

FE EN EL DERECHO, FE EN LA POLÍTICA

*Incorporación del Académico Carlos Fernando Rosenkrantz,
en sesión pública extraordinaria a la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas del 29 de junio de 2022*

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de dicha publicación, ni la de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas
Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049 (1014)
Buenos Aires - República Argentina
www.ancmyp.org.ar
ancmyp@ancmyp.org.ar

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2021 / 2022**

Presidente Académico Alberto DALLA VIA
Vicepresidente Académico Luis Alberto ROMERO
Secretario Académico Julián A. de DIEGO
Tesorero Académico Ricardo LÓPEZ MURPHY
Prosecretaria Académica María SÁENZ QUESADA
Protesorero Académico Rodolfo A. DÍAZ

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Jorge R. VANOSSI	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
René BALESTRA	14-09-05	Esteban Echeverría
Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Juan Vicente SOLA	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Carlos Pedro BLAQUIER	27-08-08	Nicolás Matienzo
Manuel SOLANET	27-08-08	Joaquín V. González
José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento

Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Santiago KOVADLOFF	14-04-10	Estanislao Zeballos
Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre
Marita CARBALLO	26-10-11	Roque Sáenz
Peña Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Eduardo Martín QUINTANA	26-10-11	Vicente López y Planes
María Angélica GELLI	12-12-12	Antonio Bermejo
Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO	12-12-12	José de San Martín
Héctor AGUER	10-09-14	Ángel Gallardo
Horacio JAUNARENA	10-09-14	Mariano Moreno
Luis Alberto ROMERO	10-09-14	Nicolás Avellaneda
Marcos AGUINIS	24-08-16	Benjamín Gorostiaga
Ricardo LÓPEZ MURPHY	24-08-16	Miguel de Andrea
Carlos Fernando ROSENKRANTZ	09-10-19	Manuel Belgrano
María SÁENZ QUESADA	09-10-19	Justo José de Urquiza
Julián A. de DIEGO	09-10-19	José María Paz
Liliana de RIZ	24-11-21	Juan B. Justo
Miguel Ángel SCHIAVONE	24-11-21	José Manuel Estrada
Martín FARRELL	24-11-21	Juan Bautista Alberdi

ACADÉMICO EMÉRITO

Leonardo MC LEAN

Apertura del acto por el Académico Presidente Alberto R. Dalla Vía

Señoras y señores;
Académicos;
familiares del Dr Rosenkrantz.

Saludo a los ministros de la Corte Suprema, a su presidente, Dr. Horacio Rosatti, al Dr. Juan Carlos Maqueda; al Procurador General Dr. Eduardo Casal; a la Presidenta del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad, la Dra. Inés Weinberg de Roca; a los Presidentes de la Academia Nacional de la Historia, Dr. Natalio Botana; de la Academia Nacional de Ingeniería, Ing. Manuel Solanet; al ex Canciller Adalberto Rodríguez Giavarini; al Dr. Jorge Vanossi miembro de cuatro Academias Nacionales; a las autoridades de esta Academia. Hemos recibido también la adhesión al acto del Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, Dr. Juan Llach y del Dr. Marcos Cassani, que no se encuentra en la ciudad.

Quiero decir que también para nosotros es un gran honor tener en este acto a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recordamos mucho al Dr. Pedro Frías que fue miembro de esta Academia y miembro de la Corte, un académico muy querido por nosotros y también recordamos los tiempos en que la Procuración integraba la Corte antes de la Reforma del 94. Fueron miembros de esta Academia, Sebastián Soler, Luis María Cabral y Mario Justo López, maestros muy recordados también por todos nosotros.

Hoy tenemos el gusto de incorporar al académico Carlos Rosenkrantz, que fue designado por este cuerpo de manera mayoritaria el 9 de octubre del año 2019. Las circunstancias de la pandemia que vivi-

mos en el medio, hicieron que esta incorporación pública, como queríamos nosotros, se postergara y la podamos llevar adelante hoy. El Dr. Rosenkrantz va a ocupar el sitial Manuel Belgrano y sucede a otro muy recordado y querido académico, el Dr. Alberto Rodríguez Galán.

A los antecedentes y los motivos por los cuales el Dr. Rosenkrantz fue designado Académico de Número se va a referir el académico vicepresidente Luis Alberto Romero, en unos momentos. Antes de eso le voy hacer entrega al doctor Rosenkrantz del diploma que lo acredita como miembro de esta Academia.

Presentación a cargo del Académico Luis Alberto Romero

Señoras, señores:

Hoy recibimos a Carlos Rosenkrantz como miembro de número de nuestra Academia y me toca presentarlo a mí, que no soy jurista. Mi lenguaje de lego no alcanza para dar cuenta rigurosa de su pensamiento jurídico, pero quizá sea suficiente para mostrar distintas facetas de su personalidad, que me parecen resumirse en tres palabras clave: “norma”, “mérito”, “inspiración”.

Comienzo con el recuerdo de una intervención suya en una reciente reunión de nuestro cuerpo. Queríamos hacer una declaración, tan necesaria como urgente, y coincidimos en saltar, por una vez, ciertas normas de procedimiento que habíamos establecido. Después de votar, Rosenkrantz nos dijo algo así: “hay que recordar que las normas tienen su sentido, y que cada transgresión o excepción, por muy justificada que parezca, tiene un costo”.

No era una cita doctrinal sino la simple expresión de una convicción, que en él se manifiesta en lo grande y en lo chico, quizá normal en otros países, pero bastante singular en “un país al margen de la ley”, según el conocido *dictum* de Carlos Nino.

El nombre de Nino nos lleva al terreno de la formación de Rosenkrantz. Como lo recordó en una larga entrevista de 2016 con sus colegas de la Universidad Di Tella, Rosenkrantz estudió en la Universidad de Buenos Aires y tuvo la fortuna de encontrar *un* profesor, el doctor López Olaciregui, y de participar en una suerte de seminario permanente, que duró cinco años a razón de cuatro sesiones semanales.

