



UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA ESCUELA DE

DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 8 (Noviembre de 2007)

Entrevista a Ricardo Lorenzetti. Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Septiembre de 2007.

Siguiendo su definición más tradicional, el Poder Judicial ha venido ocupando el lugar de “tercero” en los litigios y lo que se espera de él es que decante su decisión en favor de uno u otro grupo, y, necesariamente, en detrimento del otro. Este accionar se ajusta bien a la concepción –también tradicional- de democracia que formulara Madison, es decir, una democracia caracterizada por grupos *antagónicos*, facciosos, que actúan solamente por autointerés y a los que es preciso controlar. Sin embargo, en los últimos tiempos la Corte Suprema ha intervenido en cuestiones sumamente importantes como la del Riachuelo desde un lugar distinto, más bien como un mediador que intenta acercar a las partes a fin de que éstas encuentren la mejor solución al problema, confiando en sus propias capacidades para hacerlo. Para arribar a estas conclusiones, parecería que subyacente al razonamiento de la Corte se encuentra una concepción de la democracia distinta de la madisoniana tradicional; una democracia más robusta, orientada al diálogo. ¿Cómo describiría las características de esta concepción de la democracia que habilita a la Corte a proceder de esta manera?

Hay diversas cuestiones. La primera es que la base teórica de esta concepción originaria y tradicional del Poder Judicial es una construcción teórica en relación a conflictos individuales sobre bienes individuales, con lo cual lo que el juez siempre hace es dirimir un conflicto declarando un derecho en favor de uno y perdiendo el otro. Esta concepción sigue vigente, porque los conflictos individuales son conflictos competitivos de derechos, entonces se aplican reglas y las reglas lo que justamente hacen es dirimir un conflicto, cuando el juez las aplica y en el entendimiento que les dé. Pero cuando esos conflictos individuales tienen reflejos sociales sobre bienes colectivos, es decir, cuando están en juego otros aspectos, la primera tarea del juez es identificar que hay aspectos colectivos involucrados en un conflicto individual: por ejemplo, un conflicto planteado en referencia al Riachuelo, en el que unos vecinos que dicen que están enfermos demandan a unas empresas, es un conflicto que nosotros hemos acotado en el sentido tradicional, pero además advertimos que hay un reflejo de este conflicto que repercute sobre un bien colectivo, que es el medio ambiente. En el caso de las cárceles, en el que hay un conflicto entre un detenido y otro, o entre un detenido y el sistema penitenciario, al dar solución a



eso, nosotros además hemos planteado que hay un reflejo en la cuestión de los derechos humanos de los detenidos en las cárceles. En el caso del derecho a la información también ocurre lo mismo.

Hay tantos reflejos sociales en los conflictos colectivos porque los mecanismos tradicionales de solución de conflictos colectivos están en una crisis. Las sociedades son muy complejas, nos encontramos con intereses competitivos, y los parlamentos, que tradicionalmente resolvieron estas cuestiones, dejaron de ser homogéneos; tanto los partidos políticos como los parlamentos se agrupan, por ejemplo, de una manera para el conflicto sobre una ley de matrimonio homosexual y de otra manera distinta para un problema ambiental. No hay más homogeneidad, con lo cual el parlamento, cuya tarea tradicional era dictar una ley que resolvía un problema con una regla de derecho, lo que hace hoy es generar conceptos jurídicos indeterminados, abiertos. Ninguna ley actual, salvo que se refiera a problemas muy específicos, resuelve claramente un conflicto; generalmente utilizan cláusulas generales, o directamente transfiere el problema.

