

**LA “ENERGÍA JURISDICCIONAL” DE  
LOS JUECES Y LA JUDICATURA**

*Por Jorge Reinaldo Vanossi*



# LA “ENERGÍA JURISDICCIONAL” DE LOS JUECES Y LA JUDICATURA

Por el académico DR. JORGE REINALDO VANOSI

“El juez es el garante de la seguridad jurídica”

*Max Weber*

## I

Los aspectos más sensibles de la actuación judicial en los tiempos actuales, ya no son las viejas disputas en torno a la “justiciabilidad” de las facultades privativas de los otros poderes del Estado, ni la opción entre la oralidad o el “expedienterío” escrito, ni el tratamiento protocolar pertinente a los magistrados; sino otros “*issues*” que despiertan inquietud en ámbitos propios de la judicatura y de los justiciables, como asimismo en el conjunto de la sociedad. Entre ellos, cabe mencionar cuestión tan doliente como el acceso a la justicia, la morosidad en la sustanciación de las causas y pleitos, el tropiezo ante el incumplimiento de las decisiones judiciales por los órganos obligados a ello, la dosis de “energía jurisdiccional” que realmente se aplica para superar la

violación de derechos y de garantías personales y grupales, más un largo “etcétera” de interrogantes que siguen en pie. Trataremos de abordar algunos.

El obstáculo para obtener **igualdad** en el requerimiento de “justicia” es tan antiguo en la Historia como la noción o la percepción de sufrir “la injusticia”; y no se trata de un juego de palabras (sic). Es drama y a veces ha sido tragedia. Alrededor de cuatrocientos años antes de Cristo (o sea, hace más de dos mil cuatrocientos años...) los atenienses intentaban extender su dominación y en cierto punto se toparon con los “*melios*” –así llamados por habitar la isla de Melos– quienes se resistieron a la anexión con toda clase de argumentos. Pero ante la insistencia de Atenas, que amenazaba con el empleo de la fuerza, el negociador que representaba a los “*melios*” adujo como última *ratio* que ese proceder guerrero sería “injusto” por cuanto así pasarían a la condición de esclavos; a lo que el ateniense le respondió secamente: “la **justicia** es una cuestión entre **iguales**, nunca entre **desiguales**” (véase: Tucídides, en “Historia de la Guerra del Peloponeso”, Libro Quinto, Capítulo XVII, Ed. de la Enciclopedia Británica, University of Chicago, 1971 –decimonovena impresión– tomo 6, págs. 504 a 508). El relato precedente resulta indicativo de que el ideal de la democracia de Atenas y su brillante cultura no incluían el principio de la “igualdad ante la ley” ni aplicaban con generalidad o universalidad el respeto a la eminente dignidad de la persona humana; concepto que siglos más tarde desarrollaría el renacentista Pico della Mirandola hasta llegar recientemente a la afirmación de Peter Häberle en el sentido de que esa dignidad es “la premisa antropológica y cultural del Estado Constitucional” (confr., en Bidart Campos, “Nociones Constitucionales”, Ed. Ediar, Bs. As., 2007, págs. 185 a187).

En contraste con ese brutal relato, viene a nuestra memoria visual la inscripción que obra en el frontispicio del majestuoso edificio de la Suprema Corte de Justicia estadounidense en la ciu-

dad de Washington y que reza: “*Equal Justice under Law*” (igual justicia bajo la ley). ¡Es todo un símbolo de la República! Y si bien es cierto que “allá lejos y hace tiempo” (*long ago and far away*) el Tribunal convalidó la esclavitud a través del desafortunado caso Dred Scott –que precipitó la Guerra de secesión y tras ella llegó el fin de la esclavitud–, también hay que reconocer el gran salto cualitativo que la Corte tuvo entre la doctrina de “iguales pero separados” (segregación racial admitida a fines del siglo XIX en el caso Plessy v. Ferguson) y el cambio copernicano en pro de la doctrina de “iguales e integrados”, consagrada a partir del caso *Brown versus Board of Education* (347 US 495, año 1954 –Corte de Warren– con nuevo fallo ampliatorio al año siguiente) que puso término a la separación escolar de blancos y negros; y de ahí en más la Corte del *Chief Justice Earl Warren* aceleró vertiginosamente el proceso de la igualdad en los “derechos civiles” (equivalencia de la expresión “derechos humanos”).

Incluso en los regímenes monárquicos del “despotismo ilustrado” de la Europa de fines del siglo XVIII, el monarca Federico de Prusia (que se asesoraba con el “iluminista” Voltaire) debió contener sus ínfulas ante la postura asumida por el humilde granjero de Postdam, que al ser conminado a vender al Rey su modesta propiedad a fin de ampliar el coto de caza de “su Majestad”, se negó a ello frente a los emisarios, espetándoles su siempre recordada interrogación: “¿Pero es que ya no quedan **jueces** en Berlín?”. La pregunta era todo un desafío, pero encerraba más vigor argumental que la omnipotencia de la Corona. Esas son lecciones prácticas y aleccionadoras, del mismo jaez que las potestades que el Fuero de Aragón (finales del siglo XII, le reconocía al “Justicia Mayor” para disponer y efectivizar en los hechos la libertad de los súbditos que estuvieran injustamente recluidos.

*¡Oh tempora, Oh mores!*

En la República Argentina –nuestra Patria– hemos tenido grandes asimetrías en el goce de la “justicia” como organización y en la “**Justicia**” como valor y meta consagrada en el Preámbulo constitucional junto a los otros **fin**es que impuso el constituyente histórico (1853-1860) a los poderes constituidos y con permanencia para todos los tiempos. Supimos tener la Corte Suprema que el Presidente Bartolomé Mitre nominó, reuniendo en ese cuerpo una mayoría de quienes habían pertenecido hasta la víspera al sector de sus adversarios. También tuvimos composiciones de la Corte que se recuerdan por el nombre de sus grandes presidentes: GOROSTIAGA, BERMEJO, FIGUEROA ALCORTA, REPETTO, ORGAZ, entre otros. El último Decreto del Presidente de la República D. Hipólito Yrigoyen –en las vísperas del 6 de septiembre y horas antes de delegar el P.E.N. en el Vicepresidente Enrique Martínez– fue la designación de José Figueroa Alcorta en la presidencia de la Corte Suprema: su viejo adversario político en los sucesos de 1905 (a partir de 1930 la Corte asumió la facultad de elegir su propio Presidente). Luego del juicio político a que fue sometida la Corte entre 1946 y 1947, el Tribunal recibió la connotación de pertenencia al gobierno de turno; con la sola excepción de la que fue destituida a raíz del golpe de Estado de 1966, que venía integrada por designaciones hechas por varios gobiernos y sin que mediaran deposiciones colectivas. Con ulterioridad, cada Corte es singularizada –justa o injustamente– con el nombre del “designante” de turno. Esa es la gran diferencia con la Suprema Corte de USA, que se la recuerda por sus “*Chief Justices*” y no por el origen de su integración: allá, en la 1ª potencia, se cubren las vacantes surgidas de renuncia, jubilación o muerte: desde su instalación (última década del siglo XVIII) no se registran “golpes de Estado”, aunque asesinaron a varios presidentes de la República.

