

## *Columnas EN LETRA*

### **HACER JUSTICIA**

*Roberto P. SABA\**

Hace ya algunos años que se ha instalado en el debate público, sobre todo a partir de la posición de actores políticos y sociales cercanos al gobierno nacional, la idea de que no existe la posibilidad de ejercer una justicia neutral, independiente de los intereses que entran en conflicto en la sociedad. Recuerdo un programa de televisión en el que el tema en discusión era la reciente designación de jueces laborales. En aquellos tiempos, el líder de la Confederación General del Trabajo estaba muy cercano al gobierno y el rumor que circulaba era el de que esos nuevos jueces estaban alineados con los intereses de los sindicatos. El periodista que conducía aquel programa —abiertamente oficialista— dialogaba con su invitado, un conocido profesor de Derecho Constitucional —también cercano al gobierno— y le preguntó por qué había tanta crítica asociada al hecho de que algunos jueces laborales respondieran a los intereses de los sindicatos, si eso era —desde su punto de vista— algo muy positivo, sobre todo porque —según el entrevistador— durante tanto tiempo había habido jueces que comulgaban con los intereses de las empresas. Su entrevistado estuvo plenamente de acuerdo con esta posición. Esta anécdota me parece interesante porque, en un contexto en el que se cruzaban el debate lego mediático con el técnico de índole académica, se defendía al unísono una posición respecto del rol de los jueces y de su actividad principal, hacer justicia, en la que se presuponía que los conflictos legales, sobre todo aquellos que tienen que ver con la aplicación de la Constitución y la vigencia de los derechos de las personas, se solucionan adoptando una postura a favor o en contra de alguno de los intereses en pugna en un litigio específico. Se asume, así, que la actividad de los jueces no tiene que ver con lograr soluciones justas fundadas en los mandatos del derecho y basadas en principios, sino que esas decisiones dependen del alineamiento de los

---

\* Abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Master y Doctor en Leyes por la Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos en las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo. Decano de esta última desde 2009.

magistrados con intereses particulares —en este caso, los de los empresarios o los de los trabajadores—, salvo que se presuma que los intereses de los trabajadores se corresponden siempre, *a priori*, con la solución justa que el derecho ordena. Esta misma perspectiva se ha hecho extensiva también a la relación que debería existir entre las decisiones judiciales y la voluntad mayoritaria del pueblo. Según esta postura, los jueces no deberían embarcarse en la tarea inútil —por imposible— de intentar encontrar la respuesta que exige la justicia expresada en la ley, sino que deberían decidir de modo tal que su resolución del caso en cuestión sea consistente con la voluntad de la mayoría del pueblo o, en otras palabras, no le oponga obstáculos. Además, esta perspectiva supone que esa voluntad mayoritaria que no debe ser obstruida se corresponde con la de los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad, los cuales han sido históricamente subyugados. De este modo, se traza una línea que separa a los jueces que están alineados con las mayorías populares —y desaventajadas— de aquellos que responden a los intereses de las minorías más aventajadas o a los factores de poder que las incluyen —empresas, medios concentrados, terratenientes, etc.—.

Esta postura ha recibido el apoyo extendido de sectores sociales, académicos e incluso miembros del Poder Judicial. Ella expresa una posición filosófica acerca de lo que significa hacer justicia en los tribunales y que podemos asociar con el escepticismo o relativismo moral, la cual no sólo creo que está equivocada, sino que considero tiene consecuencias muy negativas para la concepción del derecho y de la justicia que se presenta a la sociedad, pues entiende que la ley no se funda en principios, sino que es la expresión de crudos intereses.

