

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

# CIUDADANÍA Y JURISDICCIÓN EN AMÉRICA LATINA

## I. Introducción

Ante todo debo agradecer el honor de esta invitación y disculparme por exponer sobre un tema de teoría política y Derecho constitucional ante un auditorio especializado, cuando mi formación no corresponde básicamente al Derecho constitucional. Asumo la responsabilidad sólo con la esperanza de que la visión de alguien que proviene de otra rama jurídica pueda aportar alguna idea que quizá escape al especialista, dado que es inevitable que cuanto más nos entrenamos para conocer mejor un objeto, al mismo tiempo e inevitablemente aprendemos a no percibir otros. Ciño el tema a la ciudadanía en América Latina y al aporte que la jurisdicción pueda hacer a su fortalecimiento y ampliación.

No me detendré en precisiones sobre la idea de ciudadanía, cuya sola discusión agotaría el tiempo disponible, sino que opto para ello por un puro sentido funcional y amplio para el objeto de la exposición. En este entendimiento, concibo que el atributo de la ciudadanía es el que corresponde a: (a) un ser humano –o sea, persona– que (b) goza de los derechos humanos consagrados por el Derecho internacional, (c) está en condiciones de participar en la vida política, social, económica y cultural de una sociedad, (d) amparado para ello por el orden jurídico de un Estado.

La ciudadanía en la forma en que la conceptuamos para nuestros efectos no se satisface con los requerimientos formales. El puro hecho de que una persona se halle habilitada por un documento para elegir periódicamente autoridades es, sin duda, un requisito elemental de la ciudadanía en nuestra tradición democrática, pero en modo alguno es suficiente.

Si bien se ha destacado esta insuficiencia distinguiendo entre ciudadanía formal y real, no creemos que esta clasificación pase de ser un ejercicio docente, pero conceptualmente no nos parece justificada, pues directamente creemos que quien no goza de los otros derechos elementales que le permiten disponer de un espacio social, no goza de la ciudadanía. Se trata de un ciudadano sin ciudadanía.

La ciudadanía importa también deberes y, sobre todo, el de respetar el ajeno derecho a la ciudadanía; desde la famosa nota de Rousseau sabemos que a quien no tiene ningún espacio social mínimo difícilmente puede exigírsele el cumplimiento de obligaciones que nada le garantizan. Sin ese requisito no hay ciudadanos, sólo personas que quizá luchen con legitimidad reclamando el espacio mínimo que les es negado.

La ciudadanía entre nosotros tiene su historia, su particular modo de surgir y de desarrollarse. No es menester caer en la apología de Savigny, ni en ningún romanticismo historicista, para afirmar que el derecho no puede desprenderse de su gestación ni de las tradiciones en que se fue formando. Menos aún lo puede hacer la cultura política de un pueblo, que es algo vivo y en constante dinámica. Por ende, el Derecho en general, y el político y constitucional, en particular, deben evaluarse teniendo en cuenta esa dinámica histórica, a cuya luz podemos explicar fenómenos sociales con reflejo jurídico, que de otro modo resultan incomprensibles. La cultura jurídica es parte de la cultura general de un pueblo y, por ende, no puede prescindir de la naturaleza histórica de ésta. Los juristas estamos habituados a razonar –y a criticar– conforme a una lógica bastante geométrica, como si las instituciones debieran nacer y desarrollarse según esos criterios, pese a que en la realidad ninguna institución se gestó de esa manera. Las instituciones no nacen perfectas ni se desarrollan conforme a la lógica lineal, sino que lo hacen según avatares políticos históricamente condicionados. Basta pensar cómo surgieron y evolucionaron la república norteamericana, la democracia inglesa, la república francesa, para constatar esta aseveración elemental.

En todos esos casos, con tanta frecuencia citados por la doctrina y la jurisprudencia, la ciudadanía no se estableció y se extendió de modo uniforme ni de una vez para siempre, sino como resultado de procesos históricos complicados que explican algunas de sus particularidades actuales. También en nuestra región la ampliación de la ciudadanía fue resultado de un proceso histórico complicado, cuyas características permiten comprender muchas de las dificultades de su ejercicio actual y de los esfuerzos para extenderla en el presente. Si olvidamos cómo llegamos a este momento, no sabremos cuál es el camino para seguir hacia el futuro.

## II. La gestación y desarrollo de la ciudadanía en América Latina

Latinoamérica es una región en que todos nuestros países participaron –pese a sus particulares características– de un común fenómeno: el colonialismo y el neocolonialismo. En el momento del neocolonialismo lo hicieron bajo las formas republicanas en sentido amplio, pues, incluso Brasil fue una monarquía constitucional. Todos llegamos a fines del siglo XIX con constituciones republicanas más o menos inspiradas en el modelo de los Estados Unidos.