Nuestro vocabulario también es diferente: acá se profirió un vozarrón estentóreo: “al enemigo, **ni justicia**”; que no provino de un “decisionista” como Carl Schmitt, quien luego se arrepintió de sus dichos. Pero pasaron los años y las décadas, y a veces la justicia “renguea” en el respeto de la “igualdad ante la Ley” (Art. 16, C.N.). ¿Por qué a ciertos “barras bravas” convictos o confesos les permiten la salida del país para viajar a África, y a una funcionaria –también procesada y luego condenada– se le negó el permiso para asistir al sepelio de su padre, en sitio ubicado a pocos kilómetros de la Capital Federal? ¿Por qué no se mide con la misma vara a los mayores de setenta años de edad, concediéndole a algunos el beneficio de la prisión domiciliario; que se le deniega a otros, no por razones de “peligrosidad” o de fuga sino por actos sumidos obviamente en la discriminación política? ¿Adónde queda arrinconado el **principio** republicano de la “igualdad ante la ley”? ¿O acaso nos encontramos reflejados en la predicción de George Orwell, cuando en “La Rebelión en la Granja” dispara la admonición de “que somos todos iguales pero hay algunos que son más iguales que otros” y, por lo tanto, los hay menos iguales que otros tratados como iguales? No es difícil la respuesta.

Hace poco tiempo, rindiendo homenaje a Alfredo L. Palacios, tuve la ocasión de intercalar una reflexión atinente al Derecho y la Justicia, incorporando a ella el diálogo entre un gran político y estadista europeo y el alcalde de un pueblo. Permítaseme transcribir ese párrafo, en el que dije:

“Viene a mi memoria una anécdota protagonizada por el ‘*premier*’ francés Aristides Briand, el precursor de la unidad europea, cuando estando de visita en una prefectura departamental el alcalde le mostró un cuadro diciéndole que observara cómo la justicia estaba abrazando al derecho. Como Briand sonrió burlescamente, el alcalde le preguntó el porqué, a lo que contestó: “**Sí, se están abrazando porque la justicia se va a despedir, pues no se van a reunir por mucho tiempo**”. Y desgraciadamente era así: la justicia

estaba dissociada del derecho porque éste se resumiría en el principio “*dura lex sed lex*”, a la vez que era olvidado el adagio “*summun ius, summa iniuria*”. Por eso escribe “El nuevo derecho”, después de hacer su tesis precursora sobre fatigas y miserias, un libro de avanzada, revolucionario para su época” (véase: “Anales” de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, año 2010).

## II

En los tiempos que corren se habla mucho acerca de la necesidad de conjurar los déficit que aquejan a diversas actividades de incumbencia estatal. Los poderes públicos están “en falta” y se impone el reclamo de una superación. Para ello, se postulan “políticas de Estado” como manera de entender la puesta en nivel superior a las discrepancias entre los partidos de ciertos y determinados puntos en cuestión. Esa perspectiva es auspiciosa –y, más aún lo sería para elevar a la Justicia– cuando abarca el amplio espectro del arco de los partidos políticos de gobierno y de oposición alternativa. Con esa acepción, estamos ante la posibilidad de contar con espacios destinados a la “política arquitectónica” (de construcción o edificación) que deja atrás los tiempos de la “política agonial” de luchas y discordias alrededor del acceso o prolongación en la ocupación del poder.

Nosotros preferimos hablar de “políticas públicas”, en el sentido de la inclusión de otros protagonistas sociales (grupos intermedios, ONG, redes sociales, etc.), con lo que se genera una fuerza más abarcativa y se suman más compromisos de consensos; por lo que nada impide que una o más políticas públicas se conviertan luego en políticas de Estado. Los americanos anglosajones utilizan otra expresión, igualmente válida: los “*agreements on fundamentals*”, que suponen acuerdos, conformidades y hasta convenios para algo que se meritúa como fundamental. Pasan a

ser objetivos comunitarios compartidos, por gobernantes y para los gobernados. Julio Oyhanarte invoca las “bases fundamentales del sistema” que cuenten con una “previa y común aceptación” (véase: “Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina”, Ed. Paidós, 1969, en pág. 36 de “Recopilación de sus obras”, Bs. As., 2001). Nosotros pensamos que los acuerdos y consensos, a través de “políticas públicas” que se conviertan en “políticas de Estado” pueden servir para algo más que acotar los conflictos habituales que no lleguen a erigirse en “*disagreement on fundamentals*”, para avanzar en la composición de fuerzas que posibiliten la modernización institucional, como es factible hacerlo –por ejemplo– con el funcionamiento del Poder Judicial y del Ministerio Público (este último ha sido erigido en una suerte de cuarto poder del Estado, en virtud del Art. 120 de la Constitución de 1994, aunque no tiene asegurada estabilidad con rango constitucional sino legal).

Al decir de Julio Oyhanarte –dos veces Juez de la Corte Suprema Nacional– son fundamentales para el funcionamiento respetuoso del Estado democrático algunas condiciones, tales como “la oficialización del control de las minorías, el derecho de las minorías a convertirse en mayoría y **la independencia de los jueces**”; y con respecto al rol que deben cumplir éstos, destaca que “no deben actuar como **fonógrafos** de la ley escrita sino como agentes del bien común, para la tutela de valores y principios que lo expresan y lo sustentan” (confr., “Recopilación de sus obras”, Ed. Paidós, Bs. As., 2001, pág. 639).

El recaudo de la “independencia” de los jueces forma parte insoslayable del requisito de la “independencia” del Poder Judicial en cuanto “poder de Estado” en un marco de referencia en el cual la “separación de poderes” es un elemento componente de un “Estado de Derecho”. No es concebible un Estado de “Democracia Constitucional” que no satisfaga esa exigencia. Con mayor razón aún, si se trata de la forma republicana de gobierno: de acuerdo con las memorables conceptualizaciones de MADISON en U.S.A.

y de ARISTÓBULO DEL VALLE en la Argentina, la “división de poderes” es uno de los presupuestos básicos, junto con la democracia representativa, la igualdad ante la ley, la publicidad de los actos estatales (con el consiguiente derecho de acceso a la información), el control y la responsabilidad de los gobernantes.

Pero, de inmediato salta la pregunta: ¿en qué consiste la “independencia” de los jueces? La respuesta apunta a la multi-causalidad de presiones, amenazas, restricciones u otras limitaciones que puedan originarse o provenir de: 1) los poderes políticos, ya sea el Ejecutivo o el Legislativo; 2) los partidos políticos, tanto del oficialismo como de la oposición; 3) los grupos sectoriales de “interés”, de “presión” y de “tensión”; 4) las “recomendaciones” de influyentes que operan las actividades de *lobby* a nivel judicial sobre los magistrados; 5) las presiones mediáticas, ya fueran directas o fuesen subliminalmente dirigidas.

### III

Los intérpretes finales de la Constitución no pueden dejar de examinar entre ellos, o sea, entre los jueces de la Corte, tres cuestiones fundamentales para alcanzar la “excelencia” de su función. Y no lo pueden hacer aisladamente. Tienen que debatir, discutir, hacer de abogado del diablo entre ellos, analizar, reunirse en confesión. Como decía Unamuno, “la reflexión no es solamente un acto solitario”; es una tarea en común, compartida, intercambiando criterios, cotejando opiniones.

A) Una **filosofía constitucional**. La Corte tiene que tener presente siempre una escala axiológica.

Puede ordenar los valores que consagra la Constitución, o que se infieran de ella. Por ejemplo, tomándolos del Preámbulo y

de la primera parte de la Constitución Nacional. En el Preámbulo está la libertad, la justicia, la paz interior (que es lo más ausente que hay en el país en este momento); el bienestar, el *wellfair*, la unión nacional, la defensa común. Por algo Adolfo Posadas lo postuló como para que fuera preámbulo de la Carta de la Liga de las Naciones de 1919. Además, en la primera parte de la Constitución hay otros valores, más explicitados.

Lo que no puede hacer la Corte es invertir los valores. No puede reemplazar los valores por anti valores. Por eso hay dos interpretaciones posibles y no una tercera en discordia.