La reacción a esta postura se articuló en torno a una segunda perspectiva respecto de la relación entre jueces y mayorías democráticas que se ubica en el otro extremo de este debate. Según ella, los jueces no deben responder a ningún interés, ni mayoritario ni minoritario, ni popular ni corporativo, sino que ellos deben defender el mandato de la Constitución desde un punto de vista imparcial, entendiendo por tal, la aplicación pura de su letra contra cualquier interés particular, en la convicción de que es posible separar la política de la justicia. Esta posición se asocia generalmente al formalismo jurídico, el cual sostiene que la labor de los jueces es centralmente la de realizar operaciones lógicas, silogismos, subsumiendo premisas generales a casos particulares y encontrando soluciones despojadas de toda carga valorativa a los conflictos que llegan a sus estrados. El formalismo confía

en la aplicación ascética del texto de la ley o de la Constitución confiando en la separación radical del derecho de la moral y de la política.

Asumiendo que estas dos posturas fueran honestamente argüidas por sus partidarios, considero que ambas están equivocadas; descarto todo recurso estratégico, retórico y cínico a ellas a los fines del argumento que desarrollo en esta columna. En otras palabras, creo que ninguna de las dos perspectivas refleja correctamente qué es lo que los jueces deberían hacer en una democracia constitucional de corte liberal (en el sentido político del término que se le da, por lo menos, desde la Revolución Francesa hasta nuestros días, pasando por nuestra propia Revolución de Mayo). Los primeros defienden su perspectiva a partir de la adopción de lo que podríamos llamar escepticismo moral radical, al cual no sólo considero equivocado sino también peligroso para la vigencia efectiva de los valores universales que subyacen a los derechos humanos y al constitucionalismo liberal. Los segundos adoptan una postura textualista en materia interpretativa que, si es sinceramente defendida, pecaría, al menos, de ingenua, aunque muchos sospechamos que lejos de ser ingenuos, aquellos que la defienden en verdad ocultan posturas conservadoras bajo el camuflaje de la aplicación pura de la voluntad del constituyente —como si fuera un solo y coherente individuo—, lo cual resulta imposible a la luz de un número importante de razones que no puedo desarrollar aquí.

Atribuyo a los primeros una postura escéptica radical en materia moral en el sentido de que, según ella, niegan toda posibilidad de justificar la existencia de un valor de justicia único y universal, subyacente al texto de la Constitución. Para ellos, el texto constitucional no expresa ese valor universal, sino que encierra tantos significados como intérpretes de ese texto existan y, por lo tanto, será el significado atribuido por la mayoría del pueblo representado en el gobierno, el que debería imponerse. Su escepticismo moral los convierte en relativistas morales, lo que, trasladado a la teoría interpretativa se convierte en una especie de relativismo interpretativo que vacía de contenido el texto constitucional. No habiendo un único significado atribuible al texto de la Constitución, deberíamos someternos al significado que le asigna el pueblo, entendido como su mayoría. La implicancia de esta postura es que sería prácticamente imposible diferenciar el significado de la constitución de la voluntad mayoritaria, lo cual nos conduce a la paradoja de la irrelevancia radical del texto constitucional. Si se supone que la voluntad mayoritaria está sometida al límite de la constitución en una democracia constitucional, y si el

significado del texto que expresa ese límite es definido por la propia voluntad de la mayoría, entonces el límite es definido por el limitado. Así, el límite se desvanece y, con él, se desarma el propio régimen democrático constitucional, convirtiéndose en una democracia a secas, voluntad de mayorías sin límite. Pura voluntad popular. Los segundos, los formalistas, atacan a los primeros, los escépticos, argumentando que el límite no puede ser manipulado por la mayoría limitada constitucionalmente, y sostienen que el texto constitucional tiene un significado autoevidente e inequívoco que los jueces deben aplicar incluso contra la voluntad de la mayoría si esta voluntad fuera contraria a ese límite. En otras palabras, desde esta segunda postura, los jueces no serían enemigos del pueblo y amigos de las minorías, las corporaciones o los factores de poder cuando fallan contra la voluntad de la mayoría, sino que ellos sólo estarían desarrollando su aséptica tarea de aplicar la Constitución *tal como es*, negando que exista siquiera una mínima duda sobre el significado del texto constitucional. Cuando los textualistas o formalistas argumentan que la justicia constitucional tiene un significado único y evidente, que toda pregunta sobre lo que es justo, constitucionalmente hablando, tiene una respuesta única correcta y que ella se expresa con claridad indubitada en el texto constitucional, los escépticos morales reaccionan sosteniendo que no existe una única respuesta correcta en materia de interpretación constitucional, sino que esa respuesta depende de cada sujeto y que, si el sujeto es el juez, entonces la respuesta a la pregunta de qué es lo justo, depende del juez particular que así lo exprese y, por ello, no sería una verdad externa al sujeto que la trata de encontrar.

