

Constitución y jurisdicción: por un compromiso del juez latinoamericano*

Alicia RUIZ

"No hay dogmática sin historia, o no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen de un vacío puro e intemporal, sino en un lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante"
F. Tomás y Valiente

1

¿Cómo construir el poder judicial de un estado de derecho? La pregunta es pertinente porque todavía en nuestro país el poder judicial como institución, no está comprometido con el orden democrático ni es realmente independiente. Muchos factores han incidido en este estado de cosas, y en lo que sigue abordaré apenas algunos aspectos de la cuestión.

En la búsqueda de un comienzo adecuado, recordé las reflexiones de una teórica de feminismo. Dice Frangoise Collin: "Durante mucho tiempo la transmisión a través de las mujeres, y entre mujeres, parece haber funcionado más en la forma de la repetición que en la de la innovación... En la medida en que las mujeres no eran consideradas como agentes sociales y culturales sino, sobre todo, como guardianas de un mundo que ellas no constituían ni modificaban, se pudo inferir su carácter más conservador que innovador".

Los cambios ocurridos -continúa- colocan a las mujeres en una coyuntura que les produce cierta perplejidad, en la que no les es fácil conciliar tareas que provienen de herencias diversas, ni definir una identidad que no esté sometida a la alternativa de "o esto o lo otro". El camino -advierte- individual y colectivamente, no es cómodo..." y "...la transformación efectiva del papel de las mujeres induce a cuestionar la representación que de su identidad se diera en el pasado".

Collin se interroga acerca de la posibilidad de una historia de las mujeres independiente de la historia común, o si, por el contrario, la historia de las mujeres debe leerse inscrita en la historia general. "La historia es forzosamente historia de lo permanente, de lo duro, el monumento, de lo monumental". Se quiera o no la historia tiene que ver con lo que se revalúa. "... No hay construcción a partir de una 'tabula rasa' sino más bien reconstrucción y reconstrucción de y en lo que está ahí. Nacida de la política, la historia feminista permanece tributaria de una problemática de poder o de los poderes." Aquí se detiene en el concepto de memoria al que distingue de la noción de historia. La memoria registra las huellas, los gestos destinados a la simple repetición, al simple ejercicio de la vida de las mujeres, que estando en el mundo, no se proponen ni están en situación de cambiarlo o de desencadenar en él un acontecimiento.

Quiero introducir ahora algunos paralelismos entre las mujeres y los jueces, sugeridos por las observaciones de Collin. ¿No nos sucede a los jueces como a las mujeres? ¿No fuimos pensados, y nos pensamos, durante mucho tiempo -en nuestra tarea cotidiana, en la función de todos los días- como repetidores, guardianes de orden que existe? Y lo que es aún más significativo ¿no fuimos fieles a ese modelo? Jueces mantenedores del sistema social, reproductores, alejados y hasta temerosos del cambio y de la transformación.

Sin embargo en los últimos años, y por razones bien diversas, al poder judicial se le exige que asuma y resuelva muchos y nuevos problemas. Los jueces, colocados de pronto en el centro de la escena, no sabemos cómo jugar el papel asignado. Estamos perplejos -como las mujeres- porque la responsabilidad no es menor, los modelos heredados sirven poco, y no nos reconocemos.

Nos vemos enfrentados, por un lado, a una judicialización creciente de lo político, o más precisamente de mucho de lo que, en etapas previas, parecía ajeno y alejado del ámbito jurisdiccional, cuestiones cuya particularidad consiste en que, o no se puede o no se quiere, resolverlas en otros espacios del sistema político. A un estado que se devalúa y, simultáneamente, incrementa su complejidad, la cual se proyecta al plano del derecho. A un sistema jurídico que crece y cambia aceleradamente, por vías y fuentes muy variadas, poco homogéneas, y hasta de dudosa legitimidad; y que en esta constante renovación -por sustitución o derogación de leyes, decretos, resoluciones- acaba tornando inexistente la noción misma de sistema, y meramente retórica la apelación a principios generales y a categorías jurídicas básicas. A la aplicación multiplicada de normas derogadas, a la aparición de difíciles problemas acerca de qué tractos del ordenamiento son aplicables y cuáles han dejado de serlo, a interpretaciones contradictorias que suelen pasar desapercibidas, que conllevan, en un grado alarmante, discrecionalidad, arbitrariedad, inequidad en las decisiones de los jueces. A una real "explosión de litigiosidad" consecuencia, en buena medida,

