

La reforma del sistema de Justicia (2003): una mirada crítica

Yanina Guthmann

Instituto Gino Germani

yaniguth@yahoo.com.ar

Propuesta temática: Derecho, ciudadanía y democracia

INTRODUCCIÓN

Actualmente, la Corte Suprema pareciera jugar un nuevo rol en la arena institucional argentina a través de decisiones políticas innovadoras. Primero, la Sentencia de 2005 alrededor de la abrogación de las leyes de impunidad (Ley de Punto Final (1986) y Ley de Obediencia debida (1987)) habilita e incita definitivamente, luego de más de veinte años, la apertura de los casos alrededor de los crímenes cometidos durante la última dictadura militar por un lado, y por el otro establece la primacía de los valores y principios de los derechos humanos por sobre el derecho interno. En esta misma perspectiva, la Corte Suprema introdujo la cuestión de la efectividad de los derechos ambientales en el caso de contaminación industrial del río Matanza-Riachuelo en la provincia de Buenos Aires (julio 2006) y la de los derechos económicos y sociales a través del cuestionamiento del sistema actual de jubilación (agosto 2006). Estas decisiones muy consecuentes, también llamadas “litigios de reforma estructural” (Gargarella, 2006), permiten consolidar el funcionamiento democrático y obligan al poder ejecutivo a responder a través de políticas públicas¹; deben comprenderse sin embargo, en el marco más amplio de las reformas recientes sufridas por el Sistema de Justicia.

Un problema mayor en Argentina, la falta de independencia de la Justicia, puede constatarse desde al menos los años 30. La fragilidad del poder judicial y en particular de la Corte Suprema es un fenómeno antiguo que generó hasta muy recientemente un escandaloso estado de “impunidad estructural” (Binder, 1994). Sin embargo, a partir del 2003, se producen algunas reformas que buscan revertir esta tendencia. En particular, el decreto 222/03 y la reforma de la Comisión de Acuerdos del Senado que incorporan nuevos mecanismos en la elección de los Ministros de la Corte, así como algunas reformas en el funcionamiento de la Corte Suprema, suponen una transformación importante en la estructura institucional. En este sentido, las preguntas alrededor del rol de la Corte Suprema en democracia, de la posibilidad de participación de la ciudadanía en la Justicia y del “uso alternativo del derecho” se vuelven esenciales; preguntas en torno al derecho, su imperio, su poder y sus justificaciones.

¹ Es interesante acercarse a las audiencias en las salas de la Corte Suprema donde algunos jueces analizan y cuestionan la gestión ambiental del poder ejecutivo.

A) La independencia de la Corte Suprema en Argentina: un desafío que nos concierne

« *No hay libertad, si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. (...) Todo estaría perdido, si el mismo hombre o el mismo cuerpo de principios, o de nobles, o del pueblo ejercieran los tres poderes* » Montesquieu, *L'esprit des Lois*.

La soberanía popular y la democracia están en peligro cada vez que un poder del Estado se da facultades o competencias que la ley no le atribuye. Esta situación va en contra de un pilar fundamental del sistema: la división de los poderes y el sometimiento al Estado de derecho. Si bien los intentos de los poderes políticos de someter al poder judicial pueden verificarse en los países más consolidados democráticamente (“En ningún Estado democrático se da un sistema real de división de poderes al estilo del descrito abstractamente en la Constitución (Schiffirin, 2007)), aparecen sin embargo de forma más evidente y violenta en los países “menos desarrollados”. En Argentina, por ejemplo, es típico de cada nuevo gobierno intentar limitar y eliminar toda independencia a la Corte, ya sea refundándola completamente ya sea cambiando sus jueces para obtener una mayoría favorable. La Corte argentina se caracteriza por “la inestabilidad en la composición y por la inestabilidad normativa, atribuible en primera instancia a las rupturas del orden constitucional y en menor medida a la reforma (no fue necesario reformar lo que podía obviarse)” (Ansolabehere, 2006, p. 100) Esto es una forma de *spoil system*, es decir, que luego de cada cambio de mayoría parlamentaria se cambian completamente los miembros de la administración así como el poder judicial para controlar los órganos claves. En particular, el sometimiento de los jueces frente al ejecutivo fue facilitado por los golpes de Estado, validados por jueces que llevaron a los dictadores a cambiar a los jueces *manu militari*, sometiéndolos a su voluntad, lo que obligó a las democracias a renovar el aparato judicial (Nino, 2005, p. 80). Algunos ejemplos.