Entonces, esta solución que daban los parlamentos en el siglo de los parlamentos, como expresión de la democracia, hoy no se da directamente, la solución ya no es tan clara, y ahí vienen los problemas del juez: se trasladan las decisiones al Poder Judicial, con lo cual los poderes judiciales tienen un protagonismo social que no tenían antes. Pero, esto genera otro problema muy grave. Si los jueces son los que reciben toda la conflictividad social, que es enorme –hoy, los poderes judiciales resuelven desde problemas de la familia hasta conflictos políticos, eligen presidentes, reforman constituciones, adjudican radios de FM, resuelven problemas de monopolio, ambientales, y demás–, entonces, ¿cuál es la legitimidad de ese Poder? Es decir, ¿tienen los jueces por sí solos la posibilidad de resolver todo eso? ¿Tienen, además, la información suficiente? Yo considero que los jueces tienen que construir la legitimidad. No pueden decir “yo hago así porque me parece”, porque entonces nos vamos de un problema muy serio, que es la crisis de los parlamentos, a otro peor, que es la imposición de soluciones basadas nada más que en la formación previa del juez. Y esto es otra manera de autoritarismo.

Lo que tiene que hacer el juez, entonces, es utilizar una concepción “procedimental”; es decir, abstenerse de imponer sus propias convicciones y crear los procedimientos para que la gente pueda debatir. Esto, en concreto, y dejando de lado la teoría, implica, por ejemplo, la posibilidad de intervenir en una petición para que no se haga una consulta popular en San Luis, u otra en Mendoza, porque esa consulta popular presuntamente lesionaría la Constitución. ¿Por qué? Porque se proponía que se vote en contra de la actualización de los sueldos de los jueces. Eran soluciones en las que presuntamente las mayorías tomarían



decisiones equivocadas. Nosotros dijimos que no es nuestra función sustituir a las mayorías, sino reforzar el procedimiento para que las mayorías se expresen. Ahora, en el otro extremo, cuando las mayorías se expresan y emiten expresiones contrarias a la Constitución –porque las mayorías pueden equivocarse, y es por eso que hablamos de un Estado constitucional de Derecho– nosotros debemos poner un límite a las expresiones de la mayoría, como ocurre cuando, en varios casos, uno dice que una determinada voluntad de la mayoría es inconstitucional. Entonces, es un fino equilibrio entre mayorías y límites constitucionales.

Toda esa complejidad es bueno escenificarla; es decir, que los jueces, sobre todo los tribunales constitucionales, puedan escuchar a todas las partes, que se puedan ver distintos puntos de vista, y esto es el mecanismo de las audiencias públicas, que hemos utilizado. También hemos utilizado el procedimiento de encomendar a otros poderes del Estado a que debatan; por ejemplo, en materia jubilaria le hemos dicho al Congreso que discuta el tema de las actualizaciones. Yo creo que fortalecer los debates públicos es una tarea muy importante en una sociedad donde hay crisis de consensos y donde hay tendencias autoritarias. Creo que esto es una gran contribución.

¿Qué mecanismos específicos ha adoptado la Corte para promover el diálogo?

En cuanto a mecanismos en el procedimiento de los casos, las audiencias públicas, en las que uno cita a las partes para que discutan. Y también a terceros, porque los procesos son policéntricos, no son bilaterales. Porque, cuando hay intereses públicos en juego, hay muchas partes. Entonces, están las dos partes que tradicionalmente discuten pero citamos a otros. Se produce, por tanto, un debate donde no está claro que el litigio sea A contra B. Eso es bueno para el procedimiento. Lo otro es los *amicus curiae*, que nosotros vamos a fortalecer, porque hasta ahora son por escrito y eso no ha dado el resultado que esperábamos. Lo vamos a reformular para que sea oral, para que exista mayor participación.

¿Oralizar, en general, los procedimientos ante la Corte es un objetivo de ustedes?

Sí. Eso requiere un presupuesto previo, que es disminuir la cantidad de casos, ya que con la cantidad de casos que había ante la Corte cuando nosotros ingresamos era imposible. Pero ahora estamos atravesando esta primera etapa, que es reducir la cantidad, y yo creo que a partir de febrero del año que viene vamos a empezar ya con un sistema diferente.



Bueno, otro de los mecanismos es el diálogo de poderes, que nosotros hemos usado bastante. Esto es, encomendar a otros poderes del Estado a que se expidan sobre un tema.

¿Han tenido conflictos con los miembros de otros poderes por esto?