de la desatención, la postergación o el desconocimiento de necesidades sociales que padecen sectores, cada vez mayores de seres humanos, afectados en sus derechos y garantías más elementales, y a una legislación que se orienta, en muchos casos, sólo a suministrar soluciones de coyuntura, bajo la forma de una normatividad general, con pretensión de prescribir hacia el futuro. En esta situación muchísimos jueces aparecen definitivamente desbordados por las circunstancias, sin herramientas técnicas ni psicológicas para asumir a labor que se les impone. Son los jueces que se sienten responsables frente a la ciudadanía y se preguntan quiénes son, qué se espera de ellos.

¿No nos sucede a los jueces como a las mujeres que, mientras no se reconocían como agentes sociales y culturales, podían ignorar que su hacer modificaba y constituía la tierra que habitamos? Pues bien, ya no podemos afirmar que no sabemos lo que, en verdad, siempre supimos: que somos protagonistas de; drama institucional. Este es el desafío que nos está específicamente dirigido.

Pero aceptar el desafío se vuelve muy traumático, entre otras cosas, porque tal como aparece ante los ojos de los propios jueces, el poder judicial no tiene historia. O mejor, lo mismo que la historia de las mujeres, la historia del poder judicial es una historia silenciada, en tanto que, como la de aquellas, nace de lo político y se liga estrechamente con el poder.

Zaffaroni señala que en América Latina no se planteó la cuestión judicial como problema M poder "...llegándose a borrar la memoria histórica de nuestros poderes judiciales. En nuestra región no hay historia judicial al menos si por tal entendemos la historia política... No obstante la clara dimensión de poder que tiene la cuestión judicial -aunque no se agote en ella- se ha borrado la memoria del mismo, con lo cual se hace imposible su comprensión porque no hay fenómeno del poder que resulte explicable si se ignora cómo se gesta. La pérdida de la memoria es uno de los más conocidos recursos para impedir la crítica y permitir la reincidencia de los mismos errores. Un Poder Judicial sin historia corresponde a la imagen desdibujada del juez que siempre ha querido proporcionarle el "establishment", o sea, aséptico al que el poder le pasa sin rozarle, porque no lo protagoniza" (Zaffaroni, 1994).

Zaffaroni organiza su análisis de los jueces, como lo hace Collin al hablar de las mujeres, en torno al poder, a la historia y a la memoria. Descubre lo que habitualmente está omitido, sea en relación con las mujeres o con los jueces: los vínculos con el poder y las remisiones que las/los convierta en parte de la historia, y que preserven la memoria.

Un poder judicial sin historia y sin pasado, se compone de jueces de "Imagen desdibujada" ante la sociedad y ante sí mismos; privados, entre muchas otros atributos, de la capacidad de reconocerse como parte del poder político del estado.

Jueces cuya vida, en tanto jueces, se limita a "repetir" mecánicamente, temerosos del apartamiento de lo ya hecho y lo ya dicho (recopilado, ordenado y reiterado en los repertorios de jurisprudencia y en los anales de legislación); condenados a la represión de sus mejores posibilidades de imaginar otras formas de resolver los conflictos que llegan a su conocimiento; jueces puestos frente a nuevos problemas y a mayores compromisos, que en tiempos difíciles no saben de qué manera pueden ser distintos.

Jueces a los cuales, y no por casualidad, se les borra de la memoria que, en nuestro derecho, muchas innovaciones al orden jurídico (Vg. el recurso de amparo, el abuso de derecho, la teoría de la imprevisión, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria), fueron reconocidas en las sentencias de los tribunales, antes que en la ley.