No obstante, a comienzos del siglo pasado la ciudadanía estaba casi cancelada: se trataba de repúblicas oligárquicas, en que una minoría hegemónica mantenía fuera de todo protagonismo a las grandes mayorías. El positivismo racista de inspiración spenceriana había reemplazado a la ideología iluminista de tiempos de la independencia y legitimaba a las minorías proconsulares demasiado pendientes de intereses de las potencias neocoloniales. La pretendida incapacidad política tanto de las mayorías mestizas y mulatas como de los inmigrantes se esgrimió como racionalización de la supuesta tutela de la minoría culta evolucionada, que pretendía salvar a nuestras naciones del caos imponiendo un orden fundado sobre los latifundios, en que se confundía la propiedad de la tierra con la de los animales y los humanos.

Nuestras Constituciones consagraban derechos de ciudadanía formal que nunca se reconocieron en forma efectiva. Como las mayorías no tenían razón alguna para acatar esa legalidad, que sólo aparecía como un instrumento de sus explotadores, se generaba un formidable caldo de cultivo de violencia política.

Por desgracia, esta tensión estalló en la guerra civil más cruenta del continente, en la Revolución que con sus secuelas acongojó al pueblo mexicano desde la segunda hasta la cuarta década del siglo pasado y que dio origen a la Carta de Querétaro, difícil y doloroso nacimiento del moderno constitucionalismo social.

A partir de 1910 comenzaron a desbaratarse las repúblicas oligárquicas y nuestros países lucharon por desarrollarse económicamente, con demasiadas alternativas y contramarchas cuyos detalles no tiene caso precisar ahora, pero en cualquier caso es verificable que la ciudadanía se fue ampliando a lo largo del siglo pasado impulsada por movimientos políticos que hoy llamaríamos populistas.

La expresión “populismo” tiene una connotación negativa en los últimos años, tanto para las izquierdas como para las derechas y, especialmente,

en Europa y Estados Unidos. Desde una visión histórica ideológicamente flexible y con la perspectiva de un siglo, podemos evaluarlo en la actualidad un poco más objetivamente.

Tres razones contribuyen a la connotación negativa del populismo latinoamericano: (a) la identificación de lo populista con lo *völkisch*; (b) la ortodoxia ideológica de los críticos; y (c) las contradicciones de los propios populismos latinoamericanos.

(a) No hay un equivalente exacto de la expresión *völkisch*, quizá –y con muchas reservas– pudiera traducirse con algún neologismo como *populachismo*. Se trata de una táctica política desleal y reaccionaria, usada al máximo por el nazismo, que consiste en reafirmar los peores prejuicios latentes o manifiestos en una sociedad para explotarlos en la invención de un enemigo al que convertir en chivo expiatorio.

Sin llegar a los extremos del antisemitismo nazista ni a sus consecuencias genocidas, lo cierto es que esa táctica inmoral ha sido usada por muchos políticos de diferente signo, incluso contra los propios gobiernos populistas. Si algún populismo usó la táctica *völkisch* en nuestra región, por cierto que no lo hizo en mayor medida que sus propios opositores, ni tampoco en la que hoy la practican partidos que no se califican de populistas en cualquier lugar. Ahora mismo puede leerse en las calles de alguna ciudad europea la consigna “Vote X, para que no haya más indocumentados debajo de su ventana”. Cuando los laboristas ingleses en la posguerra construyeron miles de viviendas populares surgió la leyenda de que los beneficiarios criaban gallinas en las bañeras, lo que inmediatamente pasó a la Argentina en la versión de que levantaban los pisos de madera para asar carne. No hay razón alguna para considerar a la táctica *völkisch* como patrimonio de los populismos.

(b) Las críticas de izquierda y de derecha a los populismos parten de una ortodoxia ideológica propia de la experiencia política de los países centrales, que no puede funcionar en una región donde el capitalismo no se desarrolló –ni podría desarrollarse– autónomamente, sino como un proceso derivado del desarrollo central (el llamado capitalismo periférico). Precisamente por eso nuestro capitalismo nunca tuvo las características del central, lo que provocó la paradoja de que tanto quienes –desde ideologías centrales– defienden o atacan al capitalismo caen en una ortodoxia ideológica que es extraña a nuestra realidad, porque buscan impulsar o atacar un proceso que no existe con las características que le atribuyen, lo que les lleva a un desprecio irracional hacia los movimientos populares.

(c) Las características periféricas de nuestro capitalismo impulsaron a nuestros populismos a improvisaciones, algunas de ellas muy creativas y positivas, pero también muchas veces contradictorias, incluso con abusos a veces autoritarios y graves o con consagraciones de liderazgos personales que en ocasiones derivaron en culto a la personalidad. Todo esto es innegable y huelgan los ejemplos. En cualquier caso, con las señaladas características negativas más o menos marcadas, como nuestros populismos fueron pragmáticos, se ocuparon con preferencia por resolver cuestiones puntuales y cambiantes, por lo que no fueron proclives a ataduras institucionales y no cabe duda acerca de que cometieron errores que sería muy parcial ignorar.