El derecho civil, la especialidad del maestro, llevó al joven Rosenkrantz a preguntas que lo introdujeron en el campo de la filosofía política. Encontró entonces en el derecho dos cosas que juzgó valiosas: satisfacción intelectual y utilidad pública o, en un sentido muy amplio,

utilidad política.

En 1982 otro gran profesor, Eugenio Bulygin, lo llevó a la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, la SADAF, una de esas míticas instituciones que en los años del Proceso militar conformaron una suerte de universo académico alternativo. Allí Rosenkrantz se introdujo en el mundo de la filosofía analítica, de la mano de grandes maestros —Bulygin, Alchourron, Malamud Goti, nuestro colega Martín Farrell—, acompañando a toda una generación de jóvenes graduados e integrándose a un ámbito de discusión vivo y estimulante.

Entre los profesores estaba Carlos Nino, más joven que los otros, quien era, en palabras de Rosenkrantz, “un genio disruptivo”. Con él aprendió a pensar sobre la dimensión moral del derecho y la relación entre derecho y justicia. Pero sobre todo, se empapó de la pasión de Nino por la discusión, la conversación intelectual fundada en la argumentación razonada, que es tanto una herramienta intelectual como un instrumento de la buena política ciudadana. Quienes conocen a Rosenkrantz saben de su pasión por la controversia argumentada, y del efecto demoledor que suele tener sobre un interlocutor no preparado para esas lides.

En 1989, seis años después de obtener su título de abogado, se graduó como Doctor en Leyes en la Yale University, donde se formó junto a dos destacados profesores, Owen Fiss y Bruce Ackerman.

Allí se familiarizó con una tradición jurídica diferente, con problemas filosófico-políticos distintos. También conoció una forma distinta de enseñanza de las leyes, que combina los principios académicos con la práctica del litigante, basada en los hechos probados —la “evidencia”— y en la elaboración de argumentos precisos.

Rosenkrantz desarrolló una carrera académica importante. Es profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, enseña en la Universidad de San Andrés, y fue durante diez años Profesor de Derecho Global en la New York University. Fue invitado por muchas universidades prestigiosas y publicó artículos en revistas académicas de muy buen nivel. Ha hecho todo lo que hace un académico; pero no lo fue plenamente, a tiempo completo. Tuvo otras vidas, que son importantes al momento de mostrar esbozar imagen.

Una de ellas es el ejercicio profesional de la abogacía. En 1990 formó un estudio jurídico con Gabriel Bouzat, compañero en casi toda su carrera académica. El estudio se especializó —dice su página web— en “litigios de alta complejidad”. Rosenkrantz trabajó para varias grandes empresas y condujo delicados procesos de fusión y adquisición. Tengo la impresión de que fue lo que suele llamarse un abogado exitoso, y que ha llegado a conocer muy bien ese lado del mostrador, donde sobre todo pesan los hechos y los argumentos sutiles.

Para Rosenkrantz, lo privado no está reñido con lo público y, en definitiva, ambos se rigen por los mismos principios y valores. Junto con la práctica profesional, participó en la fundación de la Asociación para la Defensa de la Competencia y de la Asociación por los Derechos Civiles, y asumió frecuentemente defensas *pro bono*, algunas notorias.

En 1984 —tenía 26 años— Carlos Nino lo sumó al grupo de jóvenes abogados que asesoró a Raúl Alfonsín en la decisiva cuestión del enjuiciamiento de las violaciones a derechos humanos bajo la dictadura; participó luego como asesor del Consejo para la Consolidación de la Democracia. En 1994 Alfonsín lo convocó como asesor en la Convención Constituyente y en 1996 asesoró a la Convención que dictó la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

De su paso por el Estado, Rosenkrantz destaca su conocimiento cercano de la burocracia estatal. La colaboración del funcionariado —nos dice— es indispensable para llevar adelante cualquier proyecto de reforma estatal. Y advierte que la movilización de esa máquina —“espíritu coagulado”, decía Max Weber— es dificultosa. En aquellos años ochenta —“los mejores” de la democracia, nos dice—, estaba convencido de que una acción colectiva podía “mejorar el futuro”; pero con una condición: había que convencer al funcionariado, “inspirarlo”, para emplear una palabra que él usa muy frecuentemente.

Ese voluntarismo de la “inspiración”, que muchos compartimos por entonces, en el Rosenkrantz maduro, que ha vivido intensamente los cuarenta años de democracia, aparece atenuado por la experiencia posterior. Conseguir esa movilización inspirada es difícil, nos dice, y agrega: “es mejor que sea así”. En su madurez, cree que aunque el impulso es algo positivo, también lo es su limitación. Como en un auto,

el acelerador y el freno son igualmente necesarios. Son dos funciones complementarias. Y ambas están presentes en su última preocupación, la administración de justicia.

En 2008 fue designado rector de la Universidad de San Andrés, una universidad privada pequeña, muy exigente y —por qué no decirlo— muy cara. Durante ocho años pude observarla de cerca, desde un observatorio privilegiado: su Consejo de Administración, al que me invitaron como persona ajena a San Andrés. Me extrañó una cultura institucional admirable en muchos aspectos, pero muy distinta de la mía, la de la Universidad de Buenos Aires, cuyas luces —como sabemos quienes hemos vivido allí— son tan fuertes como sus sombras.

En San Andrés, mi extrañeza se atemperó viendo actuar al rector Rosenkrantz. Más allá de sus fuerzas y debilidades, reconocí en él una adaptación, no sencilla, de lo mejor de la tradición de las luces de la Universidad de Buenos Aires. Sobre todo, encontré manifiesta esa preocupación por lo público, no opuesta sino complementaria de lo privado, que señalé en otros aspectos de su trayectoria.

La más notable de sus iniciativas fue el programa denominado “Abanderados Argentinos”, consistente en becas completas para algunos de los mejores alumnos de los colegios públicos de todo el país. Los candidatos —los mejores alumnos de sus colegios— eran seleccionados de acuerdo con sus potencialidades, más allá de las carencias de formación, de cuya mejora se ocupaba inicialmente la propia universidad.