Jueces, en fin, sin conciencia del altísimo grado de politicidad de la labor que cumplen, que, sin embargo y aunque no lo quieran ni lo sepan, expresan en cada decisión la imprescindible relación entre derecho y política.

No se me escapa, desde luego, que el descrédito y la desconfianza que, en grado creciente se percibe hacia el poder judicial, tiene mucho que ver con los niveles de corrupción y de subordinación de magistrados y funcionarios hacia el poder político. Y es cierto que muchos de nuestros colegas son cómplices o corruptos. Pero la magnitud y la gravedad institucional de este problema reside en que no se limita a tales personajes, sino que nos incluye a todos nosotros y, fundamentalmente, a la estructura en la que cumplimos nuestra función.

Los anónimos jueces cuyas vidas transcurren en sus despachos del tribunal, sin que su rostro o su nombre asomen nunca en las páginas del periódico o en las pantallas de la televisión, esa mayoría del Poder Judicial, es la que define a la institución, porque es la que con más fuerza ha sido marcada por ella.

Siempre hubo innovadores y disidentes en la justicia. Siempre hubo jueces que fueron "más allá" ejerciendo el poder que les era propio y asumiendo los riesgos consiguientes, riesgos que no fueron

pocos en los países de América Latina. Todos ellos merecen un lugar en la historia, sin duda. Pero, lo que quiero subrayar es que la historia de la justicia es más extensa y menos luminosa que la que trazaron los innovadores y los disidentes.

Si queremos conformar un Poder Judicial distinto al que tenemos, si discutimos acerca de la necesidad de su reforma, de nuevos modos de seleccionar y capacitar a sus miembros, quizás sea bueno tener muy presente una advertencia de Collin, a quien vuelvo por última vez: "... cuando se retiene sólo, lo que fue eje de un cambio, se corre el riesgo de oscurecer gravemente la memoria que se pretende reavivar: la historia de las mujeres no es la historia de las feministas -de las que han luchado por la transformación de la condición de las mujeres- ni siquiera de las que, más en general, han llevado a cabo un cambio. Esa historia supone una distinción cuyo criterio es cuestionable, entre las nuestras de la fosa común y del mausoleo".

Tampoco la historia del Poder Judicial es, únicamente, la historia de los que fueron más allá, de los que antepusieron la tutela irrestricta de los derechos fundamentales y de las garantías, en lugar de someterse al gobierno de turno. Es una historia compleja, oscura y de la que muchos prefieren no hablar.

Construir una justicia diferente implica poner en marcha un largo y difícil proceso, en el cual habrá que comprometer a muchos haciéndolos partícipes en la transformación que se intenta, que es tanto como decir, "hacerlos otros" y develar, al mismo tiempo, esa historia atravesada de complicidades, de sombras y de miserias.

Hay que poner en crisis, pacientemente, la imagen idealizada de juez que decide "por encima de", «más allá de» intereses en pugna, contradicciones o valores opuestos. Reconstruir el estereotipo del "juez neutro". Y dotar de nuevos significados a expresiones como la Independencia judicial, la "supremacía de la ley" y el "Estado de derecho" (Zaffaroni, Ob. cit.).

Se trata, en fin, de remover los obstáculos epistemológicos e ideológicos que desdibujan la politicidad del derecho y de la justicia. En el prólogo a *Ideología y Derecho*, Carlos Cossio señaló con agudeza, cómo lo que hacen los jueces afecta a todos, y cuánto de lo que hacen permanece oculto, tanto para ellos como para los demás mortales "sujetados" por sus decisiones.

Siempre todos estamos implicados en lo que hacen los buenos y los malos jueces, "no tan sólo por lo que pudiera percibirse a primera vista, sino mucho más porque todos ellos, día a día y hora tras hora, hacen algo por las derechas o las izquierdas, y también por la democracia o el totalitarismo, al gravitar sobre la vida social en forma específica, como agentes M Derecho" (Cossio, 1963).