En 1947, y luego de pasada la etapa de la restauración conservadora, el presidente Perón, decide llevar a cabo un juicio político contra tres de los cinco miembros de la vieja Corte (un cuarto renuncia y el último se mantiene en su puesto). Luego de la caída de Perón en 1955, los cinco ministros de la Corte anterior fueron destituidos. El gobierno constitucional de Frondizi en 1958 no tuvo necesidad de modificar la Corte porque tres de los miembros renunciaron. De todos modos, Frondizi promovió el aumento de los miembros la Corte. Cabe destacar que durante este período no sólo cambiaron todos los miembros de la Corte, sino que también se removieron a los miembros de las instancias inferiores considerados favorables al peronismo. El gobierno democrático siguiente, el de Arturo Illia (1963), promovió un nuevo aumento del número de jueces pero un nuevo golpe de Estado militar (1966) llega antes

incluso que se tratara el proyecto en el poder ejecutivo. Apenas en el poder, en 1966, los militares intentaron destituir a los miembros del Tribunal. Esos jueces renunciaron justo antes de la llegada del nuevo gobierno constitucional en 1973. Se formó entonces un tribunal ad hoc el 24 de mayo de 1973. Los cinco nuevos miembros eran peronistas (por su acción política o su activismo intelectual). Contrariamente a la historia de la Corte, estos jueces no provenían de la familia judicial, ni tenían carrera en los tribunales. Durante la dictadura de 1976, se intentó la destitución de todos los jueces nombrados tres años antes. Bajo la presidencia de Menem se constata una lógica agresiva, visible a través de la tutela de los tribunales. Esta política se tradujo luego de su acceso al poder en 1989 por el aumento del número de jueces de la Corte Suprema, que pasa de cinco a nueve. Como explica Ruibal (2006, p. 82), durante el gobierno de Menem se aprobó la ley de ampliación de la Corte, el 17 de 1990, al día siguiente se enviaron al Senado los pliegos de los candidatos elegidos por el Ejecutivo. Cinco de entre ellos estaban claramente sometidos y esta maniobra, acompañada de la renuncia del Juez Bacqué, un juez peronista pero no complaciente, le garantizaba una “mayoría absoluta”¹. El senado los aprobó el día 19 de abril, durante una sesión secreta que duró siete minutos y a la que no asistió la oposición.

Esta historia resulta en una forma de “esclavitud burocrática” que facilita un proceso de auto-legitimación de las decisiones tomadas. Es en este contexto que se debe comprender la importancia del decreto 222/03. En efecto, en el 2003, una decisión histórica se produce: el poder ejecutivo dicta el decreto 222/03 a través del cual auto limita su facultad constitucional de designar a los futuros miembros de la Corte Suprema. Esta transformación acentúa el tímido camino emprendido luego de la reforma Constitucional del 94². En cuanto al procedimiento para la selección de magistrados de la Corte Suprema, la reforma constitucional no modificó el mecanismo, ya que los jueces de la Corte Suprema seguían siendo nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, pero a partir de 1994 ya no era suficiente la mayoría absoluta de los miembros presentes de esta cámara para otorgar el acuerdo, sino que era necesario el voto de los dos tercios de los mismos (art. 99, inc. 4). Se promueve un consenso entre las diversas agrupaciones políticas que le impida a una transitoria mayoría designar a las personas de forma arbitraria.

² En efecto, en contrapartida de la revisión constitucional negociada entre los radicales y los peronistas en 1994 (lo que permitió la reelección de Menem), el partido Radical consiguió imponer la obligación de una reforma del procedimiento de nombramiento y promoción en la magistratura. Sin embargo, la “mayoría automática” de Menem se mantuvo firme. La inacción del gobierno de Menem en este nivel muestra, de nuevo, una desconfianza de todo poder sobre la magistratura. Durante el gobierno de Duhalde, se designó un nuevo miembro del Tribunal sin que mediara un proceso de discusión pública sobre las condiciones del candidato.