El resultado fue óptimo. La dedicación ejemplar y el entusiasmo de los becarios desafió y estimuló al resto de los alumnos. Ya egresados, los becados usualmente volvieron a sus ámbitos de origen, convertidos en agentes activos de innovadoras iniciativas de interés público.

Abanderados Argentino es un emprendimiento pequeño, pero de un singular valor ejemplar. Para la Universidad de San Andrés, su desarrollo solo era posible si se conseguía movilizar a los patrocinantes y donantes que financiarían la iniciativa. En esta tarea —el llamado *fund raising*— Carlos Rosenkrantz demostró una capacidad

excepcional, combinando — si se me permite la comparación— el abogado litigante con el portador del *gospel*.

Mostró versatilidad para convencer a cada donante con el argumento justo para él. Pero sobre todo, mostró capacidad para “inspirarlo”, para transmitirle las cosas en las que él creía auténticamente: el valor del empeño y el esfuerzo —el mérito—, indisolublemente unido con el progreso colectivo.

Por supuesto, no es una idea original, aunque en nuestro país está hoy lejos de ser obvia. Lo singular, como en el caso del respeto a la norma que mencioné al comienzo, era la convicción profunda y profundamente inspiradora con la que Rosenkrantz la llevaba a la práctica; la fusión entre una manera de pensar y una manera de vivir.

Esa manera de vivir y de pensar ha de haberse modificado desde su designación como Juez de la Corte Suprema de Justicia, pero creo que sus convicciones básicas no han cambiado. No es este el lugar para evaluar su desempeño como juez; solo mencionaré algo que todos conocemos: no se ha apartado un ápice de su idea del valor de la norma establecida.

En otros aspectos fue ajustando sus opiniones a la nueva perspectiva del juez, diferente tanto de la del abogado litigante como de aquella del académico. Entre los muchos temas discutidos en la entrevista de 2016 —ya designado en la Corte—, apasionantes pero algo lejos de mis capacidades de lego, hay uno que puedo entender, pues es muy afín al trabajo de los historiadores.

En mi gremio sabemos que la única forma de entender el proceso histórico es como una combinación, compleja y singular, de continuidades y cambios. Si se lo examina desde la perspectiva de los individuos, los actores, ese punto de vista nos permite considerar a la vez la libertad creativa de la agencia humana y los límites puestos por la situación, la tradición. Sin su conocimiento y comprensión, la acción humana, acaso voluntaria e inspirada, se esteriliza.

Algo de eso hay en los dilemas de un juez, que explica Rosenkrantz. El académico debe plantear sus propuestas de la manera más depurada posible. El político, como decía Max Weber debe insuflar

vida nueva en lo establecido, inspirando a los actores. El juez, que no es ni un académico ni mucho menos un político, debe encontrar el punto de equilibrio adecuado entre el respeto por la tradición jurídica, volcada en los precedentes, y la posibilidad de mejorarla en algo con sus fallos, de acuerdo con sus principios y valores.

¿En qué proporción han de combinarse tradición e innovación? Sobre esto hay entre los juristas una imagen fuerte y elocuente: la catedral que se construye a lo largo de siglos, le da a cada generación de arquitectos la posibilidad de imprimirle su propia idea sin alterar los rasgos básicos de lo recibido. Suele agregarse que en nuestro país, hoy, sería más adecuada la imagen de una catedral bombardeada.

Estos son también debates académicos en el mundo jurídico. ¿El derecho es primordialmente creación o tradición? Rosenkrantz nos dice hoy que el trabajo de los académicos consiste en ser maximalistas: deben plantear opciones claras y categóricas. Pero los jueces deben ser minimalistas: en primer lugar deben aplicar el derecho existente, la letra de la ley, que funda la seguridad jurídica, algo tan urgente como fundamental en nuestro país hoy. En cuanto a las ideas y valores del juez, si hay margen para ello, si está convencido de que apuntan a algún tipo de progreso, deben enhebrarse sutilmente con la tradición existente, de modo que no parezcan arbitrarias y que puedan sostenerse en el convencimiento colectivo profundo, que no es lo mismo que la opinión cotidiana superficial.

Me alegra pensar que en nuestra Academia, que hoy lo recibe, podremos discutir con Carlos Rosenkrantz los múltiples desarrollos de esta idea.

FE EN EL DERECHO, FE EN LA POLÍTICA

Por el Académico CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Académico Romero, muchas gracias por su presentación. Me gustaría también expresar mi agradecimiento a los académicos que me honraron con el privilegio de incorporarme hoy a esta corporación.

Corresponde primero que evoque a Manuel Belgrano, patrón de la silla que voy a ocupar.

Belgrano es una excepción en un país al que le cuesta reconocer a sus coterráneos. La Argentina es un país dividido en el que el pasado nos desune tanto como el porvenir pero, sorprendentemente, como en muy pocas cosas, los argentinos estamos hermanados en nuestro respeto y admiración por la vida y por el legado de Belgrano. Por ello, me siento particularmente gratificado por ocupar la silla nominada en su honor.

Seguramente, todos aquí conocen los hechos más relevantes de la biografía de Belgrano. Enfatizaré entonces sus cualidades personales, que sustentan y justifican nuestro respeto y admiración.

Belgrano fue una persona con grandes inquietudes intelectuales, interesada en entender el mundo y el momento en el que vivía. Se preocupó mucho por su propia educación; estudió derecho en Salamanca, y también en España, economía con otros estudiantes en lo que llamaban, justamente, la Academia. Se preocupó también, y mucho, por la

educación de otros, entre ellas la de las mujeres. Como un adelantado de su época, sobre las mujeres decía que, al igual que a los hombres, había que “inspirarles amor al trabajo, base de toda la riqueza”.

Fue valiente defensor de las ideas en las que creía, incluso al costo de ser ridiculizado por sus pares, como cuando defendió una monarquía encabezada por el descendiente del Inca. Fue también valiente como militar, como cuando en Tacuarí rechazó la oferta de Cabañas, de rendición o cuchillo, o como cuando en Vilcapugio se negó a abandonar el peligro antes que los demás.

Fue humilde al punto de que, no obstante haber alcanzado el cargo de Brigadier general, aceptó ocupar cualquier puesto que le tocara en la lucha por su causa, e incluso servir como subordinado de alguien a quien respetaba mucho como San Martín aunque era de un grado militar menor al suyo.

Fue disciplinado en el cumplimiento de sus obligaciones. Su testamento da cuenta de la importancia que otorgaba a honrar sus deudas; su comparecencia ante el tribunal que juzgó su actuación al frente del Ejército del Norte da cuenta de su sujeción a las normas que regían la vida militar.

Fue puntilloso en el cuidado del erario público. Son ejemplares las rendiciones de cuentas de su misión diplomática a Europa, su disposición a combatir aun sin paga y su comprensión del estado calamitoso de las finanzas nacionales.

Fue magnánimo en la victoria. Así perdonó a los prisioneros de la batalla de Salta que jurasen no empuñar las armas contra Buenos Aires.

Fue resiliente en la derrota. Tal como cuenta José María Paz en sus memorias, al día siguiente del desastre de Ayohuma formó a los restos del ejército para rezar el rosario, mostrando, más allá del gesto religioso, que nada se había alterado en términos de orden y compromiso con la causa.

Fue increíblemente generoso. A diferencia de lo que cabía esperar en esa época de un hombre de su condición, vivió toda su vida escaso de recursos. La única recompensa sustanciosa que recibió —la

concedida con motivo de las batallas de Tucumán y Salta— fue donada con el cargo de construir cuatro escuelas que, entre otras cosas, debían enseñar a los alumnos los “rudimentos de los derechos y los deberes de los hombres en sociedad”.

Pero por sobre todas las cosas, fue constante en su amor al país y en su militancia por el bien común.

Lo respetamos y admiramos nosotros pero también fue respetado y admirado por sus coetáneos. Gregorio Aráoz de Lamadrid declaró que “su capacidad, su política, la pureza de su patriotismo y su rectitud y vigilancia, le atrajeron el respeto y el amor del ejército y de todos los pueblos”. Fray Cayetano Rodríguez sentenció “cuanto más lo tratas, has de descubrir en él bellas cualidades. Dios reserva a los hombres para las circunstancias”. Paz, que combatió con Belgrano en el Ejército del Norte, escribió que “poseía un juicio recto, una honradez a toda prueba, un entusiasmo decidido por la disciplina y un valor moral que jamás se ha desmentido” y que dio a la patria excelentes militares como San Martín pero, además, le suministró buenos ciudadanos. Manuel Antonio Castro, fundador de la Academia Teórica Práctica de Jurisprudencia de Buenos Aires, quien lo asistió durante el Éxodo Jujeno, aseveró: “Belgrano era valeroso en la guerra, complaciente en la paz, sincero en sus palabras, simple en sus acciones, fiel en sus amistades, exacto en sus deberes, reglado en sus deseos y grande aún en la pequeñez”.

Respetando la tradición de esta Academia, corresponde ahora la evocación de mi antecesor, el Dr. Alberto Rodríguez Galán.

El Dr. Rodríguez Galán nació en Buenos Aires en 1922, se recibió en el Colegio Nacional Mariano Moreno y cursó los estudios de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde también obtuvo el título de doctor con una tesis sobre la Reforma Constitucional de 1860 que fue recomendada para el Premio Facultad. Fue discípulo de Jorge Eduardo Coll y de Eduardo Busso, a quienes recordaba y agradecía por su aporte a su educación. Admiró a Alberdi y a Sarmiento, a quienes les atribuía el mérito de haber sido “hacedores de los valores que sus obras sostuvieron como principios, para la adopción de la forma de estado federal”.

Fue profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, miembro de esta Academia y de las academias de Derecho y Ciencias Sociales y de la Academia de Ciencias de Buenos Aires, ministro de Educación y Justicia de la Nación, Procurador del Tesoro y Presidente del Rotary Club.

Fue un académico ilustre que publicó extensamente trabajos sobre Derecho Constitucional, Historia Institucional y Ciencia Política. Actuó siempre con convicción y responsabilidad, intentando lograr el equilibrio que domina las pasiones en la apasionada época que le tocó vivir.

Tenía fe en el país y fe en la Constitución a la que concebía, al igual que Juan María Gutierrez, como “la Nación Argentina hecha Ley”. Tenía fe en el país aun cuando, decía, “era consciente de las terribles contradicciones que nos consumen”. Creía, con razón, que más allá de estas contradicciones era preciso afirmarse “en los valores permanentes de la Patria” y, como exhortaba en sus discursos, en la necesidad de “buscar la paz y el orden interior que Alberdi señaló como la religión argentina”.

Fe en el derecho, fe en la política

1. Derecho y política

En toda sociedad, para regular la convivencia y la cooperación hacen falta reglas que establezcan con precisión qué es lo que debemos, que es lo que podemos y qué es lo que no debemos hacer. El desiderátum es que dichas reglas sean adoptadas por unanimidad. Si fuera unánime, lo adoptado sería sin duda expresión de nuestra voluntad común. Además, si consiguiéramos la unanimidad garantizaríamos que, en principio, nadie pudiera quejarse por las reglas adoptadas. Pero la unanimidad es imposible. Estamos caracterizados por muchas diferencias y sostenemos diversas concepciones, a veces radicalmente diversas, acerca de lo que debemos, lo que podemos y lo que no debemos hacer. La imposibilidad de la unanimidad, en un régimen democrático y constitucional, hace necesaria la política. Efectivamente, en un ré-

gimen democrático y constitucional las reglas que establecen lo que debemos, lo que podemos y lo que no debemos hacer son determinadas por la política mediante el voto.