El formalista/textualista, por su parte, intentará defenderse de la acusación de ser parcial y de ocultar detrás de su supuesta neutralidad al aplicar la Constitución, una postura parcial generalmente asociada con las minorías no populares. Así, sostendrá que el significado de lo que es justo está expresado en el texto constitucional y que el significado de ese texto es evidente. Para los textualistas, es posible afirmar que existen respuestas correctas en materia de interpretación constitucional y que ellas no dependen del sujeto (del juez) que interprete el texto constitucional. Ellas se desprenden prístinamente del texto. El juez desde esta perspectiva sería una especie de burócrata cuya actividad casi automática se limita a aplicar silogismos ignorando la influencia de sus propias ideas, prejuicios o identidad.

La postura de los escépticos conduce a dos consecuencias preocupantes para la democracia liberal. Por un lado, si la respuesta respecto de lo que es justo depende

de cada juez, entonces será necesario que, al momento de cubrir vacantes en el Poder Judicial, no importe si se está de lado del pueblo o de las minorías poderosas, se designen jueces que compartan la visión de justicia del grupo en pugna al que uno pertenezca. Hacer justicia desde los tribunales se reduciría, así, a decidir de acuerdo con el interés que representa cada juez, lo cual implica que los jueces ya no aplicarían el Derecho sino la voluntad de aquellos que, de algún modo, representan. Esta visión nos conduce, en palabras de Owen Fiss, a la muerte del Derecho. Por otro lado, si el significado de lo que es justo depende de quién es el que lo sostiene, y si lo que justifica el predominio de la perspectiva de la mayoría es sólo el número de votos, la justicia ya no respondería a valores universales, como por ejemplo aquellos que subyacen al reconocimiento de los derechos humanos, sino que podría expresar valores radicalmente opuestos como, por ejemplo, aquellos que niegan los derechos humanos, si es que la mayoría los comparte. ¿De dónde provendría la legitimidad de los sujetos que contradigan a la mayoría respecto de lo que debe entenderse por justicia si lo que es justo no responde a un valor universal? Si todas las visiones de lo que es justo tienen una validez equivalente, entonces los escépticos morales sostendrán que en una democracia es la voluntad del pueblo la que debería determinar lo que es justo, incluso si esa voluntad fuera ofensiva respecto de valores que algunos considerarían universales, como aquellos valores liberales que justifican el respeto por los derechos humanos.

Por su parte, los formalistas/textualistas cometen otro error peligroso para la democracia constitucional de corte liberal. Asumiendo que el significado del texto constitucional es evidente, sofocan cualquier debate disparado por la duda o la discrepancia interpretativa motivada en ese texto. Puede ser que ellos sostengan que siempre tienen certeza sobre el significado de la Constitución, dado que ese texto tiene un significado evidente, pero sabemos que en materia interpretativa, y sobre todo en cuanto a la interpretación de la Constitución, no hay certezas *a priori* y que el significado de la Constitución depende, por un lado, de la teoría interpretativa que se adopte y, por el otro, de las razones que justifican la adopción de una teoría interpretativa y no de otra. En nuestro país, esta postura textualista no ha sido articulada en forma explícita por los jueces, como sí ha sido el caso de los académicos y magistrados más conservadores de los Estados Unidos, y sobre todo los jueces de la Corte Suprema, quienes escudándose en un supuesto originalismo —que es una versión de textualismo—, reclaman imponer su visión de la Constitución como única y evidente, aunque sostienen que ellos sólo aplican la voluntad de los constituyentes originarios. Por su parte, algunos académicos y jueces

argentinos responden a los escépticos morales (partidarios de una justicia denominada democrática) con el argumento de que ellos sólo aplican la Constitución, como si con ello lograran rebatir el argumento de los escépticos que les achacan falta de parcialidad.