Este decreto establece criterios de base para la nominación de los jueces así como un procedimiento de consulta a los ciudadanos y la toma de datos sobre el candidato antes que los pliegos partan del Ejecutivo al Legislativo. La reforma incorpora una audiencia pública para tratar los pliegos enviados desde el poder ejecutivo al Senado. El candidato a la Corte participa de esta audiencia respondiendo a las eventuales preguntas de los ciudadanos. Por otra parte, el 2 de julio de 2003, el Senado aprobó las modificaciones al reglamento de su Comisión de Acuerdos para dar mayor publicidad al proceso de confirmación de jueces y conjuces de la Corte, del Poder Judicial en general y del Ministerio Público. Estas medidas que tienden a buscar una mayor publicidad estarían mostrando que del mismo modo que el gobierno tiene la responsabilidad de ocuparse de los asuntos públicos de forma honesta, la ciudadanía tiene la responsabilidad ineludible de controlar la gestión del estado.

Desde Tocqueville, el rol de la “sociedad civil”, y más particularmente del fenómeno asociativo, está visto como fundamental para el buen sentimiento de un Estado. Para que la «lucha por la legalidad» (Binder, 1994) se haga efectiva y sea objeto de mecanismos democráticos, convendría redefinir y ampliar el área de lo político y de la participación popular. Se trataría entonces en cierto modo de una forma de vigilancia ciudadana. En esta misma óptica, analizaremos la reforma de la Corte Suprema.

B) La reforma de la Corte Suprema y la función política de la Justicia

Los tribunales son el espacio por excelencia de la protección de los derechos establecidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos. Según Cárcova (1994), la función judicial es la función propia de un poder de Estado, es decir una función política por excelencia. Toda la función de administrar Justicia es esencialmente política y el tribunal es poder, tiene el poder, ejerce el poder. La dimensión política de la función judicial es clara en tanto que uno se refiere a una actividad que tiene como finalidad buscar la implementación de principios, valores, instituciones y comportamientos sociales que definen y constituyen un orden. Parecería que toda democracia entendida como Estado de derecho se define doblemente: un criterio procedural que regula la democracia a partir del carácter público y codificado de las leyes; un criterio substancial por otro lado, que reenvía al sistema de valores reconocidos que el sistema jurídico intenta promover. Es en la Constitución, bajo un modo positivo, y en el código penal bajo un modo negativo, que esos valores se afirman más claramente (Ost, 1999).

La justicia es entonces guardiana del derecho, de los pactos anteriores que unen una comunidad. Garantiza la identidad de una democracia comprendida como una forma que se

mantiene, como una “promesa”. En este sentido, existe una relación directa entre la estabilidad del sistema de justicia y la calidad de la democracia. En particular, en el caso argentino, se agrega que la estructura jerárquica del poder judicial implica que “Lo que diga o deje de decir la Corte, entonces, resulta de un valor extraordinario: (...) Debe notarse que ésta no será sólo la “última palabra” judicial sino también política: dentro del país, nadie puede ir más allá de la Corte, que queda entonces situada como motor inmóvil de toda la estructura institucional” (Gargarella, 2002). Aunque según Kapiszewski (2006), todavía no haya estudios muchos empíricos que analicen la interacción entre el control de constitucionalidad de las Cortes y la calidad o estabilidad de la democracia. En este, sentido el hecho que la Justicia no haya cumplido coherentemente su función política es entonces un problema muy grave.