Votamos, directamente o por nuestros representantes, y mediante el voto nos damos una constitución que nos constituye como comunidad política, establecemos los procedimientos para tomar futuras decisiones y consagramos los derechos y deberes ciudadanos cuya vigencia consideramos ineludible. El voto nos permite resolver con autoridad democrática la diversidad de concepciones de lo que debe hacerse, característica de la modernidad, y por ello el voto debe ser concebido como un sustituto operativo de la unanimidad.

Ahora bien, en virtud de que el objetivo último de una democracia constitucional es el autogobierno colectivo para la realización de la justicia, el voto no puede ser la expresión de intereses sectarios o de meras preferencias. Si lo fueran, el voto, y con ello la política, no tendría ningún poder legitimador del orden social. El voto sería, como dijo alguna vez Jorge Luis Borges, un mero “abuso de la estadística”.

Para ganar legitimidad el voto debe ser un acto que apruebe el escrutinio público de la moralidad. Debe estar inspirado por razones morales, esto es, por razones acerca de cómo debemos comportarnos unos con otros que nadie pueda rechazar razonablemente.

2. Los jueces

Por cierto, para convivir y cooperar no solo necesitamos reglas que establezcan qué debemos, qué podemos y qué no debemos hacer sino también instituciones que se encarguen de aplicar estas reglas. Para eso, en una democracia constitucional están los jueces.

El primer imperativo de la judicatura es, entonces, respetar las reglas creadas y juridificadas por la política, incluyendo las reglas que la política, en momentos especiales, incorpora a la constitución con el objetivo de proteger a los ciudadanos, y como Ulises y las sirenas, de protegerse de sí misma.

Este imperativo no es siempre fácil de honrar. En primer lugar, en muchas circunstancias el corpus de reglas que una sociedad jurídica para organizar la convivencia y la cooperación es imperfecto y opaco, por lo que su aplicación a los casos concretos no está en modo alguno exenta de dificultades y controversias.

Más aun, estas dificultades y controversias, que han existido siempre, se han exacerbado en la modernidad. Esto se debe a que las constituciones y las legislaciones contemporáneas consagran algunos de sus imperativos no solamente mediante reglas sino también en un *corpus* de principios, esto es, de estándares cuyo alcance y contenido no puede ser en general elucidado mediante un mero análisis textual, como sí sucede con las reglas. En virtud de esta dificultad, son de alguna manera refractarios a la subsunción jurídica, la operación característica de aplicación de normas generales a casos particulares para la cual los jueces están primariamente entrenados.

El imperativo de respetar lo que es juridificado por la política es difícil de honrar porque requiere que los jueces lleven adelante algo intelectualmente mucho más exigente y demandante que extraer una norma general de un texto o averiguar la intención con la que el texto fue sancionado. Para poder decidir de acuerdo con lo que fue juridificado como un principio, en muchas circunstancias los jueces deben recurrir a una elaborada teoría de la interpretación. Ello es así debido a que la elucidación del alcance y del contenido de las reglas imperfectas u opacas y de los principios es siempre una empresa “teóricamente dependiente”, en el sentido de que requiere una teoría acerca de la plausibilidad del alcance y contenido que se propone para la regla o el principio en cuestión.

No voy a articular aquí una teoría de la interpretación. Solo quiero enfatizar que la interpretación del corpus de principios de un sistema jurídico, que son los componentes del sistema jurídico más difíciles de interpretar, hace ineludible la necesidad de una teoría, aunque la teoría sea silenciosa porque en general no se explicita en las decisiones judiciales. Dicha teoría es eminentemente normativa. La única que yo creo compatible con los ideales de una democracia constitucional que respeta la división institucional del trabajo entre la legislación, constitucional o legal, y la aplicación del derecho, es la tradición

interpretativa que a lo largo del tiempo se ha consolidado en las decisiones de los jueces de la comunidad en cuestión.

Cómo identificar la tradición interpretativa que se ha consolidado en la comunidad es una tarea muy demandante. Las tradiciones interpretativas no son hechos duros que todos podemos ver y reconocer con facilidad. En este sentido hace falta primero una tarea de identificación de los textos normativos relevantes y de la historia de su sanción. Luego, es necesario un ejercicio de análisis de las decisiones judiciales pasadas que aplican estos textos a casos concretos. Además, es indispensable la determinación del *rationale* subyacente que explica tales decisiones y, a partir de este material que constituye la historia jurisprudencial de la comunidad en cuestión, una tarea de compaginación. Esta tarea debe apelar a algún criterio ordenador que, según entiendo, es la moralidad positiva, interna o inmanente del derecho y su ambición de univocidad —de hablar con una sola voz—, de modo que todos estos elementos sean presentados en un todo coherente del que pueda deducirse la solución a los casos que deben ser resueltos.

Mucho más se debería decir para tener una idea clara de la fisonomía de una teoría de la interpretación jurídica suficientemente sofisticada como para permitir aplicar todas las reglas y principios que integran nuestro orden jurídico. Aquí solo quiero decir que el test ácido de corrección de toda teoría de la interpretación comunitaria es aquel capaz de explicar las decisiones de los casos canónicos de la jurisdicción en cuestión, o al menos la mayoría de ellos.

3. Aplicación y creación del derecho

De todos modos, más allá de las dificultades en la aplicación del derecho provocadas por la necesidad ineludible de interpretar y, por lo tanto, de recurrir a una teoría de la interpretación, dos cuestiones son claras.

Primero, que en la aplicación del derecho los jueces no pueden hacer lo mismo que hacen los representantes de la voluntad popular al crear derecho. Este es un punto de fundamental importancia. La diferencia entre las funciones de los legisladores y de los jueces, entre otras

cosas, se manifiesta centralmente en que los representantes de la voluntad popular, a la hora de sancionar las reglas que han de servir para organizar la convivencia y la cooperación, no están inhibidos de recurrir a sus propias convicciones acerca de lo que debemos, lo que podemos y lo que no debemos hacer. Es más, esperamos que hagan eso. En una democracia constitucional, como ya sugerí, el voto y la buena política deben estar inspirados por razones morales.