Yo no los llamaría conflictos, porque la idea de que hay conflictos y crisis parece, sobre todo para la población, algo anormal, y yo creo que el diálogo de poderes debe ser lo normal en una democracia, donde tiene que existir un intercambio, porque la construcción de la verdad surge del diálogo de poderes. En materia jubilatoria, por ejemplo, nosotros hemos dictado una sentencia de las que ahora se llaman atípicas –sentencias típicas son las declarativas de condena–, es decir, sentencias que son de naturaleza exhortativa, por ejemplo, sentencias destinadas a otros poderes para que hagan tal cosa; o son sentencias que van mucho más allá de la exhortación, les dicen lo que tienen que hacer. Nosotros hemos dicho “dicten una ley, en un tiempo razonable, actualizando las jubilaciones”. La dictaron. Vuelve la ley ahora porque se ha planteado su inconstitucionalidad, diciendo que en realidad no es adecuada. Esto es sano: el intercambio, que va y que viene. Ahora hemos declarado la inconstitucionalidad de los jueces subrogantes y le hemos dado un año al Congreso para que dicte una ley. Así lo usamos con mucha frecuencia.

Lo que nos llamó la atención en estas sentencias no fue sólo la específica decisión ejecutiva adoptada por la Corte sino, además, el hecho adicional de que los casos se refirieron a derechos sociales. Y generalmente se utiliza la teoría de la no intromisión del Poder Judicial en asuntos políticos para impedir el abordaje por parte del Poder Judicial de estos temas. Sin embargo, nos pareció que decisiones como Riachuelo o Verbitsky suponían una especie de conciliación, o tercera posición.

¿Cuál es el punto de equilibrio entre el activismo judicial y la discrecionalidad estatal? Los derechos fundamentales pueden ser administrados por el Estado, es decir, el Estado tiene discrecionalidad estatal para decidir cómo hace las políticas públicas. Nosotros no hacemos las políticas públicas, pero cuando vemos un derecho fundamental lesionado tenemos que defenderlo. ¿Cuál es el punto de equilibrio? Primero, hay un contenido mínimo de los derechos fundamentales; por tanto, cuando están por debajo del contenido mínimo nosotros tenemos la obligación de decir que hay un contenido mínimo y necesario, como dice la



Constitución alemana, por ejemplo. Esto lo hemos hecho bastante. Por ejemplo, en materia de derechos a las prestaciones de salud hemos dicho “mire, en este caso, este señor tiene derecho a las prestaciones de salud ¿por qué? porque está incapacitado y no le dan asistencia médica”. En otro, en el caso de una familia en situación extrema, también lo hemos hecho. Eso es el contenido mínimo de los derechos fundamentales: cubra esto, y después haga las políticas públicas que quiera. También en el campo de las jubilaciones hemos dicho “acá la Constitución dice que debe haber movilidad”. Cómo es la movilidad en concreto en un tema de discrecionalidad estatal, pero hay un límite. Yo creo que los jueces deben tener en claro esa diferencia: no hacen el presupuesto, deben respetar la discrecionalidad, pero hay que poner límites. El activismo judicial consiste en eso, en avanzar hasta que se respeten los derechos fundamentales y los marcos institucionales. Son los dos campos.

En su discurso de apertura del IV Congreso de Defensorías Públicas Oficiales del MERCOSUR, Ud. hizo referencia a la tesis “procedimentalista” a la que adhiere la Corte. ¿Cuál es la posición de la Corte frente a situaciones en las que los procedimientos (legislativos, por ejemplo) se respetan pero sólo formalmente? Pensamos en un caso resuelto por la Corte Suprema colombiana, el caso Rodrigo Escobar, donde el tribunal decidió que la falta de debate de las leyes en el Congreso puede llevar a que la misma ley sea inválida por falta de deliberación. En otras palabras, que el debate no debe serlo solamente en apariencia, sino que debe ser un intercambio en el que efectivamente las partes tienen que dialogar y enfrentar las ideas.

Acá no hemos tenido esos casos. Conozco ese en particular, pero fue muy excepcional. Acá no hemos tenido casos así.