En 1930 y luego del primer golpe de Estado militar contra un gobierno resultado de elecciones libres, la Corte acepta jugar un rol sometido y reconocer en un primer tiempo las nuevas autoridades, legitimando así el estado de excepción (Ansolabehere, 2006, p. 104). Según Nino (2005, p. 63), este “fue quizás el evento más triste de la práctica constitucional en Argentina”. Durante el gobierno de Perón, la Corte Suprema amplía la doctrina de los gobiernos autoritarios. Por ejemplo, acepta la legitimidad de los decretos votados por los gobiernos de facto incluso si no fueron votados por el Congreso (y siempre que no fueran derogados por otras leyes). De 1946 a 1955, hay una adecuación de las instituciones políticas y de justicia a la “doctrina” justicialista de la mano del gobierno peronista. A lo largo del período posterior a la caída de Perón, la Corte continúa tolerando un ejercicio autoritario del poder. En particular, interpreta de forma amplia la doctrina de las cuestiones políticas. Es decir, según se interpreta el principio de la división de los poderes, el tema de las cuestiones políticas sería una consecuencia lógica de él. Las ramas legislativa y ejecutiva serían entonces los ámbitos políticos del gobierno. Sin embargo, como explica Bergalli (1984, p. 65) la determinación de la naturaleza política de una situación que se halla bajo consideración judicial es bastante aleatoria: “Este juicio adquiere más vigor si se tiene presente que las propias cartas constitucionales, si bien son documentos de formas jurídicas, sus contenidos son esencialmente políticos”. Durante la dictadura de 1976, se reforzó el principio de impunidad de forma más fuerte que antes. La Corte dictó un acto que estableció los objetivos del “Proceso de Reorganización Nacional”. Esta ausencia de juridicidad alcanza su punto culminante con una política sistemática de terror pensada y puesta en marcha de forma ilegal y clandestina. Miles de desaparecidos, ejecuciones y torturas se suceden. El poder judicial fue particularmente impotente para contener la negación de los derechos fundamentales. La Corte

suprema valida el esquema fundamental y las medidas aplicadas por el régimen, en particular la sumisión de los civiles a los tribunales militares.

A partir del 2003, la Corte Suprema, se preocupó de hacer más transparente su acción. Esta institución mostró particular interés por las demandas de los organismos de la “sociedad civil”. Durante un coloquio organizado por el CELS, en diciembre de 2003, esta ONG, expuso frente al Ministro Petracchi, presidente de la Corte, recomendaciones para mejorar el funcionamiento del poder judicial. La Corte decidió entonces publicar los casos. Esto permite un control de las decisiones. Es importante en efecto que un sistema judicial sea independiente de las presiones políticas y de los problemas burocráticos, pero hay que garantizar que este poder no decida tampoco en última instancia.

En este sentido, el proceso de toma de decisiones debería ser el más imparcial posible, es decir que debe hacer de forma en que las decisiones públicas reflejen efectivamente todos los puntos de vista involucrados. Según Méndez, (p. 286) en lo que respecta a las políticas públicas, pero que puede aplicarse a las políticas implicadas por las decisiones judiciales, “es posible concebir un criterio de calidad de la democracia según el grado en que se escuche, durante el proceso de formulación de políticas públicas, a los sectores de la población que serán afectados por ellas.” Y el terreno de base según Bergalli es el de “una teoría de la sociedad que explica las relaciones humanas como relaciones contradictorias, antagónicas, en conflicto, y no simplemente de desigualdad” (p. 94). En este sentido, hay que poner en relación a los grupos sociales más vulnerables con la Corte Suprema. Según Nino, hay que ampliar el debate público, hacer más racional el proceso de justificación mutua y dar más oportunidades de participación en las decisiones (Nino, 2005). De tal manera, ese control y apoyo de la opinión pública hará más firme la independencia frente a los demás poderes.

Para garantizar una mayor apertura de la Corte, se reglamentó entonces la figura del *amicus curiae*³. Esta permite a los terceros que no son parte en el caso expresar su punto de vista bajo la forma de texto depuesto en la Corte para defender un interés más general. Este modo de intervención permite dar la palabra a los grupos o fuerzas políticas cuya importancia no se mide ni de manera aritmética como en la representación electoral, ni por la demostración de fuerza en la calle, las ONG por excelencia. Además de garantizar la participación ciudadana que hace de la justicia una actividad colectiva, no circunscripta a la decisión de un juez y a los argumentos de las partes, este procedimiento permite establecer un mecanismo de control frente al tribunal que no podrá ignorar los argumentos dados por los

³ La institución del *amicus curiae* es una figura clásica cuyos antecedentes más lejanos se encuentran en el derecho romano. Fue incorporado más tarde a la práctica judicial de los países de tradición anglo-sajona.