Ese aporte lo realizan también con una eficacia no menor, los jueces.... que ignoran el alcance de sus tareas, porque el referido aporte siendo una cosa más vivida que pensada, está en función de la situación que defienden esos agentes M Derecho, situación forzosamente referida a las principales estructuras sociales" (Cossio, ob.cit.)

"Todo el mundo comprende, claro está, que los jueces de nuestro mundo nos conciernen directamente, al menos por la posibilidad de que cualquiera de nosotros necesite recurrir a su amparo alguna vez; y es obvio que para esta reflexión, aún siendo mínima, no es indiferente que los jueces sean buenos jueces o malos jueces, cabales o torpes". Pero, para el hombre de la calle, ya no es tan obvio que sus jueces les "conciernen", de la misma manera, aunque jamás sean actores, demandados, acusados o acusadores.

Tampoco los jueces -insisto- son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia, no es un valor inmutable; (que) la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara, de una cierta concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas o transformarlas ... cada vez que un juez dice 'fallo', su discurso 'constituye' cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. ... en definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho ... (que).... conlleva la carga legitimante de poder que le es propia" (Ruiz, 1991). La institución judicial, de modo altamente eficaz, elude el carácter social y político de la magistratura, en el discurso sobre sí misma que transmite y enseña a sus integrantes. De ahí que muchos jueces sirvan a fines e intereses que desconocen. Esta distancia entre lo que "creen que hacen" y lo que "hacen en realidad", tiene efectos terriblemente perversos en el afianzamiento de modelos democráticos de organización social y política. Y como es el producto de muchas décadas de prácticas autoritarias al interior M poder judicial, reemplazarlas exigirá no pocos esfuerzos.

En las democracias modernas la actividad creadora de los jueces, que se desarrolla a partir de la interpretación, es una actividad controlada por los principios positivos de naturaleza garantista que, en las sociedades actuales se encuentran consagrados constitucionalmente. Hay un tránsito de; estado de derecho al estado constitucional, en el que las leyes se subordinan a los principios constitucionales y los jueces también.

"La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera sea su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino a una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la constitución, coherencia más o menos opinable" (Ferrajoli, 1995)

El juez está obligado a aplicar la ley, pero -está claro ahora- que esta obligación sólo se satisface cuando para decidir la aplicación de cualquier norma del ordenamiento, ese juez ha meditado previamente acerca de la adecuación de esa norma a la constitución. No se trata entonces de una "aplicación mecánica", sino del resultado de una lectura marcada por el conjunto de los principios constitucionales.

"El juez no podría (mejor sería decir no debería) considerar la ley en forma acrítica e incondicionada sino someterla a la jerarquía constitucional, garantizando así los derechos en ella consagrados. Allí radica, sustancialmente, el fundamento de legitimidad de la jurisdicción. Una legitimación no equiparable a la que proviene de la representación política, derivada de la voluntad mayoritaria, sino que concierne a la tutela de la intangibilidad de derechos fundamentales consagrados sobre los que se asienta la democracia sustancial". Precisamente -afirma Ferrajoli- por estar garantizados a todos y cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, a partir de la función atribuida a los jueces, es que éstos ostentan su propia participación democrática.

"Los principios constitucionales, tal como se los entiende en este contexto, son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática. Ninguna decisión, por mayoritaria que fuere, podría abrogarlos, salvo a través de los generalmente complejos procedimientos de reforma constitucional, que suponen amplia discusión y participación calificada de la ciudadanía." (Cárcova, 1996). De aquí que el poder judicial sea un factor esencial de la viabilidad y supervivencia de; pacto de sociabilidad que la constitución expresa.