No obstante, si echamos una mirada de conjunto sobre todo el siglo pasado, veremos que merced a los populismos la ciudadanía fue ampliándose. El balance final, en términos de incorporación a la ciudadanía, fue positivo. Cualquiera puede afirmar ahora que, si se hubiese culminado una revolución socialista completa o, si se hubiese desarrollado el capitalismo en forma ortodoxa, la ciudadanía sería hoy más amplia, pero la historia no se escribe con potenciales, es como fue. Y lo cierto es que fueron preferentemente esos movimientos no muy orgánicos, ideológicamente contradictorios y con errores, los que crearon y ampliaron la ciudadanía en América Latina.

### **III. Las consecuencias actuales de este proceso**

El particular proceso de creación y expansión de la ciudadanía en nuestra región y la consecuente experiencia jurídica pesa sobre nuestro presente. La confianza en las instituciones no es en nuestros pueblos muy fuerte, debido a su propia experiencia histórica: las Constituciones liberales del siglo XIX ocultaban repúblicas oligárquicas que los explotaban y sus instituciones con mucha frecuencia fueron esgrimidas contra los movimientos populares que les reconocían la ciudadanía.

Hubo demasiada confusión en nuestra región porque, si bien no siempre, muy frecuentemente las garantías constitucionales fueron esgrimidas por minorías restauradoras que obstaculizaron el avance de la ciudadanía mientras ésta avanzaba por la vía contraria. Lo cierto es que, si bien se ha ampliado mucho la incorporación a la ciudadanía en el curso del siglo pasado, queda mucho por hacer, pues grandes capas de nuestras poblaciones se hallan aún hoy privadas de esa condición y, por ende, poco o nada deben a la legalidad, pues pertenecemos a sociedades que no han cumplido el requisito de la mencionada nota de Rousseau.

Para verificarlo basta pensar en la situación de las personas pertenecientes a nuestras culturas originarias, que hoy hacen escuchar su voz y que sólo recientemente han recibido el reconocimiento constitucional, casi siempre con alcance poco menos que meramente declarativo, y por cierto que en varios de nuestros países, especialmente en los andinos, no se trata de sectores poblacionales reducidos ni minoritarios.

Medio milenio de servidumbre no ha hecho desaparecer a esas culturas y nuestro Derecho vigente las mira con asombro y no sabe cómo resolver la realidad que le muestra un sistema jurídico paralelo en funcionamiento. Nuestro pensamiento jurídico geométrico y lineal parece haber olvidado que en la propia Europa convivieron durante siglos sistemas jurídicos paralelos. En verdad, estas poblaciones no tienen muchos motivos históricos para depositar confianza en el reforzamiento institucional.

Como si esto fuese poco, estamos en un mundo en que la desconfianza institucional domina en todos los países en razón de nuevos factores destacados por la literatura más reciente, donde se habla de una contrademocracia constituida por las llamadas organizaciones no gubernamentales (ONG) que se arrojan la representación de la sociedad y que no puede ser desconocida, donde se señala cómo la judicatura se encuentra sitiada a diario por las víctimas, glorificadas selectivamente por los medios masivos de comunicación social en su incesante búsqueda de *rating* mediante la incentivación a la venganza, constantemente crítica de la labor judicial<sup>1</sup>.

Los gobiernos del mundo, incapaces de resolver con reformas estructurales graves problemas sociales, los derivan a la judicatura, fenómeno que se ha denominado judicialismo. Estos problemas, extraídos de su ámbito natural de solución, no pueden ser resueltos por la magistratura y, de este modo, ésta sufre un considerable desprestigio.

En síntesis: en un mundo donde prima una grave desconfianza institucional, en nuestra región se suma su tradición histórica de desconfianza y, por ende, la labor de la judicatura se complica más, lo que además se potencia debido a que una parte de la población hoy permanece privada de esa condición.

---

<sup>1</sup> Carolina Eliacheff-Daniel Soulez Larivière, *Il tempo delle vittime*, Milano, 2007 (ed. original, París, 2008).

Pierre Rosanvallon. *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires 2007 (ed. original, París, 2006).

## IV. Nuestra discutida cultura jurídica

Basta mirar nuestras Constituciones para verificar que tenemos consagrados casi todos los derechos imaginables hasta el presente. En los países federales los reiteramos, precisamos y agregamos más en las Constituciones de los entes federados. Además, casi todos los tratados internacionales de Derechos Humanos están ratificados por nuestros países y, según la tesis del Derecho único, dominante en nuestros días en el mundo, sus disposiciones tendrían vigencia interna. Sin lugar a dudas que, desde el punto de vista legal, no nos faltan consagraciones de derechos. Sin embargo, cuando del deber ser pasamos al ser, las cosas cambian seriamente.