Los jueces, en cambio, tienen un mandato distinto —contrario diría— al de los representantes de la voluntad popular. Al resolver, los jueces están inhibidos de recurrir a sus convicciones morales. Como he dicho en otras oportunidades, los jueces deben exhibir la más difícil de todas las independencias: no se trata únicamente de ser independientes de los demás —de presiones ejercidas por terceros, o de la necesidad de aprobación popular, por ejemplo— sino de ser independientes de sí mismos, o más precisamente, de todo aquello que no sea el derecho aplicable al caso. Si los jueces actuasen de otro modo, si se permitiesen decidir los casos motivados por sus propias convicciones sustantivas, serían indistinguibles de los políticos —serían políticos con togas— y el gobierno terminaría siendo un gobierno de jueces.

La segunda cuestión clara, que en alguna medida es consecuencia de lo anterior, es que el derecho es una práctica informada por el *ethos* de la imparcialidad. Ello es así, en parte, debido a que los jueces están constreñidos por mecanismos procesales que reglan la búsqueda de la verdad legal. Deben decidir los casos en procesos adversariales diseñados para que la razón y solo la razón, aunque más no sea la razón jurídica, tenga la mayor probabilidad de prevalecer. Pero principalmente este *ethos* es consecuencia de la inhibición de los jueces de recurrir a sus propias convicciones morales para resolver los casos. En otras palabras, lo que estoy tratando de decir es que la imparcialidad judicial es un producto de la independencia judicial. Si los jueces no son independientes de otros y de sus propias convicciones sustantivas no hay imparcialidad. Es por ello que la independencia debe ser la virtud cardinal de la judicatura.

4. *Realidades e ideal*

Lo que he dicho hasta aquí no es nada novedoso. Si tiene algún mérito es que pone de relieve que la tarea de los jueces es categorialmente diferente a la tarea de los representantes de la voluntad popular; que existe una distinción funcional entre *demos* y *foro*, entre la política y el derecho. Si fuéramos forzados a condensar en una frase esta distinción, habríamos de decir que mientras la buena política debe ser animada por consideraciones de moralidad, el buen derecho debe ser solo animado por consideraciones de legalidad.

Ahora bien, el mundo no funciona como requiere el ideal de la buena política y el buen derecho. Es justamente en esta distancia entre ideal y realidad donde surge el problema al que quiero apuntar y que constituye el verdadero tema de mi disertación.

¿Qué sucede en la actualidad? En virtud de transformaciones profundas en todas las latitudes y en muy diferentes grados, el derecho y la política, en lugar de complementarse, han comenzado a competir entre sí. Se empiezan a mezclar las funciones características de cada una de estas dos prácticas sociales y a confundir las atribuciones de los participantes en cada una de ellas. Se corre así el gran riesgo de perder una distinción esencial para la posibilidad de realizar el ideal de toda democracia constitucional, que no es otro que el autogobierno colectivo para la realización de la justicia.

Este fenómeno de confusión entre las funciones características de la política y el derecho tiene dos manifestaciones paradigmáticas. En primer lugar, comienza a producirse lo que podríamos llamar “la judicialización de la política”. Se trata de la expectativa general de que las reivindicaciones que tradicionalmente eran, en un estado democrático y constitucional, atendidas por los representantes de la voluntad popular y resueltas mediante el voto, sean llevadas ante los tribunales para ser decididas por los jueces.

En segundo lugar, de modo especular, aparece una tendencia en algunos jueces a moralizar y, por ello, a politizar su quehacer, aunque no en el sentido de que adoptan posiciones partidarias sino en el sentido de que, para resolver los problemas que pueden surgir en la apli-

cación de las reglas y principios jurificados en la constitución y en la legislación, acuden a la franquicia que en un estado democrático y constitucional solo tiene la política democrática: en lugar de razonar en términos únicamente jurídicos, algunos jueces trascienden el derecho en búsqueda de —por ponerlo de algún modo— la solución moralmente aceptable para el caso que deben resolver.

Antes he dicho que en nuestras sociedades existe una diversidad de concepciones morales acerca de lo que debemos, lo que podemos y lo que no debemos hacer. Esta diversidad, obviamente, también se encuentra entre los jueces. Por lo tanto, cuando los jueces trascienden el derecho en búsqueda de la solución moralmente aceptable, la diversidad se cristaliza y, con ello, se socava el derecho. Al trascenderse el derecho en busca de lo moralmente aceptable sucede que, en última instancia, los casos son resueltos del modo en que cada juez elige modelar las reglas y principios que integran el sistema jurídico a la luz de sus propias convicciones. Y ello hace imposible la aspiración de que las reglas y principios que sirven para resolver los casos pueden ser atribuidas a la voluntad de una comunidad política determinada. Llamemos a esta actitud “la pulsión por trascender del derecho”.

5. Conjeturas

Es difícil determinar por qué la pulsión por trascender el derecho y la judicialización de la política están teniendo lugar. Ciertamente, estos dos fenómenos no ocurren como consecuencia de un plan diabólico armado para la usurpación antidemocrática o para la rebelión anticonstitucional. Es más bien el producto de un cambio cultural.

Si se observan primero las cosas desde el punto de vista de la política, el cambio cultural parece estar ocurriendo porque se deja de ver la política como un *locus* con aptitud legitimadora. La aspiración de que los representantes de la voluntad popular voten guiados por concepciones de la justicia plausibles y como conclusión de una deliberación moral, de modo tal que lo que decidan no pueda ser razonablemente rechazado por nadie, es vista como una quimera.