actores de la comunidad. A menudo, ese recurso permite aplicar los standards impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos, un instrumento muy útil para el control de políticas de Estado. En efecto, en 2001, un Tribunal en España envía un mandato de arresto internacional para responsables de violaciones a los derechos humanos en Argentina. Una ONG se presentó entonces como *amicus curiae* en ese caso y aportó los argumentos jurídicos (a partir de los principios del derecho penal internacional) necesarios para obligar a los tribunales a proceder a la extradición o al juicio. Este fue además un paso importante en el proceso de anulación de las leyes de impunidad.

Por otro lado, hay que observar que en los casos más importantes, la justicia llega rara vez a un veredicto unánime. En este sentido, la Sentencia de anulación de las leyes de impunidad es paradigmática. Cada juez se preocupó por tomar cierta distancia respecto de la Sentencia, escribiendo votos extensos desde su propia perspectiva teórica y política. En este sentido, aunque la Sentencia de la Corte Suprema del 2005 impone una representación particular de los crímenes ocurridos durante la última dictadura como crímenes lesa humanidad frente a otros modos de ver diferentes presentes en la comunidad, esta decisión constitucional no obligó a los jueces a comprometerse con una teoría del derecho en particular. Según Sunstein (1999) un acuerdo de teoría incompleta tiene la función crucial de reducir el costo político de desacuerdos duraderos (y estamos hablando de 20 años). La pregunta ahora: este tipo de acuerdos bastan para fundamentar una decisión jurídica que dará lugar a políticas públicas?

El hecho que la justicia argentina no haya desarrollado una noción consensual del rol de la corte suprema⁴ la hace particularmente vulnerable a las presiones en el corto plazo (Kaspiszewski, 2006). Esto explicaría el carácter zigzagueante, respecto a las políticas públicas, de las decisiones de la Corte en la época post-Menem. Así, para que el equilibrio entre los poderes democráticos funcione, el control institucional debería concentrarse más específicamente en la protección de las condiciones del debate democrático. Las decisiones imparciales deben derivar de acuerdos que resulten del debate colectivo. Es la sociedad misma y no un cuerpo aislado de juristas que debe decidir como organizarse. Pero sin una reforma del sistema político que implique poca tolerancia a la indiferencia política de la ciudadanía, muchos grupos sociales no podrán ejercer una verdadera influencia sobre las decisiones judiciales.

⁴ En efecto, según Ansolabehere, (2005, p. 41) habría tres tipos de funciones que debería cumplir el poder judicial: a) de guardián de la constitución frente a las decisiones políticas, b) de árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político y c) de fiscalización de la tarea de los políticos.

C) La designación de los jueces y el uso alternativo del derecho

Cuatro nuevos miembros de la Corte Suprema fueron elegidos sucesivamente a través del nuevo procedimiento implementado por el decreto 222/03. Se trata de Eugenio Raúl Zaffaroni, Carmen Argibay, Elena Highton de Nolasco et Ricardo Lorenzetti, considerados como profesionales independientes y reconocidos por el éxito de su carrera pero también por sus perfiles atípicos (en particular, independientes de los partidos políticos).

Las candidaturas de los pretendientes a los puestos de la Corte Suprema así como el problema de su destitución instalaron en la sociedad un debate intenso alrededor de las concepciones jurídicas y de las posiciones ideológicas que debería tener un juez de la Corte Suprema (en Argentina, no existe una carrera judicial). Los organismos ideológicamente opuestos de la “sociedad civil” manifestaron su apoyo o su rechazo frente al candidato. La participación de la “sociedad civil”- ONG de derechos humanos, organismos profesionales, expertos jurídicos, universitarios- fue muy importante. Luego de las preguntas a los candidatos, fueron formuladas cientos de observaciones, a favor o en contra de los pretendientes.