Personalmente creo que, como señala Häberle<sup>2</sup>, existe una cultura jurídica europea. Cabe preguntarse si, con nuestra historia y perspectiva –y pese a las circunstancias negativas señaladas en la actualidad– tenemos una cultura jurídica latinoamericana, o sea, si esta disparidad entre nuestro deber ser y nuestro ser nos permite hablar de una cultura jurídica en la región.

Aunque gran parte de lo que he manifestado hasta ahora pareciera ser muy negativo a este respecto, sin embargo –y sin ningún optimismo gratuito o ingenuo– creo que es posible identificar una cultura jurídica regional. Me baso para ello en que nuestra ciudadanía se ha ido ampliando por caminos propios y, en definitiva, también éstos configuran una cultura, aunque sea parcialmente diferente de la europea.

En la clasificación de los derechos humanos por generaciones –hoy muy criticada y hasta pasada de moda– se ha hablado de los derechos humanos de tercera generación y, entre ellos, del derecho al desarrollo, entendido en un sentido no puramente económico. Pues bien, de alguna manera, si analizamos a fondo la naturaleza de nuestras luchas políticas, veremos que fueron luchas de pueblos de una periferia económica en el contexto colonialista primero, neocolonialista después y ahora globalizado, o sea que, en definitiva, fueron y son luchas por el derecho al desarrollo.

Para nosotros, en nuestras grandes luchas populares, el derecho al desarrollo fue siempre un derecho de primera generación. Puede objetarse que en el curso de estas luchas los derechos civiles y políticos fueron con frecuencia subestimados, pero no es menos cierto que las interrupciones y regresiones en el curso del avance de la ciudadanía vinieron de la mano

---

<sup>2</sup> Peter Häberle. *Europäische Rechtskultur*. Suhrkamp Taschenbuch, 1997.

de terribles dictaduras, en algunos de nuestros países directamente genocidas.

Como el mal absoluto no es de este mundo, estas dictaduras han dejado una profunda huella en la experiencia de nuestros pueblos, que aprendieron a valorar los derechos individuales como presupuesto indispensable para el espacio social de los movimientos que impulsan la dinámica social. No se trata hoy de defender las libertades declamadas en constituciones del siglo XIX que nadie respetaba desde el poder oligárquico, sino de la vigencia de garantías elementales que permitan la sindicalización, la protesta, el reclamo público, la expresión de las ideas, la huelga, la asociación, etc.

Además, nuestros países han padecido macodelitos patrimoniales, defraudaciones formidables que han desbaratado sus economías, han retrasado el desarrollo, confiscado los ahorros, dilapidado el capital nacional, arruinado las economías individuales o deteriorado el salario con embustes monetarios e inflación, destruido las fuentes de trabajo; o sea, nuestros pueblos han padecido los efectos de la corrupción en serio, de la corrupción estructural, es decir, la que afecta las patas de la economía misma (crédito, recaudación, aduana y control de servicios) y que, por ende, han victimizado a toda la población.

También aquí cabe observar que el mal absoluto no existe y, por ende, esas tristes experiencias enseñaron que no basta con los que en la criticada clasificación tradicional se señalan como derechos de segunda generación, si no se garantizan los de primera. Es decir, han aprendido por experiencia la necesaria globalización de los derechos individuales y sociales. La vida nos ha enseñado la falsedad de la opción pan o libertad. Si se da la libertad, debe darse el pan, pues de lo contrario, los que no lo tienen usarán la libertad para reclamarlo; y si se da el pan deberá darse la libertad, pues sin ella no se podrá controlar a quienes lo reparten y, por ende, se quedarán con todo el pan. Esto, tan elemental, nuestros pueblos lo aprendieron con dolor y sufrimiento.

Si brevemente comparamos los difíciles caminos que ha recorrido la ciudadanía en Europa y en nuestra región, resaltarán las diferencias.

En Europa, primero lucharon los parlamentos contra las monarquías y los modelos que ampliaban la ciudadanía se extendieron por el continente, surgieron algunas repúblicas y la ciudadanía le fue arrancada por las burguesías a las noblezas, para luego extenderse a las otras capas sociales. Más tarde este proceso fue frontalmente agredido por totalitarismos instalados en potencias fuertes e imperialistas.

En nuestra región, la ciudadanía se arrancó a oligarquías; la única monarquía duradera fue la brasileña, pero su nobleza no era hereditaria ni se enfrentaba con una burguesía que le arrancaba concesiones o cartas de derechos. El avance de nuestra ciudadanía no siguió un curso lineal, sino que pasó por movimientos democráticos aunque no siempre respetuosos de los derechos individuales, y que muchas veces fueron los que abrieron el espacio para la formación misma de las burguesías que antes no existían.

Tampoco estos avances fueron confrontados por totalitarismos en el sentido europeo, entre otras cosas, porque ninguno de nuestros países se erigió en potencia imperialista, sino que chocaron con dictaduras tradicionales primero –del tipo de Tirano Banderas o de El otoño del patriarca– y luego, con dictaduras de seguridad nacional, fomentadas o sostenidas por intervenciones extrañas a la región.

Nuestras formas jurídicas siempre fueron constitucionales, aunque en ocasiones y como resultado de esos enfrentamientos y de las contradicciones internas que éstos crearon en los países, la vigencia real de esos textos era meramente formal; hasta las dictaduras de facto pretendieron ser restauradoras, refundadoras o constitucionales.

No carecemos de cultura jurídica, sino que, dado el curso seguido por el avance de la ciudadanía, la desarrollamos de una manera diferente, propia de un proceso periférico del poder mundial y, por tanto, sometido a continuas intervenciones extrañas a la región, pero que se asociaban a fuerzas operantes en ella.

## **V. Jurisdicción, ciudadanía y control constitucional**

Veamos ahora el papel de la magistratura en este proceso de formación de nuestra cultura jurídica. En nuestra región el control judicial de constitucionalidad de las leyes se estableció desde los orígenes de nuestras instituciones independientes, pero siguió los avatares de la vigencia de las propias constituciones y, por lo tanto, en algunos casos se trató de un ejercicio meramente formal, con tribunales nominados y removidos según los accidentes de las luchas políticas, aunque ocasionalmente hayan aportado instituciones creativas y hoy incorporadas al mundo jurídico, como el amparo.

Si bien la jurisdicción ha tenido algún excepcional protagonismo en el avance de la ciudadanía, en verdad comenzó a desempeñar un papel importante a partir del ocaso de las dictaduras militares de seguridad nacional en la década de los años ochenta del siglo pasado. Por consiguiente,

en buena medida se trata de una tarea que la jurisdicción tiene pendiente, pero no por ello debemos subestimarnos, porque la escasa o tardía influencia judicial en el desarrollo de la ciudadanía no es una característica latinoamericana, sino que quienes nos sirvieron como modelos jurídicos –Europa y los Estados Unidos– la padecieron en buena medida.

En Europa, como la ciudadanía fue producto de una confrontación por la soberanía entre el monarca y el parlamento, ninguna de ambas partes admitía un árbitro que le limitase el poder en lucha, y así fue que el parlamento terminó ocupando todo el poder, toda la soberanía, por lo que ese continente no conoció el control de constitucionalidad o la justicia constitucional. Recién en 1920 aparece este control en la constitución austriaca –inspirada por Kelsen– con una justicia constitucional centralizada, que fue cuestionada por Schmitt que, como veremos, reivindicaba el primado de la política glorificando el Estado absoluto. Fue bien entrado el siglo XX cuando en Europa se conoció el control de constitucionalidad, que se extendió en cuatro etapas: la iniciada por Austria (Alemania, Checoslovaquia, Rumania y la República Española), la de la inmediata posguerra (Italia, Alemania, Austria), la de los regímenes democráticos que siguieron a dictaduras (España, Portugal, Grecia), y la que tiene lugar después de la caída del Muro de Berlín, que comienza con la constitución de Hungría en 1989 y sigue hasta la constitución de Albania de 1999.

Los tribunales constitucionales europeos se reúnen cada tres años en una conferencia a la que en 1972 asistían cuatro tribunales (Alemania, Austria, Italia y Yugoslavia) y que en el 2005 convocó a treinta y seis tribunales, lo cual muestra que la explosión del control de poder en los sistemas europeos es reciente. Una judicatura sin poder de control de constitucionalidad es poco lo que puede hacer para ensanchar la ciudadanía, a lo que cabe agregar que el modelo judicial altamente burocratizado y jerarquizado –modelo napoleónico–, dominante hasta la última guerra mundial, no fue políticamente saludable para las democracias en Europa.

Con la independencia de los Estados Unidos, una burguesía ya existente y consolidada se liberó de la Corona metropolitana y para gobernarse creó un poder federal, pero con gran desconfianza, por lo que le opuso el control de constitucionalidad e incluso, originariamente, otros controles en los propios Estados que no funcionaron (como el Consejo de Censores de Pensilvania, creado en 1776). Allí fue la desconfianza de la burguesía respecto del nuevo poder central que ella misma creaba lo que originó la función arbitral de los jueces y de la Suprema Corte: recordemos que en versión originaria los derechos consagrados constitucionalmente eran

limitaciones a la legislación federal, pero no a la de los Estados, lo que explica que pese a esa declaración hubiese habido Estados esclavistas. Hubo momentos de luz y sombras en el funcionamiento de este control en cuanto al avance de la ciudadanía: si bien la Suprema Corte emitió en 1856 la vergonzosa sentencia del caso *Dred Scott V. Sandford* (60 U.S. 393, 1856), también es verdad que fue extendiendo los derechos de la Constitución Federal a la legislación de los Estados, y bien entrado el siglo XX desarrolló su importante jurisprudencia en materia de derechos civiles, que implicó la incorporación de minorías bastante numerosas. Baste recordar que la inconstitucionalidad de la prohibición de matrimonios mixtos fue declarada hace poco más de medio siglo. Por consiguiente, también en los Estados Unidos el papel de la jurisdicción en la ampliación de la base de ciudadanía es relativamente reciente y no siempre fue lineal, pese a que desde sus orígenes dispuso del control de constitucionalidad, que sirvió de modelo para casi todos nuestros países.