Para ser franco, no tengo en absoluto claro por qué la política está perdiendo esa aptitud legitimadora. Hay varias teorías disponibles. En los ámbitos académicos de los Estados Unidos, por ejemplo, hay una convicción bastante extendida que se ha desarrollado en el contexto de la teoría de la agencia. De acuerdo con esta convicción, los representantes de la voluntad popular son buscadores de renta: están más interesados en su reelección y en otros beneficios asociados a sus cargos, cuya obtención les exige satisfacer intereses focales, que en preocuparse por el bienestar general. Esta actitud obviamente imposibilita que la política sea vista como el lugar propicio para la articulación de decisiones que puedan ganar aceptación general.

Una explicación diferente es provista por Fernando Atria, uno de los académicos latinoamericanos que más se ha ocupado de estas cuestiones. Atria sostiene que la capacidad racionalizadora —o legitimadora, diría yo—, que una vez tuvo la política, está cuestionada en todas las latitudes. Pero no por los incentivos de los políticos, como sugeriría la teoría de la agencia, sino por la dificultad de las instituciones democráticas para hablar en nombre de todos. La idea de que la discusión pública —dice Atria— puede hacer probable la “emergencia de la voluntad general ha devenido ininteligible”. En el mejor de los casos, la política moderna —afirma— solo puede expresar la voluntad de la mayoría. Ahora bien, si la voluntad de la mayoría reemplaza a la voluntad general —Atria nos recuerda que Rousseau la consideraba su opuesta—, la legislación democrática no podría nunca ser el producto del ejercicio de la libertad de todos, porque, dado que solo es mayoritaria, no podría expresar nada que pueda concebirse como aceptable para todos y, en virtud de ello, nunca podría legitimarse frente a todos.

Sea como fuere —como dije, no tengo claro cuál es la causa—, lo que sí sé es que la necesidad de resolver problemas antes reservados a la política, ahora considerada impotente en nuestras sociedades, está siendo redireccionada hacia los tribunales.

Por qué algunos tribunales están respondiendo a esta necesidad redireccionada es también un interrogante difícil de responder. En mi opinión, una combinación de circunstancias está haciendo posible que allí, en los tribunales, se encuentre un lugar considerado propicio para

superar la dificultad que, se cree, padece la política para expresar la voluntad general.

La primera circunstancia que parece relevante para una explicación de la cuestión es la siguiente. Como ya mencioné, las constituciones y legislaciones contemporáneas consagran sus imperativos no solo en un corpus de reglas sino también en un corpus de principios. Ello ha hecho, como también he sugerido, que la aplicación del derecho sea mucho más dependiente de teorías interpretativas de lo que sucedía con anterioridad. Y, como ha enfatizado entre nosotros Andrés Rosler, parte del problema que vemos en la aplicación del derecho está en las teorías interpretativas.

En efecto, tanto en el mundo jurídico anglosajón como en el continental se desarrollaron y validaron teorías interpretativas que, quizá por la frustración con la política, habilitaron a los jueces a incorporar en sus deliberaciones jurídicas sus propios ideales morales. Ronald Dworkin es probablemente el filósofo jurídico más importante de los últimos 50 años, y sin dudas el más influyente en el mundo anglosajón. Suele considerarse que propone una teoría de la interpretación según la cual los jueces, para resolver los casos difíciles (que son aquellos donde el texto constitucional o legal aplicable no es suficientemente concluyente) tienen que recurrir, sin restricciones de ninguna naturaleza, a la mejor teoría moral que sea consistente con la historia jurisprudencial de la sociedad de que se trata, para luego, a la luz de esa teoría moral y de esa historia jurisprudencial, resolver dichos casos. En esa manera de entender a Dworkin, los jueces acceden al privilegio de la política que, como dije, consiste en la franquicia de decidir lo que se debe, lo que se puede y lo que no se debe hacer a la luz de consideraciones morales.

Del otro lado del Atlántico, en Alemania, Robert Alexy, un teórico muy prestigioso y enormemente influyente en Europa continental, inspirado en la idea de que la constitución es un orden objetivo de valores, ha sostenido, más claramente que Dworkin, una teoría que habilita a los jueces a recurrir a sus consideraciones morales. Alexy ha afirmado —como recordó Juan Antonio García Amado— que los derechos constitucionales son la consecuencia de que la constitución reconoce mandatos de optimización, es decir, exigencias de que se promueva al máximo posible un estado de cosas colectivo moralmente

ideal. Según un modo de entender a Alexy, dado que la constitución reconoce estos mandatos, al resolver un caso los jueces deberían decidir —tal como también ha recordado García Amado— a la luz de una conjetura sobre cuál es la situación moralmente ideal, socialmente hablando, y sobre cómo lograrla del mejor modo posible.

Nuevamente, lo sugerido por estas interpretaciones de Dworkin y Alexy es exactamente lo que los jueces *no* deben hacer. De acuerdo con lo que esquemáticamente sugerí antes, los jueces no pueden resolver los casos en base a sus convicciones morales ideales sino que deben adecuarse a las tradiciones de interpretación de su comunidad, lo que requiere dar cuenta de su historia jurisprudencial y en todo caso recurrir a la moralidad positiva, interna o inmanente del derecho y su ambición de univocidad.

Las propuestas de Dworkin y de Alexy —que así descritas, reitero, son una invitación a aplicar la moral ideal al decidir los casos— fueron bienvenidas en muchas latitudes, y por algunos jueces en Hispanoamérica, y creo que pueden figurar como una de las causas de la pulsión judicial por trascender el derecho.

Creo que otra causa que contribuyó a esta pulsión, más allá de la popularidad que han adquirido las teorías interpretativas mencionadas, es la frustración social por la incapacidad de los regímenes democráticos y constitucionales para conseguir las reformas necesarias para construir sociedades más justas. Sé que es difícil probar esta conjetura sin análisis empíricos. Pero parece natural la verdad del siguiente argumento contra fáctico: si todos los jueces invariablemente se abstuvieran de recurrir a sus propias convicciones morales para decidir y se limitasen a aplicar las reglas y principios convertidos en derecho por los representantes de la voluntad popular conforme a su texto y a las tradiciones de interpretación comunitaria y, en todo caso, solo recurrieran a la moral positiva, interna o inmanente del derecho, la política no se estaría judicializando. Si los jueces hicieran eso, la presión ciudadana por el cambio se habría dirigido adónde tiene que hacerlo en una democracia constitucional, es decir, a la política. Y la política, más tarde o más temprano, impedida de derivar esa presión a los tribunales, reaccionaría resolviendo las cuestiones recurriendo a la voluntad de los ciudadanos de la comunidad en cuestión.