Por un lado, la clásica interpretación “estática” de la Constitución en virtud de la cual la norma sigue históricamente a los valores coetáneos con la sanción de la Constitución. Es un poco lo que la mayoría llamada conservadora de la Corte de los EE.UU., como Scalia, denominan la interpretación “histórica” de la Constitución. Y, por otro lado, la interpretación “dinámica”, seguida por nuestra Corte a partir de los años 30, y también por la de EE.UU. a partir de la renovación de esos años, donde de alguna manera se corta con el cordón umbilical. Se emancipa la letra respecto de las vivencias comunitarias de aquel entonces, para integrarlas a las vivencias compartidas del presente, de la contemporaneidad, pero respetando la escala de valores. Es un problema de interpretación y no de reemplazo de los valores. En síntesis, no hay inversión de los valores, sino que simplemente se interpretan las cláusulas de acuerdo con esos valores, pero tomando en cuenta las vivencias contemporáneas de la sociedad.

El tercer caso sería lisa y llanamente un prevaricato, o sea la inversión de los valores. Por eso, no es fácil alcanzar el equilibrio entre afirmaciones, a veces, muy terminantes. El ex presidente Woodrow Wilson de los EE.UU., que era un gran profesor de Teoría del Gobierno en la Universidad, había dicho eso que repiten muchos autores argentinos: “la Corte Suprema es algo así como una convención constituyente en sesión permanente”. Si se

lo interpreta al pie de la letra, el poder Constituyente lo tiene la Corte Suprema. Un juez de la Corte Suprema, que en su momento fue disidente minoritario pero que la mayor parte de su doctrina pasaría a ser prontamente mayoritaria, me refiero al Dr. Boffi Boggero, advertía: “Digan a los constituyentes que reformen, pero no pidan a los jueces que prevariquemos”.

Eran dos afirmaciones terminantes, la de Wilson por un lado y la de Boffi por el otro. Resulta difícil encontrar el punto medio de equilibrio. Así como hay necesidad de la sensatez política, hay necesidad de una gran coalición de la sensatez judicial, que, a veces, no se la ve presente en muchos pronunciamientos.

B) La segunda cuestión fundamental es **la política institucional**. ¿Cómo va a actuar la Corte, siendo un poder de Estado como cabeza, y no un tribunal más en una escalera de tribunales? Aquí viene lo que *ut supra* planteábamos. Tiene que separar espacios, orientando algunos para un mayor “activismo judicial”, y reservando otros para una mayor prudencia o “auto-restricción”, aunque sin declinar su función de control, que es de orden público y es imperativa.

¿En qué áreas volcar una cosa y en qué áreas volcar la otra en el ámbito jurisdiccional? La Corte lo tiene que decidir. Puede ayudar en este sentido, lo que llamamos *la regla de Hughes*. Charles Evans Hughes fue secretario de Estado, candidato a presidente, y fue también *Chief Justice*. Hughes es autor de una obra sobre la Corte traducida al español y publicada hace años por el Fondo de Cultura Económica. Detecta que a mayor competencia de la Corte hay menos poder<sup>1</sup>. Contrariamente a lo que creen muchos legisladores y, a veces, el vulgo. Cuando la competencia es más restricta,

---

<sup>1</sup> Asimismo, véase la obra “Mr. Justice”, Edited by ALLISON DUNHAM and PHILIP B. KURLAND, Phoenix Books, The University of Chicago Press, 1965, págs. 147 a 177, sobre Mr. Chief Justice Hughes.

en el sentido de que está ceñida a los puntos fundamentalmente constitucionales o de derecho federal, es mucha más la potencia, es decir, la *Auctoritas* que la Corte cobra ante los justiciables, ante la sociedad toda. En consecuencia, el asunto es inversamente proporcional. No se trata de darle más y más competencia a la Corte, sino de darle más poder, seleccionando qué es lo que tiene que llegar ante esa instancia. Por eso, en EE.UU. el *certiorari* ha funcionado bien.

Entre nosotros, el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial (fue un pretexto, que entró como artículo segundo, junto con el otro único artículo de la ley que elevó de 5 a 9 el número de integrantes de la Corte, para hacer el “*packing the court*”) es un *certiorari* a la criolla. Resulta ininteligible, porque no hay criterios de política institucional por parte del tribunal. No me refiero a la actual composición, que no termina de definirse, sino de la que existió, llamada “el piloto automático de la mayoría automática”. Porque muchas veces por el Art. 280 se rechazaba el recurso sin fundamentos. Aunque también había disidencias extensísimas rechazando con fundamentos o abriendo, pero como eran disidencias no alcanzaban; e, inversamente, había un “cocoliche” de mixturas, entre el Art. 280 y largos fundamentos, ya sea para abrir o para no abrir el recurso extraordinario. En consecuencia, un sistema destinado a confundir y no a ilustrar, que de eso se trata: lo que los abogados tienen que poder hacer para asesorar a sus clientes o a otros abogados. En EE.UU. existen estudios jurídicos especializados en la predicción de los votos de la Corte Suprema. Una predicción aproximada, por supuesto, porque puede haber sorpresas, como ocurrió con el juez Kennedy en relación al tema de la pena de muerte<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Véase: VANOSI, J. R., “La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 38, Diciembre 2000; ídem, en el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 4, año 2000.

En síntesis, una posibilidad sería la “energía jurisdiccional”, y otra posibilidad bien distinta sería caer en el “gobierno de los jueces”. Nadie pretende esto último. Pero, como bien decía el poeta, “entre lo sublime y lo ridículo hay un espacio infinitesimal”. Se puede estar en lo sublime, que es la energía jurisdiccional bien aplicada; o se puede caer en el gobierno de los jueces, que no es el sistema de nuestra Constitución, la cual distribuye el gobierno entre tres poderes y reserva las decisiones políticas al pueblo, que las adopta cuando elige a los legisladores y cuando elige al Poder Ejecutivo.

Un segundo punto muy importante consiste en distinguir entre la “tarea cerebral” de la Corte y la “tarea muscular”, como dijo muy acertadamente un juez de la Corte. Por eso es que hay que crear un Tribunal Intermedio de Casación, que no costaría mucho. Podemos sacarle a la Corte 100 de los más de 200 secretarios letrados que tiene, los cuales están haciendo sentencias, cada uno con redacción propia y sin guardar un estilo común. Ese presupuesto, equivalente a los 100 sueldos de 100 secretarios letrados, lo destinaríamos a un tribunal de 11 ó 12 miembros con la función de ejercer una casación federal (una casación en el sentido de un Tribunal Federal compuesto incluso por representantes de distintas regiones del país). De este modo, la Corte se libraría de un montón de cuestiones de hecho, de prueba, de derecho común, de procedimientos y de derecho local, que no tienen necesidad de llegar hasta esa instancia. Cuestiones que sí llegarían en caso de que hubiera gravedad institucional o una arbitrariedad (como diría algún juez: algo inconcebible de admitir en una normal administración de Justicia).

C) La tercer y última cuestión es la **técnica jurídica constitucional o la técnica jurídica**. Lo que más se nota como déficit de la Corte en los años recientes es no distinguir claramente entre los argumentos que hacen a *la ratio decidendi* y los argumentos que se vuelcan *obiter dictum*, o sea, a mayor abundamiento.