## VI. La jurisdicción y la ciudadanía en perspectiva

Como hemos señalado, no carecemos de cultura jurídica, sino que la hemos desarrollado de modo particular. Para conservarla y reforzarla es necesario alimentar la memoria. En este aspecto no debemos olvidar lo que Rudolf von Ihering nos dice en *La lucha por el derecho*: cuando los pueblos olvidan la lucha por sus derechos, los dilapidan, como los herederos que no supieron de los sacrificios para reunir las fortunas que reciben. Si bien los sacrificios con que aprendieron nuestros pueblos el valor de sus derechos fueron crueles y relativamente recientes, no podemos subestimar la fragilidad de memoria que tienen los pueblos. Con frecuencia, el estrado judicial es un buen escenario para recordar y actualizar las vivencias. Esta contribución de la judicatura no es menor, por cierto.

Pero aparte de reafirmar el valor de los derechos de ciudadanía conquistados hasta el presente, lo cierto es que la jurisdicción en nuestra región debe enfrentarse a la amplia brecha entre el deber ser y el ser, y a sociedades sumamente estratificadas, donde la desigualdad es muy grande, lo cual señala el largo camino que queda por recorrer en cuanto a incorporación a la ciudadanía. Sin duda que es tarea fundamental de la jurisdicción en el actual momento mundial —en este mundo desequilibrado y desmemoriado— la defensa decidida de los derechos civiles y políticos, que son el blanco de pulsiones autoritarias que, ante la imposibilidad de mantener al planeta dividido entre civilizados y salvajes, pretenden convertirnos a todos en salvajes y desbaratar la cultura jurídica de los propios

países centrales. No podemos ignorar que hoy como nunca desde el fin de la Segunda Guerra Mundial cunden por el mundo aires autoritarios que hacen peligrar los Derechos Humanos más elementales.

Descontado este cometido básico, cabe preguntar si no puede la jurisdicción en Latinoamérica hacer algo más, algo específico respecto de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, como también en los casos de violaciones grupales o incluso masivas a los derechos civiles y políticos. En tanto que con la primordial tarea de detener los impulsos autoritarios en materia de derechos civiles y políticos la jurisdicción cumple la función de garantizar los espacios de libertad por los que transitará la dinámica de cada sociedad, con lo segundo impulsaría en alguna medida esta dinámica.

La jurisdicción puede incidir sobre la dinámica social, ampliando la ciudadanía al impulsar los estándares de realización de los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo lugar a acciones contra violaciones o limitaciones grupales de derechos individuales, condenando ciertas formas de discriminación, etc. No obstante, cabe preguntarse hasta qué punto le es posible asumir esta función sin invadir las que competen a los poderes legislativo y ejecutivo.

Estimo que es claro que la jurisdicción no sólo puede sino que debe impulsar los derechos económicos, sociales y culturales, porque de lo contrario éstos perderían el carácter de derechos, quedando reducidos a puras expresiones de buena voluntad contenidas en las Constituciones y en los tratados, pero sin ningún valor jurídico. El efecto de esta indiferencia de la jurisdicción sería catastrófico, puesto que, sumado a la tradicional desconfianza de nuestros pueblos hacia lo institucional y a las limitaciones que aún sufre la ciudadanía, llevaría a que éstos percibiesen al derecho como una herramienta inútil a la que conviene arrojar lejos, con las consiguientes consecuencias violentas en nuestras sociedades.

En síntesis: no se trata de preguntar si lo puede hacer, pues creo claro que lo debe hacer y, por ende, el interrogante es cómo y hasta dónde debe hacerlo sin interferir en las competencias de los otros poderes.

Hay derechos que se violan por acción del Estado y otros que se violan por omisión; por ende, hay dos maneras diferentes de hacer respetar los derechos: cuando se trata de simples prohibiciones, al Estado se le impone el deber de omitir, pero cuando se trata de omisiones del propio Estado, la forma de hacerlos respetar es imponiendo a éste la realización de acciones.

Si bien en general las violaciones por acción corresponden a derechos civiles y políticos y las violaciones por omisión, a derechos económicos,

sociales y culturales; pero no se trata de una regla ni tampoco es inexorable, pues en ocasiones el respeto a los derechos civiles y políticos exige la realización de acciones por parte del Estado, como en el supuesto de deterioro de las prisiones.

