FE EN EL DERECHO, FE EN LA POLÍTICA

Carlos Fernando Rosenkrantz
Profesor Titular de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires; Vicepresidente de
la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sumario: 1. Derecho y política. 2. Los jueces. 3. Aplicación y creación del derecho. 4. Ideales y Realidades. 5. Conjeturas. 6. Fe en el derecho y fe en la política*

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; estudio 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.

* El presente trabajo constituye una nueva publicación, con expresa autorización del autor, del discurso pronunciado en el Acto de Incorporación del Académico Carlos Fernando Rosenkrantz, en sesión pública extraordinaria, a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 29 de junio de 2022. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XLIXX, Parte I, Doctrina, Año 2022, https://www.ancmyp.org.ar/categoria.asp?id=749.

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 tocase 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 Ejercito 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.

Nosotros lo respetamos y admiramos 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 Jujeño, 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 equilibro 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 Gutiérrez, 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 no debemos y qué es lo que podemos hacer. El desiderátum es que dichas reglas sean adoptadas por unanimidad. Si fuera unánime, lo adoptado sería sin duda expresión de la voluntad común por lo que, en principio, nadie podría quejarse.

Pero la unanimidad es, en los hechos, imposible. Estamos caracterizados por diferencias de todo tipo y sostenemos concepciones distintas, a veces radicalmente distintas, acerca de lo que debemos, lo que no debemos y lo que podemos hacer. Esta diversidad, en un régimen democrático y constitucional, hace necesaria la política. En un régimen democrático y constitucional las reglas que establecen lo que debemos, lo que no debemos y lo que podemos hacer son determinadas por la política mediante el voto mayoritario.

Votamos, directamente o por nuestros representantes, y mediante el voto nos imponemos una constitución que nos constituye como comunidad política, establecemos los procedimientos para adoptar futuras decisiones y consagramos los derechos y deberes ciudadanos cuya vigencia consideramos ineludible. El voto mayoritario es el sustituto operativo de la unanimidad pues nos permite resolver con autoridad la diversidad característica de la modernidad.

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 fuera, el voto y la política no tendrían ningún poder legitimador del orden social. Sería, como dijo alguna vez Jorge Luis Borges, un mero "abuso de la estadística". Para legitimar acabadamente el orden político el voto debe ser un acto que apruebe el escrutinio público de la moralidad. En otras palabras, en el caso ideal quienes participen de la decisión común deberían estar inspirados por consideraciones morales, esto es, por razones que nadie puede razonablemente rechazar.

2. LOS JUECES

Por cierto, para convivir y cooperar unos con otros no solo necesitamos reglas que establezcan qué debemos, qué no debemos y qué podemos hacer sino también hacen falta arreglos institucionales que se encarguen de aplicar o hacer efectivas estas reglas. Por eso, toda democracia constitucional necesita jueces.

El primer imperativo de la judicatura es, entonces, respetar las reglas creadas 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 juridifica para organizar la convivencia y la cooperación es imperfecto, 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 mediante estándares de comportamiento cuyo contenido normativo no puede ser elucidado

por un mero análisis textual por lo que la operación característica de aplicación de normas generales a casos particulares para la cual los jueces están primariamente entrenados –la subsunción– se dificulta en muchas oportunidades hasta un punto muy difícil de superar pues los jueces necesitan "interpretar" cuando no hay acuerdo acerca de la mejor manera de hacerlo.

No voy a articular aquí la teoría de la interpretación que yo creo más plausible. Solo quiero enfatizar que la interpretación hace ineludible la necesidad de una teoría, aunque la teoría no se explicite en las decisiones judiciales. Dicha teoría es eminentemente normativa y la única que yo creo compatible con los ideales de una democracia constitucional que respeta la división institucional del trabajo entre la creación y la aplicación del derecho, es la teoría que da sentido a la tradición interpretativa de la jurisdicción en cuestión. Cómo identificarla es, sin duda, una tarea muy demandante. Las tradiciones interpretativas no son hechos duros que todos podemos ver y reconocer con facilidad. Por ello, siempre hará falta primero un análisis de las decisiones judiciales pasadas que aplican los estándares juridificados a casos concretos. Luego será indispensable la determinación del *rationale* subyacente que explica tales decisiones judiciales y, a partir de este material que constituye la historia jurisprudencial de la comunidad en cuestión, hará falta su compaginación y ajuste de acuerdo a la moralidad positiva, interna o inmanente del derecho.

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 los estándares jurificados por la política. Aquí solo quiero agregar que el test ácido de corrección de toda teoría de la interpretación es si es capaz de explicar las decisiones en 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 no debemos y lo que podemos hacer. Es más, esperamos que hagan eso, aunque en una democracia constitucional ideal, como ya sugerí más arriba, el voto las decisiones de los representantes

de la voluntad popular 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 casos que se les presenta, los jueces están inhibidos de recurrir a sus propias 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 las presiones ejercidas por terceros, o de la necesidad de aprobación popular, por ejemplo– sino que deben 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 en 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 posible. Es por ello que la independencia debe ser la virtud cardinal de la judicatura.