Lo fundamental es lo primero. Pero, como decía Oscar Wilde, “lo único que no puedo resistir son las tentaciones”: así ocurre que muchos jueces de la Corte no resisten la tentación de volcar en el *obiter dictum* lo que podrían ser magníficos capítulos de un libro, o de un tratado, o de un manual, o de una obra polémica, pero no son para fallos de ese Tribunal. La técnica de citas empeoró a partir de 1990. Se invoca cualquier clase de autores y sin cuidar el nivel. La Corte, durante muchos años, solo citaba autores muertos. Nunca un autor vivo, para evitar el riesgo de que el autor se desdijera. O que el autor actuara como abogado, y estuviera, no en la bochornosa pero sí incómoda situación de tener que sostener para defender a su cliente lo contrario de lo que había dicho en una obra publicada. La Corte solo citaba autores muertos, sin molestarle los celos de los vivientes.

Como vemos, se ha perdido el estilo en la redacción de los fallos. Y hay que tener en cuenta aquello que decía Napoleón: “Se es prisionero de las palabras y dueño del silencio”. Menor énfasis en el *obiter dictum*, y más precisión de la *ratio decidendi*, que es lo que realmente vuelca la decisión.

Para llegar a un acuerdo sobre estas tres cuestiones: la **filosofía de los valores**, la **política institucional** como poder del Estado, y la **técnica jurídica constitucional**, se requiere por lo menos una suerte de “retiro espiritual”, cuando una corte o un tribunal constitucional cambian notablemente su integración. En el sistema europeo kelseniano, los miembros no ocupan cargos *for life, for ever, ad vitam*, sino que van renovándose parcialmente cada tantos años (los que nombra el parlamento, los que nombra el presidente de la República u otra autoridad, o los que nombra la magistratura).

En nuestro país no ocurre lo mismo, excepto en los casos de golpes de Estado, cuando cae toda una Corte y se designa una nueva. O como sucedió cuando de 5 integrantes se aumentó a 9, y renunciaron 2, de tal modo que el presidente de entonces nombró

una mayoría propia. Algo similar está ocurriendo ahora, que, por distintos motivos (¿sin que nadie se dé cuenta?), se van produciendo vacantes. Si se van de a uno, se mueren de a uno o se jubilan de a uno, el tema no es tan grave. Pero, cuando hay un cambio nuclear en la composición del tribunal, es necesario que se reúnan antes de empezar a dictar sentencias. Me parece razonable que las ONG propongan que los miembros de la Corte, o todos los jueces, deban declarar sus bienes; pero creo que es más imperioso todavía que expliciten sus principios, creencias y valores para saber a qué atenerse (confr., Vanossi, J. R., en “La Ley” 28, Abril, 2005, ob. cit.).

#### IV

No hay ni debe haber tentación de caer en el despectivo (y descalificativo) extremismo del “gobierno de los jueces” (Edward Lambert, Paris, 1921, reprochando el rechazo judicial de la legislación social en USA). Se puede y se debe evitarlo.

Es obvio que para ello hay por lo menos tres controles importantes que los jueces tienen en sus manos:

- 1) Cuentan con el **control de constitucionalidad propiamente dicho**; y todos ellos lo ejercen en los países que practican un sistema difuso, porque en los países que tienen un sistema de control concentrado lo asume preferentemente un tribunal, que es independiente, pero siguiendo el modelo kelseniano posee el monopolio de esa función. Con cualquier sistema de que se trata, la dualidad entre el “activismo” del control y la pasividad, es una falsa antinomia. Tampoco creo que se pueda optar entre un supuesto activismo “bueno” y otro que sería “malo”. Lo único cierto es que la energía judicial es la reacción legítima frente a la *pusilanimidad*: ése es el vicio que a

la postre resulta siempre nocivo (en términos taurinos, “hacer la verónica”).

- 2) Tienen el **control de la “razonabilidad”** de las normas (no sólo leyes o decretos sino también otros actos) por lo que se aplica la doctrina de la *inalterabilidad sustancial* del derecho, cuyo sentido material no puede ser violado por obra de cualquier reglamentación u ordenanza que provoque una restricción. Ésta siempre tiene que responder a una proporcionalidad debida entre el *medio* elegido y el *fin* perseguido. Esa proporcionalidad puede variar en las situaciones de emergencia, de crisis o de estado de necesidad, pero en los tiempos de normalidad debe ser una restricción mínima (y siempre debe quedar expedita una acción residual hasta obtener finalmente la reparación integral del derecho que fue limitado durante la crisis), porque ese principio de sustancialidad del derecho está consagrado, no sólo en Constituciones emanadas del Poder Constituyente interno (Art. 28) sino también de tratados y declaraciones de derecho y convenciones internacionales de Derechos Humanos, que en muchos países tienen rango constitucional (Art. 75, inc. 22) y a veces supralegal respecto de las demás normas del derecho interno (según los Estados). Valga como ejemplo el caso de la “confiscatoriedad”, cuya prohibición fija la Constitución pero cuya dimensión excedió los márgenes de la razonabilidad por cuenta del legislador: la Corte Suprema no anduvo con dilaciones ni tibiezas, estableciendo el preciso límite del 33% sobre el capital o la renta gravada. ¿Por qué no hace lo mismo con la “proporcionalidad” de los haberes jubilatorios? Es rehuir la definición de un derecho a la “movilidad” (Art. 14 bis).

Como parte de este control de la razonabilidad queda comprendido el **control de la “desviación de poder”**

(*detournement de pouvoir*) que actúa cuando una autoridad aplica o ejerce sus potestades con una finalidad o con motivaciones ajenas a las conferidas por la Constitución o las leyes (p. ej., favoritismo, persecución, venganza, lucro) (véase: Vanossi, “La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Diciembre 2002).

- 3) Hay también otro control fundamental que es **el control de la operatividad**. Este control de autosustentabilidad es necesario, yo diría que es fundamentalmente necesario, y sobre todo, a medida que aumenta la frondosidad tropical constituyente, también legislativa y muchas veces reglamentaria, que se visualiza en el afán de sancionar normas que se cree que de por sí van a ser ejecutables, pero que resultan estar pendientes de otra norma que otro órgano de igual o inferior jerarquía (por lo general de menor rango) tiene que dictar para acordar los recursos humanos o los medios materiales necesarios, o para crear el organismo competente a efectos de cumplimentar lo que esa norma de carácter “directivo” ha enunciado, pero a la postre faltándole operatividad propia. Muchas veces las normas –aun sin esperar los recursos monetarios o los recursos humanos– pueden, por vía de la **energía jurisdiccional**, adquirir una operatividad mínima suficiente para convertir en derecho efectivo aquello que está todavía en derecho proclamado. Por eso es que hemos sostenido y seguimos sosteniendo que así como este tema se ha considerado en el orden internacional respecto de la operatividad o no de los tratados y compromisos internacionales, pues del mismo modo también en el orden interno la solución pasa porque la presunción *iuris tan-*

*tum* debe ser la operatividad y el que pretenda sostener la no operatividad debe demostrarlo. O sea, que el “negativista” o negador debe argumentar, debiendo volcar sobre el órgano jurisdiccional el arsenal de datos y elementos que conformen una argumentación suficiente para que la cuestión no sea considerada meramente baladí o intrascendente. Y esa fundamentación se debe arrimar antes de que se llegue a la triste conclusión de la no operatividad, es decir que no goza de la calidad o condición *self execute* la norma que establece un determinado derecho. Es justo recordar que le bastó a Alfredo Orgaz citar un escueto párrafo del “Manual de la Constitución” de Joaquín V. González para sustentar la doctrina de la plenitud aplicativa de los preceptos constitucionales consagratorios de los derechos y libertades personales.

Capítulo aparte merecería el **control de convencionalidad**, que es consecuencia de la jerarquía constitucional reconocida por el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (Reforma de 1994) a los Pactos, Convencionales y Declaraciones de Derechos Humanos (suman una docena), que por acceso a la Corte Interamericana (San José de Costa Rica) abren otra instancia de “control”, no obstante lo cual queda reservado a los Estados que forman parte de ese “sistema” un “**margen** –espacio o área de **apreciación nacional**”–, que está a cargo precisar por los jueces nacionales. Se trata de una situación muy peculiar, desde el momento que nuestra Corte Suprema tomó el camino de admitir que la jurisdicción local debe tomar en cuenta la jurisprudencia e interpretación emanada del órgano supranacional.