6. *Fe en el derecho y fe en la política*

Es obviamente relevante identificar el fenómeno, que parece estar extendiéndose, en virtud del cual la política, como el Rey Midas, politiza todo lo que toca. Es relevante también identificar el fenómeno paralelo por el que la política se retira de donde debería estar, dejando un espacio que ahora es ocupado por algunos jueces. Pero más relevante aun es identificar cómo lograr que la política y el derecho conserven su autoridad e imperio en sus respectivos dominios. El desafío consiste en determinar qué es lo que debemos hacer para lograr que la política no invada el territorio del derecho ni el derecho invada el territorio de la política. Y esto es algo que nos debe importar a todos, incluso a quienes están por el momento satisfechos por el juego conjunto de la pulsión de los jueces por trascender el derecho y la judicialización de la política. Nos debe importar no solo porque el ideal de la democracia constitucional es que las sociedades deben gobernarse, aun con sus tropiezos, mediante la voluntad de sus ciudadanos, sino también porque la judicialización de la política y la pulsión por trascender el derecho es un cuchillo de dos filos: si bien en ciertas circunstancias puede contribuir a realizar una sociedad más justa, en muchas otras puede ser la coartada ideal para tornar la más reaccionaria.

Entonces ¿cuál es el antídoto para que los jueces, en la tarea de resolver casos, se abstengan de recurrir a sus convicciones morales, por plausibles que puedan ser, y para que la política se haga cargo, dentro del marco de la constitución y la ley, de tomar las decisiones que corresponden a los representantes de la voluntad popular?

Estoy convencido de que la receta que buscamos no pasa por intentar reducir el desacuerdo acerca de lo que debemos, lo que podemos y lo que no debemos hacer que nos caracteriza. Alguien podría pensar en efecto que, si redujéramos el desacuerdo, la pulsión de los jueces por trascender el derecho sería menos problemática en la medida en que, con acuerdos morales generalizados, esa transcendencia sería una manera más de realizar valores comunes. El verdadero antídoto es otro y consiste, creo yo, en recuperar la fe en el derecho.

Recuperar la fe en el derecho requiere estar dispuesto a conceder al derecho, a las razones jurídicas, la aptitud —salvo circunstancias

muy extremas— para servir de justificación última y categórica de las decisiones judiciales. Recuperar la fe en el derecho requiere ver el derecho como un orden autónomo y unívoco, como un discurso normativo que genera obligaciones que no son tales por ser instrumentales para la realización de valores externos al derecho sino por su carácter jurídico, propiedad categorialmente distinguible de otros discursos normativos. Requiere que, al pensar en nuestros derechos y deberes como ciudadanos y al resolver los casos como jueces, como sostuvo Joseph Raz en su análisis de la idea de “autoridad”, tomemos a las razones jurídicas como “perentorias”, esto es, no solo como poseedoras de la autoridad de indicar lo que debe ser hecho sino, además, como un imperativo que nos intima a excluir de nuestra consideración toda otra razón para hacer algo diferente.

Si recuperamos la fe en el derecho, juntos podremos realizar valores. En primer lugar, podremos realizar el valor de la cooperación a lo largo de nuestras vidas pues, como decía Cicerón, el derecho permite hablar a todos los ciudadanos todo el tiempo con una sola voz. Esta aptitud, que permite la univocidad del derecho, es de enorme importancia en las sociedades modernas caracterizadas por el desacuerdo moral, pues nos permite evitar la fragmentación normativa. Ello, a su vez, nos permite hacer cosas unos con otros, confiar unos en otros, para así cambiar y mejorar no solo individualmente sino también como comunidad. Pero, además, si recuperamos la fe en el derecho, en nuestras relaciones como ciudadanos podremos ser capaces de generar el valor aristotélico de la *philia politiké*, esto es, la amistad cívica que puede desarrollarse entre aquellos que se sujetan a las normas que se dan a sí mismos. Este valor es también de gran relevancia pues, como ha destacado John Finnis, la posibilidad de vivir en una comunidad que se autogobierna y de la que se forma parte es sin duda uno de los elementos constitutivos de nuestro bienestar.

Por otro lado, para que los jueces se abstengan de recurrir a sus propias convicciones al momento de juzgar y la política se haga cargo de adoptar las decisiones que le corresponden es necesario también que nuestras sociedades recuperen la fe en la política. Es preciso que acepten que el ideal del autogobierno requiere que las transformaciones sociales sean hechas por los representantes de la voluntad popular;

que para transformar nuestras sociedades no son aceptables los atajos de ningún tipo; que no podemos dejar de lado el derecho para lograr lo que nos gusta; que los jueces no son los vehículos del cambio y que no debe alejarnos de estas convicciones la impaciencia que puede generar el hecho de que muchas veces, en las democracias constitucionales, el cambio, en la medida en que requiere mayorías consistentes en el tiempo, es dificultoso.

Recuperar la fe en la política requiere recuperar la confianza en que las democracias constitucionales, con todas sus imperfecciones, son los esquemas mejor diseñados para que nuestras sociedades, en la búsqueda de la realización de la justicia, cambien endógenamente. Los cambios endógenos son los únicos sustentables porque son los únicos aptos para generar los hábitos necesarios para perdurar en el tiempo. Requiere además que la política internalice que, para ocupar nuevamente el *locus* de aptitud de legitimación, sus decisiones deben ser motivadas por consideraciones morales, esto es, consideraciones que todos, después de la debida reflexión, no podamos razonablemente rechazar.

Muchas gracias