Un ejemplo paradigmático: el nuevo juez Zaffaroni desarrolla una actividad universitaria en paralelo a su rol de juez y es reconocido por sus posiciones ligadas a la criminología crítica, en particular alrededor de la renovación del derecho penal clásico. Según la ONG FORES que trabaja sobre temas de justicia, un juez no puede ser a la vez “filósofo”:

«Sin duda su actitud tiene un perfil revolucionario, lo que no es una crítica. En toda sociedad es importante tener pensadores “revolucionarios”. [...] Sin embargo, esas personas no son siempre adecuadas para integrar un órgano como la Corte Suprema. [...] Nuestra Ley fundamental, especialmente el artículo 18, se apoya sobre los principios del Derecho penal liberal clásico, no es entonces bueno que la Corte Suprema esté integrada por un jurista o filósofo, que juzgue todo el sistema y presente una actitud revolucionaria que busque la transformación integral » (FORES,2003)

La posibilidad de independencia de los jueces reconoce límites muy claros. Los jueces desarrollan en respuesta a sus propias convicciones, teorías legítimas sobre la mejor interpretación de sus responsabilidades en el marco de esta práctica de la cual son parte (Dworkin, 1996). Podemos hablar de independencia frente a los poderes externos o internos (propios a la estructura judicial) pero no respecto de sus propias orientaciones ideológicas.

Frente a la tarea de interpretar la ley, los jueces no pueden mantener su neutralidad; deben tomar por una razón u otra una decisión final. Es decir, frente al conflicto entre la ley y la sentencia a la que quiere llegar se juega el conflicto inherente a la función judicial, esta la libertad de crear derecho y la restricción de aplicar los materiales jurídicos existentes. En este sentido, la reflexión que los jueces hacen sobre el derecho, en el Estado de derecho, no debería ser crítica.

En esta óptica, los jueces son colaboradores cualificados en el mantenimiento del orden jurídico, y sería contradictorio con los principios más básicos de este tipo de Estado abogar por una práctica jurisdiccional que llegase a cuestionar el derecho en vigor y a trastocar el sistema de fuentes establecido⁵. Sin embargo, la adhesión al derecho puede ser creativa y dejar margen al juez para la invención y para la crítica. Es decir, “el juez puede denunciar las contradicciones y lagunas en las que puede incurrir el desarrollo del derecho por obra del legislador y de la Administración” (Saavedra, 2002). Esta tarea rompe los límites de un legalismo estrecho y da paso a una práctica jurisdiccional que tiende a afianzar los derechos y libertades de la persona.

Dado el carácter no sometido a la voluntad estatal de la Corte Suprema, politizar al poder jurídico implica, entre otros, observar los que están llamados a ejercer la magistratura (Gargarella, 1996). Es decir, incluir en la Corte Suprema puntos de vista más politizados pero en un sentido democrático, lo que no tiene nada que ver con la puesta bajo tutela política clientelística descrita en el primer apartado. Esta idea está detrás de la ampliación de la participación ciudadana en la elección de los jueces. En este sentido, Nino (2005) proponía por ejemplo hacer más fácil la destitución de los jueces, o incluso reemplazarlos por miembros periódicamente renovables y designados por los diferentes órganos representativos de la soberanía popular. De este modo, habría que pensar una forma de *politización* de la función del juez que no sea del orden de lo discrecional. Dicho de otro modo, reconsiderar sus atribuciones como atribuciones mandatarias, es decir que impliquen la idea de una misión. La justa politización de la función del juez estaría directamente ligada a una forma de constitucionalismo democrático: sería la interpretación de la Constitución que permitiría responsabilizar, en el sentido de responsabilidad política, a los tribunales. Según Bergalli, la doctrina de la supremacía de la Constitución que “se apoya en la diferente jerarquía de las normas en el Estado de derecho, es, sin ninguna duda, la garantía más eficiente de la libertad

⁵ Según Bergalli (p. 51), el “juez no crea norma, sino que determina la que debe aplicarse de entre las existentes a disposición (...) La interpretación puede ser extensiva (...) el juez encuentra alguna discordancia entre la letra y el espíritu de la ley. (...) También el juez recurre a la interpretación gramatical, que es la que se hace de la ley atendiendo al significado de los vocablos y a su relación y situación en el texto legal (...) Estas son las reglas tradicionales de la interpretación legal”.

y la dignidad del hombre. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que, a partir de la aceptación de semejante supremacía, los poderes constituidos tienen la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental” (Bergalli, p. 8).

Sin embargo, la pregunta ahora es ¿Cuáles son los criterios correctos para interpretar la Constitución? Una interpretación dinámica, objetiva, relativa a la autoridad externa (Cortes internacionales) (Sagués, 2003)? Y por otro lado, teniendo en cuenta el costo político de desacuerdos duraderos, en qué sentido podríamos obviar ciertas fundamentaciones o acuerdos teóricos entre los jueces? Es posible/deseable una interpretación crítica de la Constitución? Una respuesta posible: el juez debería compartir entonces una concepción global de la persona y de la sociedad al interpretar la Constitución con el resto de los ciudadanos. Según Rawls, hay que entender la Constitución como el producto de un consenso entrecruzado prescindiendo a la hora de interpretarla de las razones y creencias últimas sostenidas por los distintos individuos o grupos sociales, que solo pueden ser parciales y excluyentes. En este sentido, una teoría de los derechos fundamentales que no sea excluyente, sin necesidad de recurrir a presupuestos indemostrables, sólo puede ser una teoría democrática de los derechos humanos (Saavedra) es decir una teoría procedimental basada en la autonomía y la participación. Los derechos fundamentales son la consecuencia político-jurídica que habría que desprender del reconocimiento mutuo implicado normativamente en la práctica comunicativa, sin la cual es sencillamente impensable la sociedad humana. Y en este sentido, pero más lejos aún, Schiffrin (2007) reclama: “es preciso remover la ideología según la cual la imparcialidad de los jueces consiste en la indiferencia afectiva frente a los conflictos humanos y valorativos que se le presentan (...) La judicatura obtiene su fuerza de participar en el bloque de poder dominante económico e ideológico-comunicacional. Pero esto no le da, como ocurría en la República “patricia”, ni autoridad, ni prestigio. Solo si varía su relación con la sociedad civil del modo arriba dicho, tendrá otros horizontes y perspectivas”.

Conclusión:

La fragilidad de las instituciones democráticas (en particular el descrédito del Congreso Nacional) en Argentina contribuyó a desplazar hacia la esfera judicial conflictos colectivos abordados tradicionalmente en otros espacios públicos. Cuando los canales institucionales tradicionales se obstruyen o se restringen, las prácticas de influencia de los actores sociales reclaman nuevos caminos, especialmente en el ámbito de los procedimientos jurídicos, que amplían el abanico de sus modalidades de acción. El poder Judicial aparece entonces como el último espacio para la defensa de los derechos humanos, y como contrapeso

de los demás poderes públicos. Estas consideraciones muestran sin embargo una tendencia más general hacia la judicialización de los problemas políticos en Argentina. Esto permite medir el desafío mayor representado por las transformaciones de la Justicia bajo el gobierno de Kirchner en el 2003. Por otro lado, el concepto de Política judicial entendida como una política pública destinada a lograr un servicio de justicia más eficiente y de calidad en beneficio de la ciudadanía aún no existe como elemento de la organización o gestión del sistema de justicia en su totalidad.

Se puede pensar que una verdadera democratización exige en efecto mover los límites de la participación ciudadana más allá de la simple contribución de los expertos. Si se pretende que la democracia se transforme en un instrumento efectivo para la construcción de una sociedad más justa, debe ser utilizada en todos sus instrumentos y todas sus dimensiones e incluir el mayor número posible de personas que se sienten afectadas por violaciones al derecho. Si los tribunales no están dispuestos “a respetar el derecho” o a defender los derechos, habrá que encontrar la solución en la cuál podrán alcanzarlo y será necesario encontrar a las personas decididas a hacerlo (Binder, 1994). En el caso de la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad, se trataba exactamente para los ciudadanos de hacer jugar el derecho (internacional) contra la ley (nacional): es decir que la lucha por la legalidad pasa por una nueva definición de la legitimidad dada por los derechos fundamentales y garantizados por la Declaración de los Derechos Humanos. Para esto los diferentes grupos sociales deberían participar de este objetivo como algo deseable y útil.

Finalmente, es necesario subrayar que si se formula la propuesta de utilizar alternativamente el derecho existente, en el sentido de proteger o consagrar jurídicamente una práctica emancipadora, la primera implicación que semejante propuesta encierra es la afirmación de la existencia de grupos o clases sociales no emancipados, es decir, de relaciones sociales establecidas en términos de dominación, a las que el derecho presta eficacia con los medios que le son propios.

Bibliografía

Fuentes:

- Dandan Alejandra 2006, abril 12, “ El otro archivo de la memoria », *Página 12*: El país, 12.
- Gargarella Roberto, 2006, julio 18, “La Corte, el Riachuelo y las comisarías”, *Página 12*, Contratapa.
- “Unanimidad contra los cortesanos”, *Página 12*: El País, 09 Enero 2002.
- Boschi Silvana, 28 marzo 2007, “La Corte pide medida al gobierno por el duro cruce con Casación”, Clarín: El País.
- “Kirchner, sobre la ofensiva oficial contra Casación: “no estoy interfiriendo otro poder”, Clarín: El país, 28 marzo 2007.

Bibliografía

- Acuña Carlos 2000, « Lo que el juicio nos dejó», en *Puentes*, (2), Buenos Aires.
- Ansolabehere M. Karina, 2006, *La política desde la justicia, cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. México: FLACSO.
- Ansolabehere M. Karina, 2005, “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *Isonomía*. 22.
- Bergalli Roberto, 1984, *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma: Buenos Aires.
- Binder Alberto, 1994, “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”, Disponible en: http://www.inecip.org/cdoc/democracia_y_estado_de_derecho/luchaxlegalidad.pdf.
- Commaille J. (Eds), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris : Librairie Générale de droit et jurisprudence.
- Dezalay, Yves y Garth, Brian G., 2002, *La mondialisation des guerres de palais*, Paris : Seuil.
- Dworkin, Ronald 1996, *Une question de principe*, Paris : PUF.
- Gargarella, Roberto (2002), “*Piedras de papel*” y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional. Disponible en www.cels.org.ar.
- Gargarella, Roberto 1996, *La justicia frente al gobierno*, Buenos Aires: Ariel.
- Kapiszewski, Diana 2006, “The supreme Court and Constitutional politics in post-Menem Argentina”, Berkeley: University of California, department of political science.
- Saavedra Modesto (2002), “El juez entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho”, in *Crítica Jurídica* 21, Disponible en <http://www.unibrasil.com.br/aside/publicacoes>.
- Sunstein Cass R. (1999), *One Case At A Time*, Cambridge: Harvard University Press.
- Méndez, Juan (2003), “Los derechos fundamentales como límite al principio democrático de la voluntad mayoritaria”, O’Donnell Guillermo, Iazzeta Osvaldo, Vargas Cullel Jorge, *Democracia, Desarrollo humano y ciudadanía*, Rosario: Homo Sapiens.
- Cárcova Carlos M. 1994, “La dimensión política de la función judicial”. disponible en: http://www.inecip.org/cdoc/democracia_y_estado_de_derecho/ladimensionpolitica.pdf.
- Ost, F. 1999, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob.
- 8-11 Octubre 2002), La dinámica político-institucional de la reforma judicial en Argentina, VII Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y Administración pública, Lisboa, Portugal. 14.)
- Nino, Carlos S. 2005, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires: Ariel (Texto original publicado en 1992).
- Rodríguez Marcela 6 febrero 2006, “Reforma del Consejo de la magistratura : un nuevo intento para maniar la justicia”. Disponible en www.ari.com.ar
- Verbitsky Horacio, 22 abril 2007, “Cambio de alianzas”, *Página 12: El país*, 6,7.
- Ruibal Alba, “Proceso político de reformas orientadas a fortalecer la independencia de la Corte Suprema en la Argentina: la búsqueda de legitimidad y condiciones de gobernabilidad”, Tesis doctoral, FLACSO México, 2006.
- Sagués Néstor (2003), “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, *Lexis* n°003/010029.
- Schiffrin Leopoldo (2007), “División de poderes, Algunas tesis sobre judicatura y división de poderes”, *El Derecho*, N°11.770, año XLV.