Este tipo de planteos dicotómicos no son problemáticos necesariamente porque las posturas en pugna sean falsas —muchas veces, como en este caso, ambas encierran algo de razón—, pero exhiben una cierta falta de riqueza en la comprensión del fenómeno en debate —en este caso, el Derecho— que es producto de la sobre-simplificación, quizá exigida por el discurso mediático, que impide vislumbrar la complejidad y profundidad de las posiciones en conflicto. Tampoco permite internarnos en la real diversidad de todas las posibles perspectivas que siempre van más allá de la limitada presentación binaria. El debate académico jurídico, político y mediático, así como también el mantenido por la sociedad civil, en torno al lugar que le corresponde ocupar a los jueces en nuestra democracia constitucional no es ni original ni privativo de nuestro país. Todas las democracias constitucionales sofisticadas del mundo se han embarcado en esta discusión que, además, nunca se cierra, aunque, como toda discusión moral racional, aspira a ampliar los consensos para acercarse a algo así como una respuesta provisoria al problema objeto del debate.

Estoy en desacuerdo con ambos extremos de este debate. A diferencia de lo que sostienen los escépticos, yo sí creo que hay una respuesta correcta a la pregunta acerca del significado y contenido de la justicia constitucional. Sin embargo, a diferencia de lo que piensan los formalistas/textualistas, creo que esa respuesta no es evidente ni se desprende con facilidad de la lectura de la Constitución. El significado de la Constitución se corresponde, en parte, con el texto en el que ella se expresa, pero se completa con la interpretación de ese texto. El texto no es superfluo, pero tampoco es suficiente para identificar el significado de la justicia constitucional que ese texto expresa. Si, como sostienen los escépticos, hay tantos significados de la Constitución como intérpretes —y ellos agregarían que por eso debería aplicarse la interpretación que refleja y acompaña a la voluntad popular—, entonces lo que se escurre entre los dedos como granos de arena es la propia Constitución y la noción de que ella es un límite a la acción del gobierno y de los particulares que atentan contra los derechos reconocidos en la Carta Magna. Si la Constitución puede decir muchas cosas a la vez, incluso contradictorias, entonces *no hay una constitución*. Por otro lado, la posición del textualista, asume —como creo que es correcto— que la

Constitución tiene un solo significado, pero mientras éste sostiene que aquél es evidente e incontestable, yo creo que ello es inaceptable hoy para cualquier estudiante de grado de la carrera de abogacía. Todo texto requiere de interpretación para poder asignarle un significado, y mucho más un texto tan poroso e indeterminado como es el de la Constitución. Es por ello que creo que esta discusión, planteada en estos términos dicotómicos: escépticos (o demócratas radicales) vs. formalistas/textualistas (o ingenuamente constitucionalistas contramayoritarios), no es constructiva. Peor aún, no es una discusión surgida a partir de posturas consistentes con una visión de la democracia (constitucional) ni de la Constitución (como práctica y no como texto). Propongo, entonces, explorar la posibilidad de salir del *corset* en el que nos hemos metido con este debate infértil y que exploremos la posibilidad de que la Constitución tiene en verdad un significado único que nos resulta altamente elusivo y que, para poder hallarlo, se requiere de una compleja deliberación entre todos los actores que tienen la responsabilidad de realizar sus aportes a la construcción del significado constitucional, así como los autores de Dworkin contribuyen a la redacción colectiva de una novela encadenada o los arquitectos de Nino aportan generación tras generación a la construcción de la catedral medieval. Ni las mayorías expresan la única verdad interpretativa posible, ni los jueces pueden evadir la labor interpretativa con la excusa ingenua de que sólo aplican el texto tal como es. Todos debemos trabajar juntos como una verdadera comunidad de intérpretes en la construcción de una práctica constitucional que le dé sentido a nuestro derecho.