Los jueces tenemos, pues, sobre nuestras espaldas la carga de sostener la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, pues no son otra cosa los principios constitucionales a los que estamos aludiendo. Y debemos cumplir con este deber, cada día, en cada acto concreto que realizamos, porque tales derechos no son valores inmutables ni transhistóricos. Son el resultado de largas luchas sociales, concreción del sueño de miles de hombres y mujeres de carne y hueso, que no merecen ser traicionados, y esperanza -aunque incompleta para las generaciones por venir.

Productos humanos, como la democracia y la Constitución necesitan del esfuerzo, el compromiso y la atención constantes. No pueden ser descuidados ni postergados. Sabemos que no basta declararlos, y que tornarlos efectivos no es tarea sencilla. Pero si la magistratura asume la parte que le corresponde en esta empresa, estaremos más cerca de lograrlo.

Los jueces deberemos comprender que seremos más independientes cuanto más directa y manifiestamente nos involucremos en hacer de la constitución una parte sustancial de nuestra "cultura", cuando asumamos, por fin, que "decir el derecho" y resolver las causas" es tanto como aplicar, día tras día, las cláusulas constitucionales. Cuando aprendamos que el orden jurídico se lee desde la constitución que cada ley, cada decreto, cada resolución sólo podrán utilizarse como marco para la decisión concreta, luego de haberlas sometido al test de constitucionalidad.

La supremacía de la constitución no es el resultado de ninguna operación lógica al interior de un sistema de normas, sino de su afirmación incansable como criterio último de interpretación y como principio legitimador de prácticas sociales.

"La concepción de la Constitución como ley suprema supone el reconocimiento de que su fuerza normativa reside en que se trata de un conjunto de reglas jurídicas superiores que han de ser interpretadas y aplicadas según los procedimientos típicos del derecho. Una Constitución es una norma fundamental no sólo por la naturaleza de las prescripciones que contiene sino por la creencia de los individuos y de los grupos regidos por ella, en cuanto a su importancia y a la necesidad de que sea aplicada efectivamente. Son los órganos jurisdiccionales -y muy particularmente los tribunales constitucionales- aquéllos para los cuales la obligación de someterse a la Constitución adquiere una significación especial que caracteriza cada uno de los actos que realizan en el ejercicio de su competencia. Cuando un tribunal constitucional es instado a validar o a dictar decisiones

interpretativas acerca de la legitimidad y legalidad de actos de otros poderes, debe actuar con extrema prudencia para preservar el equilibrio propio del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, con la energía, oportunidad y claridad necesarias para que todos los ciudadanos perciban que la supremacía de la Constitución no es una declaración sino una regla sustantiva básica. La interpretación constitucional debe hacerse siempre de modo que el conjunto de las normas constitucionales formen una unidad que obliga a contemplar cada una de sus cláusulas no como partes aisladas sino como elementos integrantes de una totalidad o sistema. Ante el problema concreto, la decisión jurídica que lo defina y resuelva presupone la comprensión de que al aplicar una cláusula constitucional se aplica la constitución toda. La argumentación, entonces, debe ser sistemática, teniendo en cuenta la realidad y, desde la perspectiva o desde el lugar del juez, como si con cada caso se estuviera creando un precedente. De ahí que un tribunal constitucional no puede eludir la consideración de la adecuación constitucional del acto que juzga y del propio acto jurisdiccional que realiza." (Acordada Electoral N° 3 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 23/3/99).

BIBLIOGRAFIA

- Cárcova, Carlos María, "Derecho, política y magistratura", Biblos, 1996, Buenos Aires.
Collin, Françoise, "Historia y memoria o la marca y la huella", en "el género de la memoria", compilado por Fina Biruies, Ed, Pamiela, Barcelona, 1992.
Cossio, Carlos, "Ideología y derecho" inédito, 1963. Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón" Trotta, 1995, Madrid.
Ruiz, Alicia, "Aspectos ideológicos del discurso jurídico en los materiales para una Teoría Crítica del Derecho", AbeledoPerrot, 1991, Buenos Aires.

* Conferencia pronunciada en el acto de apertura organizado Por la Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná AMATRA IX), Curitiba, Brasil, abril de 1999.