4. IDEALES Y REALIDADES

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*, y que la política y el derecho son dos actividades sociales muy diferentes entre sí. 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 ideales y realidades 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 y las responsabilidades 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 aplicación de los estándares juridificados 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 aceptable todas las cosas consideradas, en especial las exigencia de la moral, para el caso que deben resolver.

Antes he dicho que en nuestras sociedades existe una diversidad de concepciones acerca de lo que debemos, lo que no debemos y lo que podemos 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 los estándares de comportamiento 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, como muchos otros, son antes que nada buscadores de renta: están más interesados en su reelección y en otros beneficios asociados a sus cargos, cuya obtención les exige satisfacer intereses focales y abstenerse de 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 aceptabilidad 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. 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 mediante estándares de comportamiento cuyo contenido normativo no puede ser elucidado por un mero análisis textual. Ello ha determinado, 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 algunas de esas teorías interpretativas, o para ser más justos, quizá en el modo de entenderlas por parte de algunos de los jueces.

En efecto, tanto en el mundo jurídico anglosajón como en el continental se han popularizado algunas posiciones que de algún modo u otro habilitan a los jueces a incorporar en sus deliberaciones jurídicas sus propios ideales políticos y 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. Algunos han entendido que su teoría de la interpretación jurídica permite que los jueces, al menos para resolver los casos difíciles (que son aquellos donde el texto constitucional o legal aplicable no es suficientemente concluyente) pueden recurrir a la solución que ofrece la mejor teoría política o moral respecto de lo que está en cuestión que sea, al mismo tiempo, 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. Yo no estoy seguro que esta sea la manera correcta de entender a Dworkin pero sí que ese ha sido el modo en algunos académicos y jueces la han entendido y en sus términos ella permite que los jueces accedan al privilegio de la política que, como dije antes, consiste en la franquicia de decidir lo que se debe lo que no se debe y lo que se puede 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, quizá más claramente que Dworkin, una teoría que habilita a los jueces a que al decidir recurran a las 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. Ahora bien, un modo de entender las ideas de Alexy es que los mandatos de optimización dan lugar a que los jueces conjeturen sobre cuál es la situación moralmente ideal, socialmente hablando, y sobre cómo lograrla del mejor modo posible y a la luz de dicha conjetura resuelvan los casos que se les presenten.

Nuevamente, lo sugerido por estas interpretaciones de Dworkin y Alexy, que reitero no necesariamente es la mejor interpretación de sus respectivas posiciones pero que así se ha entendido por algunos académicos y jueces, 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 descriptas, reitero, son una invitación a aplicar la moral ideal al decidir los casos 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 tornarla 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 in- tentar 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 trascendencia 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– de 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 garantiza 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 habilita a 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.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de San Andrés. Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue designado Ministro de la Corte en agosto de 2016 a propuesta del presidente Mauricio Macri. Fue presidente del Tribunal entre octubre de 2018 y octubre de 2021 por la Acordada 29/18. Fue Rector de la Universidad de San Andrés hasta su designación como Ministro de la Corte y ejerció como abogado en el estudio Bouzat, Rosenkrantz y Asociados.

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo
JORGE EDUARDO MORÁN

ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AJUFE
Asociación de Jueces y Juezas Federales de la República Argentina

FUERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Febrero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Amarillo / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.
685 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-3-0

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.
Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro
Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra
Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate
Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres
Paula Brunetti
Mario Cámpora
Luis Casarini
María Ceruli
Dominique Ekstrom
Rosario Elbey
Hernán Gerding
Federico Giacoia
Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale
Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo
Milagros Marra
Lucia Martín
Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag
Lautaro Pittier
Matías Posdeley
Marina Prada
Gerardo Ruggieri
Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo
Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor
Enrique Alonso Regueira

Prólogo
Leandro Vergara

Maqueda - Alonso Regueira - Ciminelli - Diana - Fernández Gelli - López - Monti - Rejtman Farah - Rodríguez - Saggese Treacy - Wüst - Buteler - Casarini - López Castiñeira Certoma - Gallegos Fedriani - Heiland - Maciel Bo - Rubio Stupenengo - Vincenti - Ylarri - Barra - Brandan - Cormick Erbin - Losa - Sacristán - Salvatelli - Stortoni

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AJUFE
Asociación de Jueces y Juezas Federales de la República Argentina

Fuero en lo Contencioso Administrativo Federal

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Blanco

Editor
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo
MARCELO DANIEL DUFFY

LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AJUFE
Asociación de Jueces y Juezas Federales de la República Argentina

FUERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL