

Vistas desde la catedral: una entrevista con Carlos Rosenkrantz

Entrevistador (E): Usted fue formado por gente muy interesante, en la Universidad de Buenos Aires, en SADAF (Sociedad Argentina de Análisis Filosófico), en la Universidad de Yale. ¿Hay algún texto o profesor que recuerde de modo especial?

Carlos Rosenkrantz (R): Yo estudié en una época muy singular, por decirlo de algún modo. Entré en la UBA el año del golpe militar, en 1976. Fue un momento complicado de la Universidad.

No obstante eso, en el año 1977, conocí a un profesor que me maravilló. Fue José María López Olaciregui, profesor de Derecho Civil. Era un hombre muy reflexivo. Organizó un curso para alumnos destacados: sólo se podía participar si uno tenía notas elevadas. Era un curso de una exigencia inusual. Se trataba de una clase que se reunía todos los días, dos horas por día, menos los miércoles.

López Olaciregui tenía una dedicación a la enseñanza excepcional y con un poder analítico que es difícil de encontrar en general en la profesión del derecho. Había actualizado un libro clásico de derecho civil, que es el tratado de Salvat. Escribía muy poco (parecía consciente de que para escribir un libro es preciso tener algo importante que decir). Sin embargo produjo, a mi criterio, la contribución más importante en su área para la Argentina en la segunda mitad del siglo pasado. El artículo se llama “Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil”. Si no lo leyeron, se los recomiendo enormemente. Es un intento de explicar por qué la cultura jurídica desarrolló la práctica de la responsabilidad extracontractual. Responde a preguntas como las siguientes: ¿Qué razón creemos que existe para compensar? ¿Qué justifica la obligación de responder: es el reproche o la necesidad de reparar el daño? Se planteaba también si el reproche que caracteriza a la responsabilidad civil es parecido al reproche moral o si, por el contrario, es un reproche objetivo y, en su caso, cómo se justifica. A todas estas preguntas que son muy interesantes y en general permanecen dormidas en la tradición jurídica, inconsultas e irresueltas, López Olaciregui las encaraba frontalmente.

López Olaciregui me enseñó a amar el derecho. Diría que más que ninguno de mis otros profesores. Yo entré a la universidad heredando una vocación. Mi padre era abogado. Nunca me pregunté mucho si había otra opción. De grande pensé que podría hacer cosas muy diferentes, que me podrían haber generado mucha satisfacción. Pero con López Olaciregui me di cuenta de que el derecho era algo que me interesaba mucho y que era una disciplina intelectual y políticamente importante.

E: ¿Su interés por la responsabilidad extracontractual lo rastrea en esa fuente?

R: Yo creo que sí, pero después pasó algo muy curioso. Este curso duraba cinco años. Durante cinco años nos reunimos con el mismo profesor. Tuvimos, entonces, una formación parecida a la de algunas universidades inglesas de elite, en donde uno se forma básicamente bajo la supervisión de un único profesor. López Olaciregui fue el único gran profesor que encontré en la Universidad. Al resto los conocí fuera de la Universidad, en

SADAF, que era llamada en ese momento “la universidad de las catacumbas” en razón de que se hacían cosas que no se podían hacer en la Universidad.

E: ¿Por qué se acercó a SADAF?

R: Por una razón muy circunstancial. Conocí a Eugenio Bulygin y me recomendó los cursos de SADAF. Ahí descubrí la excitación intelectual. Por entonces me interesaba la lógica jurídica.

Hasta ese momento la virtud intelectual que entendí mis profesores intentaban implantarnos -y López Olaciregui fue el mejor artesano al respecto- era la capacidad de ponderar. Uno, en general, piensa ponderando. Es decir, evaluamos variables que no son binarias y que no pueden ser ordenadas binariamente. Cuando empecé a ir a SADAF me di cuenta de que había aspectos de la problemática jurídica que requerían de otra virtud intelectual, más precisamente el cálculo, y eso fue muy excitante. En el cálculo las respuestas son binarias. Se está equivocado o en lo correcto a diferencia de lo que sucede en la ponderación donde es un poco más difícil saber quién se equivoca.

Durante un tiempo hice lógica como hicieron casi todos los de mi generación, básicamente deslumbrados por dos figuras que fueron [Carlos] Alchourrón y Bulygin, hombres de una capacidad y visibilidad mundial, inusual para la Argentina y también de una gran generosidad para los estudiantes.

E: ¿Quiénes estaban en SADAF entonces?

R: En ese momento estaban ellos -Alchourrón y Bulygin- y estaba también Eduardo Rabossi, que hacía filosofía en general y algo de filosofía política. Después, bastante después, a fines de 1982, vinieron, habiendo sido becados en el exterior, [Carlos] Nino y [Jaime] Malamud.

E: ¿[Genaro] Carrió participaba de esas reuniones?

R: Carrió era el benefactor de SADAF. De hecho, era quien generosamente la subsidiaba. Había comprado el lugar en Bulnes. Carrió iba poco y para ese entonces, no solía participar de los seminarios a los que yo iba. Después de López Olaciregui y Bulygin, la tercera persona que me deslumbró intelectualmente y a quien conocí en SADAF, fue Nino. Nino empezó a ir a los seminarios que yo iba. Nino era un genio terriblemente disruptivo. Pensaba diferente a todos los demás. En ese momento Nino era muy joven, tendría unos 39 años. Me acuerdo como si fuera hoy que venía a los seminarios repleto de libros. Entraba con pilas de libros, todos glosados por él, señalados, marcados. Nino tenía tanta imaginación dialógica que era imposible pasar del primer párrafo porque siempre ponía todo en discusión.

Nino me deslumbró, sobre todo -y creo que lo mismo les pasó a muchos- porque abrió una temática nueva. López Olaciregui me enseñó la sofisticación del pensamiento jurídico clásico. Mejor dicho, me enseñó que el pensamiento jurídico clásico es el resultado de un proceso de mucha profundidad. Alchourrón y Buligyn me hicieron pensar la estructura, o por decirlo de otro modo, a pensar de manera lógico-gramatical algunos problemas jurídicos. Nino me hizo redescubrir la conexión entre derecho y moral. Me mostró que, quizás, lo que verdaderamente había que pensar, lo que hasta ese momento no se había pensado suficientemente, era la conexión directa entre derecho y justicia.

E: ¿De su generación quiénes asistían a los cursos de SADAF?

R: Bueno, Gabriel [Bouzat], Martín Bohmer, que es un poquito más joven que yo, Marcelo Sancinetti, que es un poco más grande que yo, iba; Diana Maffía, también un poco más grande que yo, iba; [Horacio] Spector y [Guido] Pincione, más grandes que yo, iban. Juan

[Rodríguez] Larreta e Iñaki Zuberbühler, iban. También llegó a ir Fernando Tesón, aunque un poco menos.

E: Alguno de ellos siguieron trabajando vinculados con Alchourrón y Buligyn.

R: SADAF fue un ámbito de influencia geográfica chica. Por ejemplo, no llegaba a Córdoba, y Alchourrón y Buligyn dominaron Córdoba. Por eso, buena parte de los grandes seguidores de Alchourrón y Buligyn son cordobeses o del Norte. Estoy pensando fundamentalmente en Pablo Navarro y Cristina Redondo.

E: Otros, como Martín Bohmer, también siguieron un tiempo relacionados especialmente con ese grupo.

R: Sí, Martín siguió un poco más vinculado con Alchourrón y Buligyn. Nino, mientras tanto, era un personaje notable. Primero, por su dedicación. Segundo, por su manera de disfrutar la conversación intelectual. Podía pasarse horas, días, sin problemas, discutiendo. Básicamente, hasta que no le decían “doctor, usted tiene la razón”, no paraba.

Me acuerdo de una discusión en el año 1984. Nino había publicado un libro muy importante, “Los límites de la responsabilidad penal”, que es un desarrollo de la tesis doctoral que había escrito en Oxford. En ese libro explicaba qué era lo que justificaba el poder coactivo del Estado y cómo responder al problema del retributivismo. Más precisamente, intentaba mostrar cómo se justifica que un mal -la pena- sea la respuesta a otro mal -el delito-. Su idea acerca de la justificación del castigo era en realidad una idea que Hart ya había desarrollado, aunque no en el contexto de la teoría penal sino de la teoría de la acción. La idea de Nino es que si uno consiente la pena, si el delincuente sabe que lo que va a hacer causa un daño, y ese daño se encuentra disuadido por una pena, no se puede quejar cuando se le impone la pena. Era lo que él llamaba el paso de “la asunción de la pena”.

Su teoría tenía dos justificaciones distintas. Una justificación utilitarista: si la pena genera más beneficios que daños, se debe penar. Y la otra era la vinculada con la asunción de pena, basada en el siguiente principio: cada uno puede hacer lo que quiera, pero si uno sabe que ciertas consecuencias están normativamente conectadas con ciertas acciones, entonces asume dichas consecuencias. Es lo que llamó la teoría consensual de la pena.

Un famoso filósofo americano, [Larry] Alexander, esbozó una crítica muy inteligente a Nino. Sostuvo que la teoría de Nino no podía ser correcta porque no puede explicar por qué una sociedad que castiga con la pena de muerte, o que fija 25 años de prisión por estacionar mal, está haciendo algo incorrecto. Imaginemos que esta pena logra disuadir a la gente de estacionar mal. Hay algo que está mal en ese nivel de pena, y su teoría no puede dar cuenta de por qué está mal, y es obvio que una teoría que no pueda dar cuenta de esto tiene un problema. Alexander decía “a su teoría le falta el requisito de proporcionalidad y cuando usted empieza a pensar en la proporcionalidad entre la conducta reprochada y la pena, recupera la idea del retributivismo”, que afirma que la pena tiene que ser medida de acuerdo con (debe ser proporcional a) la conducta reprochada. Nino estaba insomne por la crítica. No podía continuar sin dar una solución (risas). Se pasaba horas y horas discutiendo sobre esto.

Me acuerdo de uno de esos días, estábamos en el bar de la facultad y le dije “discúlpeme doctor, quiero ir al baño”. Me fui al baño y Nino, que era ya por entonces un personaje importantísimo, me siguió al baño, y estábamos los dos en los mingitorios y él me hablaba y seguía tratando de convencer (risas). Nino fue un faro incandescente, que durante algún tiempo generó sobre muchos jóvenes, sobre mí mismo, mucha mimetización: era tan potente que era difícil pensar diferente de él.

E: Para seguir con la trayectoria de sus estudios. Usted marchó al poco tiempo hacia el exterior, se fue a estudiar a Yale. ¿Reconoce en Estados Unidos algún profesor que le haya influenciado?

R: Sí. Fui a Estados Unidos como producto de una circunstancia totalmente casual. Habían venido dos estudiantes de Estados Unidos, uno de ellos (Samuel Issacharoff) fue compañero mío como profesor, más adelante, en la Universidad de New York. Estudiaba la cuestión de los derechos humanos en la Argentina. Una vez estábamos conversando en una esquina y me dice “vos deberías ir a estudiar a Estados Unidos”. Ustedes quizás no se puedan representar lo que significaba ir a estudiar a los Estados Unidos en la década del 80. No había emails ni computadoras. Era como estudiar en Marte. Le dije “mirá, yo no tengo absolutamente ningún contacto en los Estados Unidos”. “Yo te voy a mandar la solicitud de admisión”, me dijo. Mandó la solicitud, requerí la admisión y me admitieron.

Cuando fui a Estados Unidos cometí un error táctico. Estudié aquellas cosas que ya sabía. Tomé cursos con profesores a los que conocía intelectualmente, como Jules Coleman. Digo que fue un error porque desaproveché la oportunidad de conocer una tradición jurídica diferente. Me di cuenta de este error cuando empecé el doctorado. Ahí comencé a tomar cursos con profesores que no hacían estrictamente filosofía moral o filosofía política, que era lo que me interesaba a mí.

En ese momento empecé a interactuar con profesores como Owen Fiss y Bruce Ackerman. Owen era una figura estelar en Yale. Creo que la característica más relevante de su forma de pensar es que él creía que el derecho era una herramienta de transformación. Creía que el derecho tenía cierta dinámica y genealogía que lo hacían apto para convertirse en un instrumento (digamos inmanente) de transformación. Nino pensaba algo distinto. Creía que el derecho había que reformarlo en buena medida desde afuera, a la luz de las mejores convicciones morales. Fiss creía que no había que irse tan afuera. Nuevamente, para Fiss el derecho en sí mismo tenía características que necesariamente lo hacen transformador.

E: Fiss pertenece a una generación muy marcada por “Brown v. Board of Education,” tiene la visión de que la justicia puede cambiar el mundo.

R: Sí, él es muy, muy optimista. Es, en efecto, un hombre de esa generación, de ese fallo. La sociedad norteamericana no había podido terminar en última instancia el problema de la esclavitud y un fallo de la Corte Suprema lo resuelve. Un fallo de la Corte dice “esto hay que terminarlo” en un país que había ido a una guerra civil sangrienta hacía 70 años atrás. Fiss era y es eso. Es quien cree que el derecho, sin manipulación ni uso ideológico, puede ser *per se* un instrumento eficaz de transformación.

E: Podríamos decir que Fiss es de los autores que suscriben una visión maximalista sobre el derecho. ¿Cómo ve esa visión maximalista? ¿Se siente vinculado con ella?

R: Después de Fiss, esa visión de que el derecho siempre transforma para bien fue relativamente disputada. Y a veces se puede reconocer que el derecho es controlado de algún modo, desde fuera, y que no siempre llega a buen puerto.

Sin embargo, creo que hay un punto importante en la manera de pensar de Fiss. Para ilustrar lo que quiero decir piensen en la distinción entre poder y derecho. No cualquier modo de regulación colectiva es un modo de regulación de derechos. Hay sociedades en donde, fundamentalmente, sólo hay poder. Para que haya algo diferente al poder en donde gane peso el derecho, se deben cumplir con ciertas exigencias. No es claro cuáles son esas exigencias y creo que ahí está el gran debate. Para alguien como Roberto [Gargarella], se necesita ser muy exigente: según él, las exigencias para que el poder se convierta en derecho son muy altas. Otros son menos exigentes, pero están detrás del mismo problema.

Están tratando de responder la pregunta de cuándo el poder se convierte en derecho, y presuponen también que no todo poder es derecho.

Hecha esta aclaración, cuando estamos en la provincia del derecho, creo que hay algo en la dinámica interna del derecho que lo convierte en un instrumento apto para la transformación. Y es progresivo, en el sentido de que cuando el funcionamiento de lo que caracteriza a ciertas relaciones como relaciones de derecho se satisfacen, es muy difícil volver atrás. Por eso, en algún sentido soy optimista. Creo que el mundo va a mejorar, jurídicamente hablando.

E: Tal vez podríamos distinguir, entonces, entre dos grandes visiones sobre el derecho, una maximalista con Fiss, Nino o (Ronald) Dworkin, y una minimalista con [Cass] Sunstein, [Sandra Day] O'Connor y [Carmen] Argibay. ¿Coincide con esa distinción? ¿Cómo se situaría frente a ella?

R: Yo creo que hay que hacer una distinción muy importante entre el rol de un académico y el rol de los jueces. Los académicos tienen razones para ser maximalistas porque en definitiva son instrumento de cambio, y los jueces tienen más razones para ser minimalistas porque tienen que honrar su posición. Son llamados a aplicar el derecho, básicamente, y no lo que ellos piensan que debiera ser el derecho.

E: El tema es que muchos de estos doctrinarios, como Dworkin o Fiss, dirigían sus escritos, sobre todo, a decirle a los jueces cómo es que ellos debían ejercer la función que desempeñaban. Ellos dicen: “ésta es la función judicial correcta”.

R: Es cierto, pero sin embargo, de todos ellos, el único de estos últimos tiempos que fue las dos cosas [académico y juez] fue [Richard] Posner. Diría que muy pocas de sus consideraciones maximalistas están incluidas en sus sentencias. Me parece que ha hecho bien.

Ocurre que una cosa es pensar lo que deberías hacer y otra lo que debes hacer. Yo no sentencié nada todavía, pero creo que hacerlo te cambia la perspectiva. Uno no puede tener soluciones unívocas para tradiciones jurídicas distintas. Nosotros, en la Argentina, tenemos que ser suficientemente sutiles para darnos cuenta de ello. Como académicos, hemos imitado un poco a Estados Unidos, en el sentido de que discutimos muchos problemas que se discuten en Estados Unidos y no discutimos otros problemas que deberíamos discutir en la Argentina, problemas que son más propios de nuestro país.

Me parece que es natural. Si comparo el nivel de formación de los jóvenes académicos cuando yo era joven, con el nivel de formación de ahora, creo que el de la actualidad es mucho mejor. Hay mucha más gente que estudió en el exterior, mucha más gente que se dedicó seriamente a pensar.

De todos modos, la Argentina tiene como una gran discontinuidad generacional. Hay una generación de grandes juristas muy separada de otra gran generación de juristas. Ha perdido un poco su capacidad de liderazgo intelectual en el ámbito jurídico. Hace cincuenta años, Argentina era el lugar que albergaba toda la cultura jurídica latina. Ahora esto no es así, producto de muchas razones.

E: Al respecto, se puede pensar en la construcción del derecho en paralelo con el proceso de construcción de una catedral, en donde una generación construye desde donde dejó la última generación. Cuanto más sólida es nuestra construcción anterior, hay más razones para ser deferente en relación con lo hecho por las generaciones que nos precedieron. Uno advierte enseguida que su margen de acción es menor: mucho de lo que queda por hacer ya resultó delineado de antemano. En la Argentina, sin embargo, esa construcción, esa catedral, se parece más a una catedral bombardeada.

¿Cómo plantea el rol del juez ante un derecho como el nuestro, que se parece a una catedral con ciertas bases sólidas, pero a la vez muy golpeada, muy discontinua a partir de los cambios súbitos de jurisprudencia, de composición de los tribunales, de golpes de estado?

R: Yo creo que una aspiración muy importante que deben tener los jueces es entender que el rol de sentenciar es diferente al papel de un árbitro en un juego. El árbitro decide sin dar razones. Esto es muy importante. Es decisionismo puro: decide y resuelve los conflictos. Un juez tiene que decidir, sin duda, pero también debe construir y hacer inteligible el principio por el cual toma esa decisión, para que ese principio sea utilizado en otras decisiones. No basta con decidir. Es necesario dejar en claro que se decide en base a ciertos principios.

Cuando uno empieza a pensar en términos de reglas, las reglas se convierten en determinantes de cómo se debe decidir y ejercen presión sobre otras consideraciones del caso. La Argentina, como cualquier otra comunidad jurídica, necesita que todos sepamos cuáles son las reglas que aplican los jueces a los conflictos en los que todos nos podemos ver involucrados. Esto exige que la cultura jurídica y los jueces desarrollen reglas, que resuelvan de acuerdo a reglas.

Para mí ése es el gran desafío. No hay un juez a la Dworkin, hercúleo, que pueda decidir *per se* las reglas a futuro. Es un proceso colectivo. Tenés que saber que sos parte de un colectivo que va a construir reglas. ¿Cómo es más fácil construir las reglas: siendo maximalista o minimalista? Para mí esa es la pregunta más importante que tiene que resolver el juez, que no se puede hacer en el aire: depende de la cultura jurídica donde uno esté y de los momentos constitucionales en los que uno se encuentre.

E: ¿A eso se refería en la sesión del Senado cuando decía que en su función, sobre todo, no iba a actuar como un súper juez?

R: Sí. No me refería a ningún juez en particular, pero sí era una manera de expresar mi clara convicción de que el mejor servicio que un juez puede ofrecer a la Argentina es el de ayudar a consagrar ciertas reglas.

E: ¿Tiene algún juez como modelo o referencia principal, como juez?

R: Es una buena pregunta. Te diría que soy más modesto en mis aspiraciones. Creo que hay una diferencia entre un académico y un juez. La virtud más importante de un académico es la de ser original, la de ayudarnos a pensar cosas que no pensamos. Ésa no es una virtud de un juez. Un juez no puede ser original porque eso es tomar al derecho en sus propias manos y un juez no tiene la atribución política de tomar el derecho en sus propias manos. Lo que tiene que hacer un juez es una tarea de exhumación: preguntarse cómo es que uno puede reconstruir la práctica en la que tiene que desempeñarse. Ésta es una tarea muy difícil. Utilizando la conocida metáfora de la catedral: como la nuestra es una catedral de estilos diferentes, la tarea de un juez de Corte en la Argentina es un poco más complicada que la tarea de un juez de Corte en otras culturas jurídicas más consolidadas.

En Estados Unidos los jueces en general se encuentran protegidos por los precedentes. No hay que pensar todo de vuelta porque mucho ya fue resuelto. Para ponerlo claramente: yo no creo que un juez deba importar su propia teoría constitucional a su labor judicial. Creo que la responsabilidad de un juez es exhumar cuál es la mejor manera de interpretar las tradiciones de la comunidad en que le toca juzgar. Eso es muy difícil, como también es muy difícil determinar los parámetros de corrección e incorrección. No es cálculo, es ponderación. En otras culturas donde tenés más reglas es más fácil. En Argentina tenés un poco menos de reglas.

E: Tenemos una Corte que también incluye muchos estilos diferentes. Es decir, conviven en ella formas muy distintas de interpretar la ley. No tenemos un Scalia que es puramente originalista o un Thomas que es puramente textualista. ¿Tiene alguna posición tomada respecto a la interpretación de la ley?

R: Cuando estudio las teorías constitucionales que tienen los jueces y los académicos en Estados Unidos, lo hago con un ojo puesto en la teoría que proponen, y un ojo en la tradición que están tratando de reinterpretar. Si uno toma al doctrinario más maximalista que ha existido en la historia del pensamiento jurídico, que es Dworkin, y le pregunta si cree que su teoría está dando cuenta de la tradición jurídica americana, respondería que sí. Diría que está interpretando en su mejor luz la tradición jurídica americana. Si bien nosotros, los extranjeros, la vemos como una teoría del derecho universal, él diría que es una teoría del derecho americano que hace sentido dado la tradición de los Estados Unidos.

Cuando Scalia ofrecía el originalismo lo hacía por razones ideológicas que diría están basadas en la necesidad de respetar la voluntad política del constituyente originario, como una teoría de interpretación plausible en todo tiempo y lugar, pero además lo ofrecía como una teoría que los tribunales americanos deben aceptar porque reconstruía la tradición jurídica americana. Entonces, uno no sólo debe pensar cuál es la mejor teoría de interpretación, sino cuál es la mejor teoría de interpretación dada la tradición jurídica que le toca interpretar. A mi criterio, lo que vincula el derecho no son solamente los textos, sino las tradiciones de interpretación de los textos. Uno tiene que entender esas tradiciones.

Es una tarea muy difícil en jurisdicciones en las que hay muchas teorías, idas y vueltas, pero en fin. Es lo que a uno le toca. Lo que hay que hacer es que esa cacofonía se convierta en una sinfonía. En algo que uno pueda entender en el futuro. Es una tarea continua y colectiva. Nada de lo anterior se le aplica a un académico. Cuando uno es académico puede ofrecer una visión general que no necesita ser compartida por otros. Es necesario estimular a que se piense. Cuando uno es juez tiene que entender que lo que va a hacer depende de lo que quieran hacer tanto sus colegas, si es un tribunal colegiado, cuanto otros jueces que existan o existirán en el futuro.

E: ¿Qué opina de una tradición de jueces como la que, de algún modo, representan Petracchi, Bacqué y Carrió?

R: A ellos les tocaron momentos en los que pudieron descollar, diría. Yo creo que la Corte argentina, el derecho argentino, tiene muchas sentencias de las que puede enorgullecerse, muchas sentencias. Yo creo que es algo que tenemos que volver a hacer. En general, estamos apesadumbrados por nuestros errores, pero deberíamos congratularnos de nuestros grandes aciertos también. Argentina tuvo grandes aciertos. La década de los 80 tuvo grandes aciertos, en la década del 90 hubo algunos y en la del 2000 también. Hubo grandes e importantes sentencias. Sentencias que daban cuenta de una manera adecuada de interpretar la tradición jurídica.

E: ¿Cree entonces que hay fallos o jueces por los cuales podemos enorgullecernos? ¿Se siente identificado con algún juez o fallo?

R: Yo creo que hay capítulos en la historia constitucional argentina que tienen un derrotero mejor señalado. Diría que en el ámbito de la libertad personal hay trabajo bastante bien hecho. Y hay otros en los que hay mucho por hacer, que no es casualidad dadas las circunstancias que nos tocaron vivir. No toda la catedral está en igual estado de desarrollo. Hay naves de la catedral que están mejor desarrolladas y mejor paradas sobre sus propios pies. Sin dudas, la Corte de los 80 tuvo un rol muy importante.

E: Tal vez sea posible distinguir, en términos abstractos, tres modelos de Corte en nuestra historia reciente: la de los 80, más liberal y más preocupada por los derechos civiles; la de los 90 más perfeccionista y conservadora; y una última, más modesta en términos de derechos civiles y, quizás, más preocupada por la cuestión social. ¿Alguna contribución particular que crea que pueda ofrecer para una nueva Corte?

R: Yo me aproximo con empatía y tolerancia a algunos de los vaivenes de la Corte en general. Hasta que las tradiciones interpretativas se consolidan pasa tiempo. Hay algún debate que se manifiesta en decisiones diferentes en los casos, pero llega un punto en el que las tradiciones se consolidan.

Me formé con muchos profesores americanos -liberales- que creían sorprendentemente que “Plessy” no fue un error. La veían, simplemente, como la decisión emergente de una situación muy particular. Ésta cambió con “Brown”, que tampoco fue un error. Fue la decisión correcta dado cómo el derecho venía cambiando durante los años anteriores a la decisión.

¿Qué hay detrás de esa visión? Que los cambios no son todo o nada. Los cambios de tendencias interpretativas son cambios que tienen que tener la adhesión de mucha gente: de jueces, de instituciones políticas, del público en general. Es la idea del diálogo inter-generacional.

Hasta que se consolidan las tradiciones interpretativas pasa tiempo. No obstante eso, yo creo que en materia de libertad personal, por ejemplo, nuestra tradición está bastante consolidada. En otros ámbitos es más complicado, dadas las circunstancias que le tocó sortear a la Argentina, pero los casos extremos no son buenos casos para pensar teorías.

E: Dado nuestro sistema constitucional, tenemos muchos jueces a lo largo y ancho del país que están constantemente racionalizando sus decisiones. Dada esta situación, ¿qué es lo que piensa al respecto, y fundamentalmente, con qué alcance cree que los fallos de la Corte deben ser vinculantes?

R: Si fuera una pregunta a un académico diría que los fallos deben ser vinculantes, pero esa no es nuestra tradición jurídica. Uno tiene que navegar con el barco que le toca. Los jueces tienen que entender que están interpretando el derecho, que no necesariamente se modela según las convicciones sustantivas que uno puede tener. Uno tiene que intermediar esas convicciones con lo que de hecho el derecho es.

Estoy respondiendo una pregunta complicada de un modo complicado. Para ponerlo de modo más fácil: uno no tiene una conexión directa con lo jurídicamente correcto. Uno tiene que pasar por la tradición de la que es parte. Un juez no está autorizado a interpretar cierto material a la luz de sus propias convicciones y tomar decisiones respecto de lo que es jurídicamente correcto. Tiene que enhebrar la tradición a la que pertenece. Yo creo que es un mandato de cualquier tradición jurídica. En la Argentina un poquito menos difundido. Uno es sólo una parte -inclusive los jueces de la Corte son sólo una parte- de un proceso colectivo.

E: ¿Qué le dejó trabajar en la etapa de la transición democrática? ¿Y su trabajo como abogado?

R: Creo que los años en la época de la transición, durante los cuales estuve en el Consejo para la Consolidación de la Democracia, fueron los mejores que me tocó vivir. Teníamos la convicción de que estábamos mejorando el futuro. La Argentina iba a mejorar y éramos partícipes de esa mejora.

Trabajar me enseñó algo que sirve y explica algunas de mis convicciones sustantivas. Básicamente, me ayudó a ver que no se puede hacer nada solo. Cuando trabajás en el Estado te das cuenta de la magnitud de la burocracia y que para poder efectuar transformaciones

tenés que ser capaz de movilizar. Es decir, convencer a mucha gente para que actúe en un modo combinado. Que cambien en masa. Es difícil que eso suceda y es bueno que sea difícil que eso suceda.

Esa es la enseñanza más importante que te puede dejar trabajar en el Estado. La idea de que estás sirviendo el interés público, claramente, y que el mejor servicio depende de cuánto podés hacer en común y en coordinación con otros.

La práctica de la abogacía me dio algo que es también importante y es el aprecio por los argumentos finos. Darte cuenta que muchas veces los argumentos finos son importantes, y que los hechos importan muchísimo.

Es una de las cosas en las que más creo. Para decidir los casos lo que hay que ver son los hechos. La interpretación de los hechos es algo que nuestra tradición educativa no ha enfatizado. En las universidades de Estados Unidos y otros países anglosajones hay un curso que se llama “Evidence” que básicamente enseña las reglas que uno tiene que honrar para dar por probados ciertos hechos. Por ejemplo, cuándo es que ciertas constancias estadísticas se convierten en prueba.

Nosotros no estamos habituados a pensar eso como un problema. Usamos la regla de la “sana crítica”, que es una manera elíptica de decir “bueno, me convenció a mí. Está bien.”

Uno tiene que tener cierta teoría al respecto. En los Estados Unidos hay dos fórmulas.

En primer lugar, la fórmula denominada “Beyond reasonable doubt”, según la cual no basta con el 99% de certeza para condenar a alguien en sede penal. En segundo lugar, una fórmula más laxa en derecho civil. Detrás de esas fórmulas hay mucha construcción. Yo creo que esto se debe un poco a los jurados, un poco a la importancia de la profesión en Estados Unidos y un poco de la cultura pragmática anglosajona.

Era poco común que las universidades de Estados Unidos contratasen profesores que no hubiesen ejercido la profesión. Eso cambió mucho en los últimos años y es una buena experiencia. Por eso celebro mucho que nuestras universidades tengan clínicas jurídicas. Es la manera en la que los profesores y estudiantes hacen las dos cosas: piensan como académicos y actúan como abogados. Creo que el ejercicio de la profesión te da mucho aprecio por el detalle. Esto es muy importante porque los hechos mandan.

E: ¿Qué opina del desarrollo reciente que han tenido las audiencias públicas?

R: Para responder con claridad, debería saber más acerca de cuáles son las reglas que aplica la Corte para este tipo de casos. Pero en general, creo que buena parte del resultado está determinado por la plausibilidad de las reglas que rigen el proceso. No cualquier debate te garantiza llegar a buen puerto. Por ello, la cuestión es cómo regimentás el debate y, en este caso, las audiencias públicas.

Para que el resultado tenga alguna potencia epistémica tiene que haber algunas reglas que no son sólo de tiempo y lugar, sino que tienen que ser sustantivas, sobre cómo se lleva adelante la audiencia.

Creo que hay mucho para mejorar, pero creo que las audiencias públicas y los amicus curiae son muy buenos vehículos de diálogo.

A mí me ha tocado ser árbitro varias veces. La tarea de los árbitros, como la de los jueces, es mucho más fácil cuando las partes son buenas porque circunscriben mejor el problema.

E: Señala, en efecto, un punto crucial: las audiencias públicas pierden mucho valor que pueden tener, si no están reglamentadas. De alguna manera, la experiencia latinoamericana nos está diciendo eso: sin reglas, empiezan a funcionar como un espacio discrecional, en donde los jueces convocan a esas audiencias cuando quieren, y toman de ellas sólo lo que quieren tomar.

R: La fijación de reglas claras es una tarea fundamental. En los Estados Unidos, la Corte Suprema decide antes de cada período los casos que va a tratar. Uno sabe los casos que van a llegar a la Corte. Acá no se sabe. Cuando se conocen los casos con antelación existe una especie de invitación para la discusión para que, al que le interese el caso, presente un amicus o escriba un artículo en la prensa.

Según mi experiencia como árbitro, cuanto mejor discutido esté un caso, más fácil es resolver. La participación de un proceso al que le confiamos cierta potencia epistémica impide que nos alienemos del resultado. El efecto integrador que tiene el debate en la construcción de una política pública es que el que pierde es parte, siempre que las reglas sean correctas. Que las reglas sean correctas significa que impiden la alienación. Ellas refuerzan la legitimidad del resultado, y refuerzan tu integración en el proceso.

La idea americana del “día en la corte” (“a day in court”) forma parte de la misma idea: si el proceso fue ecuánime, el resultado no necesariamente te va a alienar. Cuanto más se discute un caso y ves que la decisión está en el ámbito de lo razonable, mejor para todos, incluso para quien pierde el caso. En definitiva, lo único que te puede garantizar una cultura jurídica es que tengas tu día en la corte. No te puede garantizar el éxito. La democracia es igual. No te puede garantizar que el resultado va a ser el que vos preferís, pero si te garantiza una participación ecuánime, te garantiza todo lo que te tiene que garantizar. La decisión es entonces legítima.

E: “Bush v. Gore” es quizás el mejor ejemplo. [Al] Gore reconoce que perdió y se retira de la discusión. En cambio, en México con [Andrés Manuel] López Obrador estuvieron un año y medio tratando de cambiar una decisión.

R: Es una diferencia de cultura jurídica. Los Estados Unidos tienen una herramienta de integración, que es el derecho, que otros no tienen. Gore aceptó el resultado, aunque seguramente pensaba que no debería haber perdido, pero perdió bajo las reglas de un procedimiento legítimo *per se*.

Ésta es una idea de Fiss. Uno no tiene que trascender la Constitución. Uno no puede trascender el proceso. Si el proceso fue el correcto (e independientemente de que, desde otro punto de vista, uno pueda pensar que la decisión es equivocada), desde el punto de vista de la legitimidad de la decisión no la podemos pensar como equivocada. La satisfacción de las reglas del proceso -cuando éstas son las correctas- constituye, políticamente hablando, la corrección del resultado.

E: ¿Le gustaría promover la presentación de amicus de manera de democratizar más la justicia?

R: Yo creo que los amicus son muy importantes. No sé si con eso alcanza para satisfacer el ideal de mayor participación ciudadana, pero al establecer mecanismos para que aquellos que se sienten más comprometidos con el resultado de una decisión puedan expresarse de un modo orgánico y constructivo, se permite mucho, y creo que es bueno para todos. Es bueno para las partes, es bueno para los jueces que tienen que decidir y es bueno tener la posibilidad de que te tengan que escuchar.

Me parece que eso, escuchar a las partes comprometidas, es lo máximo que puede hacer la justicia. Lo demás es la política. Son dos cosas diferentes. La justicia es la justicia y la política es la política. Son categorialmente diferentes. La justicia está pensada para resolver casos uno a uno. La política no. La justicia es adjudicativa: uno está enfrentado con el otro. Hay casos distintos, como los de acciones colectivas o los litigios estructurales, que hay que pensar, pero los extremos, los polos son claros. En la política se deciden casos generales y en la justicia casos uno a uno. En el medio hay mucho. Creo que una de las grandes cosas que hay que reflexionar desde la academia y el pensamiento institucional es qué pasa en las

situaciones en las que se está forzado a decidir cuestiones que afectan a una enorme cantidad de gente. Es difícil decidir esos casos como si se trataran de un derecho contra otro derecho, porque lo que está en juego es el contexto en el que los derechos se ejercen y se exigen.

E: ¿Cree que la Corte está tomando decisiones para esos casos que se encuentran en el medio, con la aparición de las audiencias públicas? ¿Ha sido éste un intento de romper con la visión más tradicional de adjudicación?

R: Creo que es un gran avance si reconocemos que la adjudicación de justicia tiene como polo la resolución de casos uno a uno, y la política, la resolución de casos generales. Tradicionalmente las instituciones (la judicatura y el Congreso) estaban diseñadas para que se ubiquen en cada uno de los polos. La realidad, de todos modos, nos forzó a pensar casos en los que se discuten las cuestiones contextuales de los derechos. No es claro dónde estás ni quién tiene mayor legitimidad para resolverlo, pero se tienen que resolver.

Creo que hay mucho espacio para experimentar. Hay que hacerlo con muchísima responsabilidad y con evaluación de los resultados, porque no es claro que alguna de las instituciones involucradas será siempre la exitosa. Yo lo he dicho muchas veces: los jueces no tienen equipamiento para pensar cuestiones generales. Están forzados por los hechos del caso y tienen que apreciar los hechos del caso. Los jueces, y los abogados, estamos entrenados para pensar en detalles. Ésa es una realidad.

E: En verdad, uno podría ver este tipo de desarrollos (audiencias públicas, litigio estructural, etc.) como expresando una visión distinta acerca de cómo entender la división de poderes –una visión alejada del modelo tradicional de frenos y contrapesos.

R: En eso estoy de acuerdo, pero eso te tiene que forzar a repensar nuestro diseño institucional. Es la idea de Bruce Ackerman de la burocracia como un poder. Tenés la política y la justicia, y en el medio la burocracia.

Lo interesante es que pensamos que la judicatura es una institución inminentemente remedial que sirve para resolver casos uno a uno y está diseñada de ese modo: escucha uno a uno, cada parte representa su interés y no intereses generales. Idealmente, los legisladores representan todos los intereses.

Mi único punto es que la historia modeló nuestras instituciones para lidiar con un tipo de conflictos. Lo que corresponde es repensar nuestro diseño institucional en virtud de que empezamos a descubrir otro tipo de conflictos.

No creo que utilizar este diseño para este tipo de casos sea un error, pero se tiene que pensar la estructura adecuada. No creo necesariamente en el reductivismo de los polos del continuo. Eso sería ignorar los casos y problemas que se encuentran en el medio. La cuestión es que hay que pensar que esos problemas son solucionables construyendo las estructuras necesarias para que sean solucionables. Son cosas que se van construyendo.

Es un desafío para la academia. Hay que pensar estos casos, lo que los caracteriza, singulariza, y cuáles son las maneras correctas de lidiar con ellos. Pensar las acciones de clases empieza a ser una manera de pensar estos problemas.

E: ¿Qué piensa de la relación entre género y justicia?

R: Yo creo que los órganos colectivos garantizan mejor la ecuanimidad de sus decisiones cuanto mayor es su diversidad. Cuanta mayor diversidad mejor, y creo que las perspectivas importan. La diversidad no necesariamente cambia el modo de ver el derecho, pero sí la manera de interpretar los hechos.

E: ¿Qué impacto cree que tendrá su formación analítica en sus sentencias? Después de Carrió, va a ser el otro juez de la Corte con esa formación.

R: ¿Formación o deformación? (risas). Es una pregunta sobre la que he pensado. Lo que te da en particular esta formación es que en algún sentido te permite racionalizar y expresar mejor en reglas ciertas intuiciones, y creo que eso es algo muy importante. Creo que la ponderación es complicada de transmitir, como también lo es hacer que la solución de los casos sea siempre una instancia de aplicación de ciertos principios que a veces hay que reconstruir. Hay que ponderar y, después de ponderar, ofrecer la regla que explica la solución del caso. Me parece que si esta actividad no se convierte en un ejercicio abusivo puede ser consistente con lo que una Corte de derechos debe hacer.

La solución de casos en términos de principios facilita la discusión posterior sobre la solución y los principios involucrados. Muchas veces para el público en general es difícil opinar con seriedad sobre un caso, básicamente por los hechos. Cuando construí un principio o una regla a la luz del cual el caso se resuelve, das material para la discusión que te permite mejorar las decisiones futuras.

Yo estoy convencido de que lo que explica la sofisticación de la cultura jurídica norteamericana es básicamente el control de la academia sobre la judicatura. Ese control es posible porque es fácil controlarlo: enseguida entendés lo que está en cuestión en cada caso, es fácil saber cuáles eran los hechos, qué se resolvió, cuál es el principio que se aplicó y cómo es consistente ese principio con la solución de los casos anteriores. En otras culturas jurídicas es mucho más difícil controlar y progresar.

Yo soy optimista en ese sentido. La Corte en general, creo, va a ofrecer productos que son más fáciles de controlar. Controlar en el sentido de fomentar la discusión respecto de la plausibilidad de las reglas que racionalizan el modo en que se resuelven los casos. Eso es una cultura jurídica madura.

E: ¿Por qué decidió aceptar el cargo?

R: Yo tengo una idea que creo que es importante para el país. La idea es que la Corte tiene que contribuir a garantizar la seguridad jurídica que el país necesita para generar riqueza. Creo que hay momentos y momentos en las historias constitucionales. Hay momentos más retrospectivos. Hay que resolver problemas del pasado. Hay otros momentos en los que hay que pensar las reglas que te permiten un mejor futuro. Yo creo que éste es el momento de pensar las reglas que permiten un mejor futuro.

Sucede que -como producto de circunstancias muy particulares, y en parte a raíz de que me he interesado mucho por el derecho privado- tengo algunas ideas al respecto. Esa es mi motivación central. Creo que es un momento muy particular en la historia jurídica argentina, en el que el pasado es pasado y hay que pensar en el futuro, y eso exige quizás distintas visiones o insumos.

Yo creo que puedo aportar algunos (no todos) de esos insumos. No creo en los súper- jueces. El tiempo dirá si esto que digo es mera auto-indulgencia o no.