Cuando la jurisdicción hace lugar a acciones colectivas en demanda de derechos violados por omisiones del Estado, debe imponerle a éste la realización de acciones que, por ser actos de gobierno diferentes de las sentencias, son acciones políticas que en principio corresponden al ámbito de los otros poderes. He aquí la dificultad.

Partiendo de la base de que el principio republicano de gobierno –consagrado por todas las Constituciones de la región– implica la racionalidad de todos los actos de gobierno, debemos deducir que todos los poderes del Estado se hallan sometidos a decidir conforme a racionalidad. Las sentencias no dejan de ser actos políticos, porque también son actos de gobierno, por ende, deben ser racionales y, además, el control de constitucionalidad –que abarca el respeto al principio republicano– exige que, mediante sentencias, el judicial verifique también el respeto al principio republicano –a la racionalidad republicana– por parte de los otros poderes.

Dentro del ámbito reservado a los otros poderes se hallan las decisiones concretas acerca de las diferentes políticas de Estado, y corresponde sólo a éstos decidir cuál será en concreto la forma de llevar a cabo las políticas especiales, de cuya combinación dependerá el avance de la ciudadanía en todas sus formas. Mientras los otros poderes del Estado realicen actos de gobierno que están dentro de sus competencias y con ellos elijan alguna de las formas que son discutibles u opinables en el plano de la ciencia política o de la técnica respectiva, la jurisdicción no puede objetar ni imputar omisión alguna, sencillamente porque no existe omisión, sino una acción de gobierno sólo discutible en el campo político o técnico y, por ende, en ámbitos de discusión racional.

La competencia de la jurisdicción se abre sólo cuando no media ninguna política al respecto o cuando la que se articula es irracional porque no es válida, dado que no se halla entre las discutibles en el campo de la ciencia política o del respectivo campo técnico. En tales casos no se trata de imponer una política a los otros poderes, sino de imponerles la obligación de llevar a cabo alguna de las políticas discutibles u opinables como racionales en ese terreno.

Cuando los otros poderes permiten el deterioro de las pensiones y jubilaciones condenando a la miseria a toda la llamada “clase pasiva”, sin incorporar algún sistema de actualizaciones que permita paliar esta

situación, es deber de la jurisdicción emplazar a esos poderes para que articulen alguna política en este sentido; cuando el deterioro carcelario llega a un punto en que no se puede garantizar la vida de los presos y no hay ninguna política de reducción de su número ni de construcción de cárceles, es deber de la jurisdicción proteger el derecho a la vida de los presos e imponerle a los otros poderes que en un término razonable adopten las medidas que hagan cesar esta situación; cuando se deteriora el medio ambiente en forma alarmante y con daño y peligro para la vida de una colectividad, es deber de la jurisdicción imponer a los otros poderes la obligación de articular algún programa racional que detenga y revierta ese proceso; cuando la carencia de vivienda es considerable y no hay ningún plan serio de construcción de viviendas, la jurisdicción puede imponer la obligación de articular algún plan.

El límite que se deriva del propio principio republicano es el que le impide a la jurisdicción imponer una política determinada a los otros poderes, pero el propio control republicano impone a la jurisdicción el deber de exigirles que implementen alguna de las políticas racionales en casos concretos. Cuál sea esa política es materia de discusión pública y en el seno de los otros poderes, pero que alguna debe ser es una decisión que debe imponer la jurisdicción cuando la omisión sea de considerable gravedad. Por cierto que en el ejercicio de esta potestad la jurisdicción debe ser sumamente cuidadosa, pues estas acciones requieren seguimiento en el tiempo, dado que su decisión no se agota en una sentencia. Pero también requieren que la jurisdicción se asegure, antes de hacer lugar a una acción de esta naturaleza, de que mantiene en sus manos poder suficiente como para hacer efectivo su emplazamiento a los otros poderes, pues de lo contrario su decisión sería meramente declarativa y acarrearía considerable desprestigio a la propia imagen de la jurisdicción.

Esta verificación dependerá de la naturaleza de cada acción. Así, puede reservarse el derecho de ordenar los porcentajes de actualizaciones de las pensiones y jubilaciones ante el incumplimiento de los otros poderes, de resolver la soltura de presos con condenas menores, etc. No es saludable que los jueces impartan mandatos cuyo incumplimiento no tenga consecuencia alguna; en tal caso es preferible que asuman la forma de recomendación con clara expresión de la impotencia judicial frente a esa situación. No obstante, es excepcional el supuesto en que la jurisdicción se halla totalmente desarmada en el supuesto de incumplimiento de sus emplazamientos.

Sin duda que la asunción de esta competencia por parte de la jurisdicción en nuestra región dará por resultado la resistencia de los otros poderes

de los Estados, en especial, teniendo en cuenta el fortísimo presidencialismo o ejecutivismo que es tradicional en ella, como también de los sectores interesados en detener el avance de la ciudadanía y obtener provecho de la desigualdad. Los argumentos no serán otros que los que se esgrimen cada vez que la magistratura molesta a otros poderes o factores de poder: la dictadura de los jueces, el origen aristocrático de la magistratura y su pretendida incapacidad política.

En principio, la dictadura de los jueces –tantas veces invocada– es la única dictadura que nunca existió. Conocemos dictaduras de ejecutivos que removieron o eliminaron a los jueces, les quitaron su independencia o los privaron de todo poder e incluso los encarcelaron, pero nunca de éstos sobre el ejecutivo y el legislativo. El pretendido origen aristocrático o no democrático de los jueces resulta absurdo tanto en el aspecto formal como de fondo.

En cuanto a su aspecto formal, cabe observar que su nombramiento –como todos en un Estado de derecho democrático– depende de instituciones democráticas y, por ende, se trata de una expresión de la voluntad popular de segundo grado, como puede ser el caso de un presidente electo por un colegio electoral. En cuanto al fondo de la objeción, es dable destacar que un poder del Estado no es democrático únicamente por provenir de elección popular directa, sino también cuando resulta necesario para el funcionamiento de una democracia. Un Estado sin jueces independientes y con poder suficiente para señalarle a los otros poderes la necesidad de respetar la dignidad de la persona, deja de ser un Estado de derecho y también un Estado democrático, así como un partido de fútbol deja de ser tal y se convierte en un tumulto cuando no hay árbitro ni jueces de línea.

Por lo que hace a la pretendida incapacidad política de la magistratura, se trata directamente del cuestionamiento de su función de control de constitucionalidad, como lo puso de manifiesto hace más de ochenta años la vieja polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, quien pocos años más tarde sería el ideólogo jurídico político del *dritte Reich*. Siempre que surge una nueva discusión acerca de la competencia de los jueces, las voces interesadas en recortarlos retoman los argumentos de Schmitt, pese a su venerable antigüedad, lo que no puede llamar la atención en un mundo desmemoriado.

Para Schmitt el único que podía decidir en la crisis era el político, entendiendo por tal al titular del ejecutivo, porque sostenía que la judicatura es un órgano burocrático, sólo útil en las situaciones de normalidad. Para este teórico del Estado absoluto, sólo el político estaría en condiciones de

decidir en situación de emergencia cuáles son las normas constitucionales que se vuelven prioritarias y cuáles deben suspenderse o postergarse. Esta jerarquización de normas constitucionales le permitió aniquilar la Constitución de Weimar –como aniquilaría cualquier otra constitución–, en su intento por legitimar la eliminación y hasta la supresión física de los opositores con el pretexto de la supremacía del principio republicano. En nuestra región, los avances de la ciudadanía se detuvieron y retrocedieron, tanto en dictaduras como regímenes constitucionales, siempre invocando situaciones de excepción. La emergencia siempre ha sido y continúa siendo el pretexto preferido de nuestras elites y privilegiados.

## VII. Algunas conclusiones

Creo que la historia del nacimiento y desarrollo de la ciudadanía en nuestra región desemboca en una cultura jurídica que se fue configurando por un camino propio, que por razones estructurales no pudo menos que ser diferente del europeo y del norteamericano.

Creo que es tarea de la judicatura mantener viva esa cultura conservando y fortaleciendo la memoria de las experiencias colectivas que la configuraron.

Pero también le incumbe –como poder del Estado– la función de impulsar la dinámica social ante las limitaciones que ésta sufre frente a la fuerte estratificación de nuestras sociedades y a los intereses que se oponen a su avance.

Para ello debe proteger los derechos de quienes se hallan total o parcialmente excluidos de la ciudadanía.

Esta tarea debe llevarse a cabo no sólo imponiendo la estricta observancia de las prohibiciones que garantizan los espacios sociales de reclamo (derechos civiles y políticos), sino también mediante emplazamientos para que los otros poderes del Estado ejecuten políticas racionales impulsoras de la ciudadanía, teniendo como límite la elección concreta de la política a seguir, que es competencia propia de los otros poderes.

Por un camino difícil y particular, plagado de dolor y sacrificios, hemos alcanzado el grado actual de desarrollo de la ciudadanía y hemos configurado nuestra propia cultura jurídica. Disponemos hoy de Estados democráticos y constitucionales de derecho que durante más de dos décadas casi no conocieron golpes de Estado, pese a los accidentes políticos de múltiples gobiernos interrumpidos. Este contexto regional nos señala que ha llegado la hora de un mayor protagonismo activo de la judicatura en el impulso al progreso de la ciudadanía, lo que se revertirá en prestigio

institucional de la jurisdicción y en el consiguiente acatamiento popular a sus decisiones, como camino ineludible para aliviar las tensiones en nuestras sociedades y, por ende, como única prevención legítima y eficaz de la violencia social.