego.

La Corte actual, no solo ha dejado en claro, en numerosos fallos, su voluntad de colaborar activamente con el proyecto político del Ejecutivo, también ha producido un retroceso autoritario en el ámbito de las libertades personales, derechos de las minorías y garantías procesales, lo cual no es sino una consecuencia directa de los patrones ideológicos dominantes que informan sus decisiones.

## 6.- Coda participativa

Hechas las distinciones precedentes puede volverse a la cuestión acerca de la politicidad de lo jurídico. Es esta Corte mas política que la anterior? No. Es política, básicamente, en un sentido distinto. Por un lado porque ha perdido una cierta independencia que, la anterior, por lo general, defendió. Por el otro, porque su estrategia política no es realizativa de los valores fundantes del orden compartido, cualquiera sea la opinión que éste nos merezca. Su estrategia consiste, bajo pretexto de atender los críticos requerimientos de la emergencia, en excepcionar tales valores. Con esa actitud se refuerza la situación que al inicio de este texto exhibiéramos como limitante fundamental del proyecto democrático en nuestro país, esto es, la de una legalidad devaluada, un desapego por las reglas, una banalización de lo jurídico, un "país al margen de la ley".

Frente a esta crucialidad no pueden proponerse recetas. Pero pueden imaginarse alternativas. Ellas se vinculan con la profundización, con la radicalización de la democracia de forma tal que ella no quede confinada al solo acto de votar. Se trata, como sostiene Boaventura de Souza Santos <sup>[16]</sup>, de redefinir y ampliar el campo de lo político y de la participación popular. Se trata, - como sugiere- de llevar la democracia al espacio de la producción; al espacio doméstico y al espacio mundial, donde predominan relaciones despóticas. Pero también, de ampliar los límites de la ciudadanía. Ya se ha visto cómo, muchas prácticas sociales se han despolitizado ficticiamente. Politizar la juridicidad implica, entre otras cosas advertir que: quiénes sean llamados a ejercer la judicatura; cómo sean ellos elegidos; de qué manera puedan ser, eventualmente, removidos de sus cargos; cuáles antecedentes, morales y técnicos, deban exhibir, todo ello, es una cuestión de ciudadanía. Es una cuestión que reclama la participación, la deliberación y la decisión, democráticamente procesada, de todos. Se ha dicho siempre que el Poder Judicial es el menos democrático de los poderes de estado. El texto implícito agregaba: "...y no puede ser de otra manera". El texto implícito mentía. La mera circunstancia de que la elección de los jueces por el Senado, requiera una mayoría calificada -tal como hoy se discute en la Convención Constituyente- implica una garantía de mayor pluralismo y de menor clientelismo. Un Consejo de la Magistratura en serio, los concursos abiertos y públicos, la periodicidad en el ejercicio de la función y muchas otras cuestiones, susceptibles de ser implementadas, permitirían democratizar la función jurisdiccional y, con ello, jerarquizarla y prestigiarla. Acercarla al ciudadano y someterla a su control. Nos va en ello, en buena medida, el futuro de la democracia que estamos construyendo.

[1] v. Entre otros Guillermo O'Donnell, Philippe Schmitter, Adam Przeworski, Alan Ware, Scottmain Waring, Francisco Weffort.

[2] v. "*Polyarchy. Participation and Opposition*". New Haven. Yale University Press.

[3] v. O'DONELL G. "*Delegative Democracy?*" Working Paper, N° 172 Kellogg Institute (citado por el propio autor en "Desarrollo económico" N° 130 p. 183)

[4] v. WEFFORT, Francisco: "*Qual Democracia?*" Companhia Das Letras. Sao Paulo. 1992.

[5] v. BOBBIO, Norberto. "*Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*". Editorial Debate, Madrid, 1985.

[6] v. "*Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales*". En "Desarrollo Económico" (IDES) N° 130, pág. 166.

[7] En Agosto del año pasado se produjo la inesperada, sentida y prematura desaparición de Carlos S. Nino, uno de los más brillantes especialistas de Filosofía Jurídica y Política en nuestro país. Su obra póstuma, "*Un país al margen de la ley*", EMECE, 1992, constituye un estudio exhaustivo, honesto y comprometido de esta situación que caracterizaba como de "inobservancia generalizada de normas jurídicas, sociales, convencionales, técnicas, conceptuales y morales..." (pág. 269)

[8] Los datos provienen de una investigación de Delia Ferreira Rubio y Mateo Goretti, citada por Horacio Verbitsky en "*Hacer la Corte*", Planeta, 1993, pág. 165.

[9] "O Judiciario e o desenvolvimento socio economico" en "*Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justica*". FARÍA J.E. y ot. Malheiras Ed., Sao Paulo, 1994.

[10] OFFE, Claus. "*Capitalismo Desorganizado*". Ed. Brasiliense, sao Paulo, 1989.

[11] El último ejemplo lo constituye el mecanismo de voto acordado para las materias indisponibles del "paquete" de la Reforma Constitucional, que en opinión de los más prestigiosos constitucionalistas, (Vanossi, Bidart Campos, Frías) implica una trasgresión de la normativa aplicable (v. reportaje a éste último en Clarín del 13/6/94), tanto más lamentable cuanto en términos generales -y con excepción del debatido tema de la reelección presidencial- ellas contaban con amplio consenso.

[12] v. LEFORT, Claude, "*La Inversión democrática*"; Laclau, Ernesto "*Hegemonía y estrategia socialista*", Siglo XXI.

[13] BIDART CAMPOS, German. "*La Corte Suprema*". Edición Allende y Brea. Bs.As., 1982, pág. 15 y ss.

[14] RUIZ, Alicia E.C., y CÁRCOVA, Carlos M. "Derecho y transición Democrática" en "*Materiales para una teoría crítica del derecho*". Ed. Abeledo Perrot, 1991, pág. 313 y ss.

[15] Pueden verse en especial: Christian Courtis, "*Justicia tomada*", N°6 Agosto 1992, pág. 6; Víctor B. Abramovich, "*Atame!*", N°6, pág. 10 y "*Todos los jueces son crustáceos*", N°8, (Dic.1992) pág. 2; Eduardo Oteiza, "Crónica de una muerte anunciada", N° 10 (Dic.1993), pág. 2

[16] DE SOUZA SANTOS, B. "Subjetividad, ciudadanía y emancipación" en "*El otro derecho*", N° 15, Bogotá, 1994.