En síntesis: Uno de los rasgos fundamentales que contribuyen a la afirmación del Poder Judicial en su “energía jurisdiccional” es la permanencia y, además, la continuidad no interrumpida de la prestación de su alta función. Veamos esto con visión concentrada.

## V

¿Por qué aplicar a la solución de esta instalada antinomia, la expresión “ENERGÍA JURISDICCIONAL”?

La ENERGÍA, dirigida al “accionar” judicial (entendiendo por “accionar” la puesta en funcionamiento del mecanismo que engendra o impulsa movimiento), se produce y actúa cuando se vuelca en esa función una sumatoria de los siguientes elementos:

- a) eficacia más eficiencia, con equidad;
- b) poder (“potestas”) que otorga la Constitución (por ejemplo, el Art. 43 en cuanto al control “difuso” a cargo de los jueces en los procesos de “amparo”);
- c) virtud para obrar (idoneidad ética);
- d) capacidad para la realización (idoneidad técnica).

La incógnita de sus resultados y efectos es dubitable. Una sabia prospección permite ciertas conjeturas al respecto.

La JUDICATURA significa varias cosas; y de todas ellas –conjuntamente– dependerá el resultado ecuánime.

- 1) El ejercicio de juzgar: no buscar la “verónica” de la declaración de incompetencia, cuando la tiene<sup>3</sup>.
- 2) El sentido de pertenencia a un cuerpo constituido por los jueces de un país (No es el caso de un “llanero solitario”).
- 3) Tener consciencia y asumir la dignidad de ser Juez

En el lenguaje “proverbiador” (propio del que usa mucho –palabras al fin–); o sea, cuando se encara lo técnico-científico

---

<sup>3</sup> En una humorada muy propia de su estilo vivaz, Carlos Sánchez Viamonte expresaba que “... algunos tribunales son los más competentes para declararse más frecuentemente incompetentes...”.

como modalidad –proverbialmente hablando–, todo “proverbista termina su retórica en la formulación “*adagial*”, o sea, en un catálogo de adagios, refranes o proverbios.

Este hábito es muy común y generalizado.

Las sentencias de los jueces de la Corte Suprema de USA evitan esos **circunloquios** y apelan a las inferencias sugeridas por el sentido común que, en muchos casos, revelan las propias tribulaciones de un juez independiente.

A la frívola propensión de insertar o incrustar los arquetipos de las figuras humanas –una verdadera traspolación del hombre con la mitología de la Edad antigua– resulta que en la simbiosis de los prototipos en competencia son dos, al menos:

- a) el APOLÍNEO, que es un varón mitológico, al que se atribuyen los caracteres de serenidad y de equilibrios, propios de Apolo.
- b) el DIONISÍACO, que se caracteriza por el ímpetu, la fuerza vital y hasta el arrebató; pudiendo exhibir notas de impulsividad en su faz instintiva.

En mi opinión, existe un tercer tipo: la **ponderación**. Virtud difícil de aplicar –aunque se la posea– desde el momento que equivale a “consideración”, “peso”, “cuidado”, en la procura de la “compensación” o el “equilibrio”; pero también puede derivar en la “erogación de algo” (RAE). Para una hipótesis de confusión, puede citarse el caso de un gran juez: Brandeis, en el año 1916 cuando fue a su primer día de trabajo viajando en tren hacia Washington, que al llegar el guarda para pedirle el pasaje, Brandeis titubeó y no le entregó el pasaje inmediatamente; entonces el guarda le dijo: señor Juez yo lo reconozco, no se preocupe, cuando llegue a su despacho seguramente va a encontrar su pasaje y lo envía a la oficina del ferrocarril. A lo que Brandeis dijo: “se equivoca, el pasaje lo tengo, lo que no sé es a dónde quiero llegar...”.

## VI

¿Y qué decir del **no** efectivo cumplimiento de las sentencias? ¿Y de las medidas cautelares? En cualquiera de las declinaciones del vocablo, por más sutilezas que se busquen, se arriba siempre al mismo punto de llegada: **efectivo** equivale a **eficaz**, o sea, a **real** y **verdadero**, “en oposición a quimérico, dudoso o **nominal**” (conf. RAE). Por ende, la efectividad del Derecho y de las decisiones judiciales conduce al problema de la “capacidad de lograr el efecto que se desea” (RAE), lo que se sintetiza en la sumatoria de **realidad** y **validez**. De allí que el juez –cualquiera que sea su instancia– debe **efectivizar** su “energía jurisdiccional” a fin de hacer realidad sus decisiones. Sin exagerar ni sobreactuar, los magistrados deben ser **efectistas**, en el estricto sentido de buscar y procurar –ante todo– el resultado de un “fuerte” efecto. De así obtenerlo, acceden al mérito de la **eficacia**, que es la capacidad de lograr el efecto que se espera y que se procura.

Cuando no alcanza la fuerza de la “eficacia”, el magistrado debe echar mano al instrumento disponible para obtener la **eficiencia**, que es la capacidad (léase: la potencia o la **energía**) para acudir y disponer “de algo o de alguien para conseguir un efecto determinado” (RAE); o sea, que haga cumplir su decisión jurisdiccional. Para ello, valen un par de consideraciones a tener en cuenta, venciendo las resistencias o reluctancias que la cruel realidad fáctica suele oponer a **la necesaria realización del Derecho** (Ihering).

Veamos los caminos a **vislumbrar** (así calificados debido a que con frecuencia se conjeturan o se conocen imperfectamente) y las decisiones a tomar para quebrar el *statu quo* de la inanición (debilidad) o de la inanidad (vacuidad o futilidad) de algunos sectores de la judicatura o del ministerio público:

- 1) Los jueces, en la potestad casi inconmensurable de su jurisdicción, pueden hacer muchísimas cosas. Un juez en lo penal muchas veces tiene, sobre todo en los países donde los jueces en lo penal llevan a cabo su función a cabalidad, más poder que un presidente de la República. Pueden disponer de los derechos, pueden disponer de la libertad deambulatoria de las personas, etc. De modo que como consecuencia de ello, a mayores jerarquías y a mayores potestades deben corresponder paralelamente mayores responsabilidades (doctrina y principio que se infiere del Art. 902 del Código Civil) y, también, ciertamente, un nivel de apreciación de la prudencia, de la *Prudentia Iuris* que está dirigida a todos aquellos que ostentan en definitiva una potestad. Se le presenta siempre al juez un viejo dilema, una tensión permanente que se da en la antinomia entre dos adagios que vienen del derecho romano: uno es el *Dura Lex est Lex* y el otro es *Summa Ius Summa Injuria*. Esto puede ser, consecuentemente, originado por la emocionalidad, por racionalidad o por apego a las tradiciones de uno u otro, a tenor del factor de predominio que decida en la motivación. *Dura Lex est Lex* implica desde luego la posibilidad de que al no ponderarse las particularidades del caso se cometa una injusticia. *Summun Ius Summa Injuria* de alguna manera significa la contracara de la moneda, si se lo aplica también en forma literal o en forma rigurosa. Como bien advertía el poeta alemán Friedrich Holderlin (1770-1843), “donde crece el peligro crece lo que salva”: otro tanto vale para el Derecho cuando sus órganos deben inspirarse para salvaguardar el equilibrio del sistema.
- 2) De poco valen las sentencias “exhortantes”, que valdrán como “consejo” o expondrán una “directriz”, con un abundante acopio de “recomendaciones”, que suenan a “bla-

bla, bla”; cuando los justiciables aguardan actos concretos de *potestas*, verdaderas manifestaciones de *imperium*, el testimonio real de una disposición de *executio*, es decir, por autoridad del magistrado (*imperio magistratus*).

En el derecho contemporáneo los jueces pueden aplicar “*astreintes*”, los magistrados también pueden considerar el supuesto de un “*contempt of Court*”, o sea, desacato al tribunal, que es la ofensa o el agravio que se produce si el Ejecutivo u otro poder público o privado no cumple una decisión. Estos remedios sancionatorios los aplican normalmente en el derecho comparado y provienen del sistema judicial francés y del anglosajón respectivamente. Y por supuesto, los jueces pueden incoar por vía del fuero pertinente las acciones penales contra actos u omisiones que implique la comisión de desobediencia o de incumplimiento de los deberes de funcionario público con respecto a la autoridad que se niegue a ejecutar o dilate el cumplimiento de una decisión. Lo que no se puede admitir es que los jueces permanezcan indiferentes ante esa situación. Hablo de mi país porque es el que conozco, donde hay casos paradigmáticos de inoperancia en la ejecución, que se inmoviliza con alarde de lenguaje “recomendatorio” y “aconsejante”, que a la postre esconden eufemismos dilatorios o distractivos (véase: Vanossi, J. R., “Justicia y Judicatura en la vigencia y efectividad del Derecho”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 46, Bs. As., 2008, Julio).

## VII

Las vicisitudes entre la “energía jurisdiccional” y la “realización efectiva” del Derecho pueden resumirse en la afirmación de que la Justicia –en cualquiera de sus instancias pero con mayor

razón en su “cabeza visible” que es la Corte Suprema de Justicia de la Nación— sólo adquiere la dimensión y la visión de un real Poder del Estado cuando aparece ante los justiciables ejerciendo plenamente las facultades que le permiten convertir en potestades efectivas y concretas a sus funciones jurisdiccionales atribuidas por el ordenamiento jurídico, desde la Constitución Nacional hasta las leyes y reglamentos consecuentes.

De no ser así, estaríamos ante un poder virtual y no ante la dimensión cuantitativa y cualitativa de lo que la Ley Suprema reconoce y atribuye como un Poder del Estado: el Poder Judicial, estimado como tal en la misma jerarquía ontológica que los otros Poderes que a partir de Locke, Bolingbroke y Montesquieu se han constituido como elementos fundamentales del Estado constitucional de Derecho (confr. Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, año 1789, de Francia para la Humanidad).

Todo lo demás es lógica pura. Bien afirma Jorge A. Aja Espil en su consagrada tesis doctoral que “si los poderes implícitos son los medios idóneos para hacer viables las atribuciones expresas con que la Constitución ha investido a cada uno de los tres poderes, surge el interrogante del margen de discrecionalidad con que deberán ejercerse”; para concluir sosteniendo que “la regla jurisprudencial de la razonabilidad...es la que determinará si existe la “relación constitucional” entre el poder expreso y el poder implícito que hace eficaz a aquel” (confr., “Constitución y Poder. Historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes”, Ed. Tea, Bs. As., 1987, pág. 25). Este afamado maestro del Derecho reconoció en su obra que la proliferación de vocablos empleados, tales como poderes implícitos, poderes inherentes, poderes resultantes, etc., ha generado una “gran disparidad doctrinaria” (confr. “Poderes inherentes del Poder Judicial”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, marzo del 2004).

De allí que nuestra conclusión consista en desaconsejar enredarse en el bizantinismo terminológico, habida cuenta que de hacerlo tampoco se encontrarán equivalencias exactas o totales con el lenguaje adoptado por otros textos y exégesis de Constituciones afines (v.gr., la de EE.UU.); por lo que parece más simple y útil adherir a las palabras de la propia Corte Suprema argentina cuando se ha considerado a sí misma como poseedora de las “facultades o privilegios *inherentes* a todo poder público, para su existencia y conservación; de ahí que tenga todas las facultades implícitas necesarias para la plena y efectiva realización de los fines que la Constitución le asigna en tanto poder del Estado Nacional” (Fallos 319:24).

En consecuencia, más allá del juego de palabras y de la tropicalidad semántica, queda claro que si los llamados “implícitos” son poderes que auxilian y acompañan a las facultades que en forma expresa confiere la Constitución, los denominados “inherentes” también son consecuencia de atributos propios del órgano creado por la Ley Suprema: son inseparables, pues de no serlo así el órgano o instituto quedaría enervado o anulado en su “energía jurisdiccional”. Por ello coincidimos con el criterio de Aja Espil en el sentido de que podemos describir los “poderes inherentes” como aquellas potestades que son “propias y originarias” de cada uno de los órganos creados por el sistema constitucional (confr. ob. cit., “Constitución y Poder”, p. 160).

Por ello, es compartible la terminante aseveración de Carlos S. Fayt y de otros autores, en el deber –más que la posibilidad- de la aplicación de esos poderes para dotar a los tribunales (y en especial a los Supremos) a fin de conferir “efectividad a sus decisiones, o bien para enfrentar aquellas circunstancias en que dicha efectividad se encontrara en peligro” (confr., Fayt, “Los Poderes Implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. La Ley, Bs. As., 2006, p. 92). A manera de colofón, nos permitimos susurrar que más allá del delecte literario del juego de los vocablos en danza, la verdad inconcusa

radica en la necesidad imperiosa de apelar a todo lo “inherente” que sea necesario para materializar lo “implícito” o lo “explícito” en el duro desafío que se presenta ante la osadía de obstaculizar, ignorar o impedir la efectiva “realización” del Derecho –como la llamaba Von Ihering– a través de la eficacia y eficiencia de todas las decisiones jurisdiccionales. El Derecho será o no será nada.

Un Derecho no cumplido o ejecutado a medias, no es un Derecho ni puede ser considerado el cumplimiento del deber de otorgar justicia. El empalagamiento de la retórica promisorio no puede salvar la amargura y la frustración que causan las obligaciones no prestadas. Los jueces deben actuar en el momento oportuno (en “la estación procesal” correcta) y con la “serena firmeza” que el prologuista de la colección de “Fallos” señaló en la publicación del primer tomo de ese formidable monumento e insignia del Derecho Constitucional que emana del repertorio de las sentencias que nos custodia como “*Palas Atenea*” en el pórtico de los desafíos que afronta la perpetua lucha entre la defensa el Derecho y la burla de la justicia por las impudicias y el atrevimiento de los ofensores.

Los jueces tienen a mano los instrumentos, las armas legales y las herramienta técnicas para cumplir cabal (y no burocráticamente) su altísima función de justicia: los “*astreintes*”, el “*contempt of Court*”, los delitos manifiestos e imputables de desobediencia e incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos, la promoción del “juicio político” a los altos jefes embriagados de la soberbia y la impunidad; y, especialmente, el apoyo de una sociedad que clama por la vigencia palpable, visible y concreta de la exigencia de la “responsabilidad” en el desempeño de las autoridades. ¿O es que somos menos corajudos que “el Justicia” de Aragón, que llevaba a cabo su cometido enfrentando la reticencia y hasta la resistencia del Rey con el uso razonable pero enérgico de sus potestades ejecutorias?.

La Nación reclama actos de autoridad y no espasmos de autoritarismo.

## VIII

Hay que salir al paso de la perversa acusación según la cual los jueces dictan sentencias que no se pueden cumplir. Se trata de amonestaciones provenientes del poder político. Contesto: el “realismo” y el “consecuencialismo” son anteriores a la aparición de la escuela del “análisis económico del Derecho” que pretende trasladar las doctrinas económicas de Milton Friedman al ámbito jurídico, con seguidores como Posner a la cabeza y sus siguientes discípulos, que han trasladado su influencia al ámbito de algunos juristas argentinos. Todo esto hay que “tomarlo con pinzas”, pues las pretendidas “leyes económicas” son más volubles y variables o contingentes que las del orden normativo; y más aventurado aún es querer instalarlas, junto con los esquemas de la “econometría” al derecho procesal y hasta el derecho de familia (sic). Con anterioridad habíamos señalado y advirtiendo los riesgos de un “enamoramamiento” economicista. No era necesario llegar a tanto, o querer ser “más papista que el Papa” (sic).

La actual tendencia a tomar en cuenta las consecuencias de los fallos judiciales, de las decisiones de los tribunales constitucionales, sobre todo de la Corte Suprema, se ha traducido en la existencia de toda una escuela dentro del Derecho conocida como “*Law and Economy*”. Tiene mucha gravitación en EE.UU. y en otros países, mientras que en nuestro medio ha penetrado con cierta profundidad a través de sus acólitos.

Pero tener en cuenta las consecuencias de los fallos de la Corte no es una novedad, en relación a lo que puede haber sido la sabiduría de los jueces de nuestro Tribunal en distintas composiciones y en diferentes épocas. Esto encuentra parentesco, no con la denominación de una escuela determinada del Derecho, sino con un cartabón que la Corte ha ido estableciendo al cabo de los años. Por ejemplo, uno muy usado, que a partir de 1957 se fue

generalizando, es el de la “verdad jurídica objetiva”, a la cual hay que darle primacía.

A partir del caso “Colalillo contra la Compañía de Seguros España y Río de la Plata”, el 18 de septiembre de 1957, la Corte ha hecho bastante acopio de estas consideraciones. Voy a mencionar nada más que un par de considerandos para mostrar cómo hay un estrecho parentesco entre lo que ahora se nos presenta como una gran novedad, y algo que la Corte siempre ha tenido presente.

Extraemos de “Colalillo” (La Ley, 89-412) estos párrafos: “La condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Si bien es cierto que para juzgar sobre un hecho no cabe prescindir de la comprobación de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados, y que esa prueba está sujeta a limitaciones en cuanto a su forma y tiempo, también lo es que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales”. Y agrega: “A tal efecto, la ley acuerda a los jueces la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos y tal facultad no puede ser renunciada cuando su eficacia para determinar la verdad sea indudable”. Y en otro considerando dice: “es propio de los jueces de la causa determinar cuándo existe negligencia procesal sancionable de las partes, así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad de la defensa de sus derechos. Pero estas consideraciones no bastan para excluir de la solución a dar a los juicios su visible fundamento de hecho, porque la **renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia**” (Fallos 238:550).

Poco antes de decir esto, un gran Procurador General de la Nación dictaminó ante la Corte lo siguiente (me refiero al caso Francisco Mariano Grisolfá, tomo 234, pág. 482): “No se puede prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, porque su consideración es sobre todo en materia constitu-

cional —el caso anterior era civil— uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación”. Esto lo firmaba nada menos que Sebastián Soler, un año antes de que la Corte comenzara a hablar de la “verdad jurídica objetiva”.

Al tratarse de arbitrar los límites entre las dimensiones del “activismo” judicial y de la “auto-restricción” del poder de revisión, nuestra Corte Suprema ha sentado doctrina en el sentido de que “en las causas en que se impugnan actos cumplidos por otros Poderes, en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, pues ello importaría la invasión que se debe evitar” (Fallos 254:45).

A esta precisión de la Corte Suprema se puede unir la tan reiterada doctrina del mismo Tribunal, según la cual las situaciones sometidas a examen de los jueces deben ser calificadas y resueltas en consonancia con la realidad de sus contenidos como fiel reflejo de la sustancia en que se apoyan, con prescindencia de la denominación o de la terminología que convencionalmente le asignen la parte o las partes intervinientes en la controversia *sub examine*. O sea, que para la Corte lo que vale es lo que es; no vale lo que se simula o lo que parece ser (“recordar”, el caso “Deltec” y sus remisiones a otros precedentes jurisprudenciales).

Más aun, la Corte ha extendido ese sabio criterio a los supuestos en que esté en juego el mismísimo lenguaje empleado por el legislador con motivo de la sanción de normas. Así, en el caso “Chicoris y otros”, ha señalado que “el Poder Judicial está facultado para determinar el carácter de la norma, cualquiera hubiese sido la denominación que le hubiere dado el legislador, con el fin de establecer si, so pretexto de aclarar, se afectaban derechos legítimamente adquiridos bajo el amparo de la ley anterior” (Fallos 311:2073).

Lo dicho en los párrafos anteriores permite afirmar que la Corte Suprema practica en los más variados temas su pauta doc-

tritaria de la “verdad jurídica objetiva”, aunque no la mencione expresamente, sin que queden dudas de la primacía que le otorga a la realidad sobre la ficción y al contenido sustancial sobre los formalismos discrecionales. Al ser las cosas así, es obvio que en las soluciones controvertidas que se pueden originar en las dinámicas relaciones entre “el Derecho” y “la Economía”, los casos litigiosos deben ser encarados y resueltos a nivel jurisdiccional siguiendo los mismos parámetros mencionados *ut supra*: o sea, que el árbol no impida ver el bosque, que la hojarasca no oculte la verdadera naturaleza del suelo, que el pabellón no cubra una mercadería de contrabando. Transparencia versus ocultamiento o ficción (confr., “Filosofía de los valores constitucionales, política institucional y técnica jurídica en las Cortes Supremas”, Vanossi, en “La Ley”, 28, Abril, 2005). Las relaciones entre Constitución, Estado y Economía ofrecen materia nutrida para su estudio interdisciplinario: pero ésta no es la ocasión. De algunos “bemoles” de tan dificultoso y complicado tema (intrínquilis) nos hemos ocupado en el trabajo titulado “La aplicación constitucional de el análisis económico del Derecho (AED): ¿nada más y nada menos que un “enfoque”?”, publicado en “Anales” de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As., Abril 2008, 128 páginas.

## IX

Una forma o camino con que la sociedad cuenta para medir la calidad o excelencia de quienes asumen y desempeñan la **función** de Justicia es la “participación”, entendiendo por tal sus diversas formas, a ser ejercidas por medio de la libertad de expresión, de prensa, de crítica, de petición, etc.; todas ellas como derechos que no son iluminados ni absolutos (deben practicarse por los cauces legales) y que conllevan el deber moral de acompañar a la

protesta –cuando se da el caso– con la **propuesta** de alternativas para emprender los cambios o reformas que se crean necesarios.

Entrar en la “participación” es salir de la apatía o de la indiferencia: el escritor y pensador francés Charles Péguy (1873-1914) predicaba la vía participativa como proceso de vigorización de los lazos sociales; lo mismo que en lenguaje elemental podemos resumir como una exhortación: “metiéndonos” en el tema de marras. Entre el “eros” y el “tanatos”, es constructivo recrear la “*afectio societatis*” que la Justicia también la necesita, no sólo para la armonía entre Estado y Sociedad, sino también para superar viejos antagonismos o desconfianzas recíprocas.

Tal es el caso de las tensiones y, a veces, fricciones, cuando no conflictos propiamente dichos, entre la Judicatura y la Partidocracia. A lo largo de la historia política, no han sido pocas las circunstancias controversiales entre ambos centros de poder, y al margen de quién se impuso en cada caso, no ha sido alentador verificar que la desazón, el disgusto, la pesadumbre o el desaliento causados, condujeron a una “inquietud interior” que derivó en el alejamiento por renunciaciones a sus cargo de numerosos magistrados sabios, trabajadores y honorables (tres cualidades indispensables para el “buen desempeño”).

Puede aplicarse a los jueces lo que Max Weber expresó a manera de identificación del “hombre político”, al decir a los estudiantes alemanes que acababan de regresar de la guerra, en aquel invierno revolucionario de 1919: “La política consiste en una dura y prolongada penetración a través de tenaces resistencias, para la que se requiere, al mismo tiempo, pasión y medida. Es completamente cierto, y así lo prueba la historia, que en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez. Pero para ser capaz de hacer esto no sólo hay que ser un caudillo sino un héroe en el sentido más sencillo de la palabra. Incluso aquellos que no son ni lo uno ni lo otro han de armarse desde ahora de esa fortaleza de ánimo que permite apartar la des-

trucción de todas las esperanzas, si no quieren resultar incapaces de realizar incluso lo que hoy es posible. Sólo quien está seguro de no quedarse cuando, desde su punto de vista, el mundo se muestra demasiado estúpido o demasiado abyecto para lo que él le ofrece; sólo quien frente a todo esto es capaz de responder con un ‘sin embargo’; sólo un hombre de esta forma construido tiene ‘vocación’ para la política” (“La Política como Vocación”, en *El Político y el Científico*, con introducción de Raymond Aron, Ed. Alianza, Madrid, 1969, págs. 178 y 179).

El compositor francés Maurice Ravel, entre sus bellas obras musicales, nos legó la “Pavana para una infanta difunta”. El sustantivo está tomado de una palabra italiana, referida a los oriundos de Padua, pero musicalmente remite a una danza española, grave y seria, de movimientos pausados (conf. RAE). No es nuestra idea considerar a la Justicia como difunta, pero sí es bueno recordar que numerosas voces autorizadas –en distintos períodos de nuestra historia– han llamado la atención sobre la poca “atención” que la ciudadanía le ha brindado a la Justicia –como organización de un poder del Estado– cuando se trata de poner sobre el tapete las prioridades sobre las que debe recaer un pronunciamiento o decisiones atinentes a los recursos humanos y financieros que son indispensables para su óptimo funcionamiento. Con este “miraje”, bien puede decirse que la Justicia marcha al tenor (“ton” y “son”) de una pavana, pues su situación crítica es “grave y seria” (sic), amén de sus “movimientos pausados” (ver *ut supra*).

Numerosos juristas, hombres de Derecho al fin, ya por ser abogados o fungir como magistrados, o desempeñarse en la cátedra o en las funciones públicas, han dado testimonio de su toma de conciencia acerca de las reiteradas postergaciones de la Justicia en el orden de las prioridades que más estrecha relación guardan con el interés público. Es indelicado mencionarlos a todos ellos, pues siempre se corre el riesgo de alguna involuntaria omisión. Es por ello que elijo a uno: al profesor y al jurista (intérprete del Derecho

del que su opinión adquiriría una fuerza equivalente al “efecto vinculante”, moralmente hablando) el Dr. Alfredo Colmo, cuya obra “La Justicia” marca cuan una brújula la necesaria distinción entre los **requisitos** para desempeñar la función judicial (dedicación laboriosa, prolijidad en los actos y decisiones del tribunal, sapiencia y erudición, etc.) y las **virtudes**, que pertenecen al ámbito de la idoneidad ética y del compromiso republicano de quienes forman parte de los cuadros de uno de los poderes del Estado republicano. Allí corresponde –enunciativamente y no taxativamente– indicar los ítem fundamentales, entendidos como elementos que forman parte de cada capítulo y sus consiguientes aditamentos de nuestra forma de gobierno adoptada en el Art. 1º de la Constitución Nacional; y cuyo despliegue incluye, al menos, como componentes de la “conciencia” y del “sentimiento constitucional” del Juez, los siguientes:

- a) los valores, fines y objetivos enunciados –con sentido de permanencia– en el Preámbulo de la Constitución Nacional;
- b) los “principios” consagrados en el articulado pormenorizado del texto, en particular el de la igualdad ante la ley (Art. 16), el del contenido principista y sustancialista de los tratados internacionales (Art. 27), el del fundamento de los derechos y garantías no enumerados (Art. 33);
- c) el compromiso democrático como presupuesto de los tratados de integración (Art. 75, inc. 24);
- d) la permanente concientización en redor del respeto y protección a brindar para la preservación de la “dignidad de la persona humana”, frente a los atropellos o menoscabo que, de hecho o de derecho, individualmente o colectivamente, puedan sufrir los justiciables;
- e) tener presente que el Juez representa el último acudimiento posible para la persona humana, a fin de obtener en

forma rápida y eficiente la protección debida ante el “apagón” de la seguridad jurídica, tanto en el ámbito de los derechos individuales cuanto en los grupales o sociales;

- f) no olvidarse el Juez que él también forma parte de esa misma sociedad y, por ende, es pasible de correr los mismos riesgos que sus congéneres.

No por vanidad sino por admiración hacia Alfredo Colmo, estimo que si hoy nos pudiera acompañar ante tamaño emplazamiento, compartiría el desafío de la forma más solidaria, para arremeter ante el temor que todos y cada uno de los riesgos gravitan al momento de tomar las decisiones.

Como dijera Sebastián Soler al encabezar un libro exhortante, repica ahora: ¡Fe en el Derecho! Es la exigencia de la hora.

## Apéndice

### 1) “*Contempt of court*”

Es un instituto propio de los regímenes anglosajones. La expresión inglesa apunta a sancionar el agravio al tribunal o al magistrado judicial. Dicho agravio puede residir en una agresión “en vivo y en directo”, consistente en un acto de rebeldía o contumacia (*contumelia*); o bien en forma indirecta, a manera de desacato, cuando frente a una orden judicial se incurre en su incumplimiento pese a estar en condiciones o ser de su incumbencia darle cumplimiento y efectividad (es el caso de los funcionarios y autoridades que consienten tal violación del Derecho, a sabiendas).

### 2) “*Astreintes*”

Son sanciones conminatorias, contempladas en el Art. 666 Bis del Código Civil argentino. Es una forma de compulsión para constreñir o presionar al condenado remiso para que cumpla su deber u obligación. No es una pena ni una indemnización, sino una medida disciplinaria que toma el magistrado en ejercicio de su “imperium” con el fin de que se respete y se acate la decisión judicial. Al igual que en el “*Contempt of Court*” está en juego la necesidad de que se respete a la Justicia. Algunos la consideran una “presión psicológica”, pero su concreción es a través de una sanción crematística consistente en un pago por cada día de incumplimiento. Comenzaron a practicar esta modalidad los tribunales franceses en las primeras décadas del Siglo XIX, como medida accesoria de la resolución judicial que fuere desobedecida. Como dicen Salerno y Lacomarsino, “Código Civil” comentado (Ed. Heliasta, pág. 211): “Es un medio indirecto de obtener la ejecución de un pronunciamiento de la Justicia, aunque éste no tuviese efectos patrimoniales”.

3) “*Justicia de Aragón*”

Fue establecido a fines del siglo XII como un magistrado independiente, con competencia para obligar al Rey a cumplir las leyes y las decisiones judiciales que se dictaran en amparo de los derechos y en la interpretación del Derecho foral. Con la llegada del Rey Borbón Felipe V el “justiciaazgo” fue suprimido en 1711. En la actualidad existe y actúa a partir del Estatuto que rige la autonomía de Aragón, desde 1982. Tiene potestades para efectivizar sus decisiones.