Sin embargo, hay muchas leyes por las que podría llegar a surgir este conflicto. Es decir, casos donde el Congreso es simplemente un trámite formal; las leyes vienen elaboradas de antes, son aprobadas de madrugada y pasan por el Congreso sin una deliberación y sin una auténtica refutación de lo que tal vez digan las minorías. Lo importante parecería ser, simplemente, una cuestión un tanto formal de cuántos votos son necesarios para aprobar la ley.



¿Cree Ud. que habría en este caso una ley válida, o que, en cambio, la Corte podría revisar el procedimiento y devolver la ley al Congreso por ausencia de genuina deliberación?

Ocurre que no hemos tenido ningún caso de ese tipo.

¿Y si surgiera un caso así?

Bueno, no podría adelantar mi opinión. De todas maneras, lo que sí me parece que tiene interés teórico es que si uno se inclina por esa tesis de revisar el procedimiento, el problema consiste en definir los estándares; es decir, cuándo hay deliberación y cuándo no. Los Congresos actuales funcionan en base a comisiones, y la deliberación se da en las comisiones, no en el plenario. Entonces, si se discutió mucho, o se discutió poco, o cuál es el mínimo... Hay que trabajar esos temas, que tienen mucho interés teórico: es decir, cuándo podría uno decir que hubo deliberación para una ley. Si, por ejemplo, se citó a una minoría, o a dos minorías, o a tres minorías, si se citó a una ONG... Sucede que son conceptos jurídicos indeterminados. Además, por qué razón un juez va a saber más que los representantes políticos. Es decir, sería sustituir la voluntad popular. Es muy complicado el tema; nosotros no lo hemos tenido. Pero realmente creo que hay en juego muchas cuestiones.

No hemos entrado en el tema de decir si hubo deliberación o no hubo deliberación, no hemos tenido ningún caso y creo que es muy difícil que se plantee. Lo que sí hemos puesto es un límite a ciertas decisiones del Congreso. Por ejemplo, la causa Bussi. Es lo más avanzado que se ha hecho hasta ahora en cuanto a poner límites al Congreso. Es el caso en que el Congreso no deja entrar a un diputado electo porque es un hombre que ha sido acusado de delitos de lesa humanidad; un hombre muy conocido en la Argentina, que fue gobernador en la época de la dictadura, tiene cientos de procesos, o sea que no hay duda de que es un hombre vinculado a la represión ilegal, al terrorismo de Estado; pero no tiene condena, fue dos veces gobernador de Tucumán y fue electo diputado. El Congreso, entonces, lo rechaza, basado en que no tiene idoneidad moral. Es un tema muy complejo. De manera que ¿cuáles son los límites? Ahí estuvimos divididos. Pero uno piensa también en las consecuencias futuras: si el Congreso rechaza la incorporación de un diputado por falta de idoneidad moral, podría dar lugar a que, en el futuro, otros Congresos con otras



mayorías rechacen a las minorías. Este es un aspecto del problema: la protección de las minorías; a uno lo pueden rechazar porque es anarquista, porque fue terrorista en su juventud, o por lo que fuera. Es complejo; lo que nosotros hemos puesto son esos límites hasta ahora, y eso generó ya una tensión fuerte con el Congreso. Pero entrar en el concepto de deliberación es muchísimo más complejo todavía.

¿Cree que este tipo de sentencias que Ud. llama atípicas representan una tendencia a futuro incluso para otros tribunales, no sólo para un tribunal constitucional?

Son más propias de tribunales como la Corte Suprema. Pero es cuestión de los casos. Acá hay un problema también que es el del *enforcement* y el *compliance*. En estos procesos, que involucran bienes colectivos, si la sentencia ordena la realización de un acto, es casi una ilusión, porque son procesos complejos, dinámicos, adaptativos, en los que las sentencias suelen ser procesos. Los procesos de ejecución de sentencias son muchos actos provisorios que se van sumando y se van adaptando a las nuevas realidades. Pueden durar años. Los ejemplos son el de Brown, de la Corte de Estados Unidos; la sentencia de la Corte de la India sobre el río Ganghes; y así la nuestra del Riachuelo, en la que llevamos un año. Uno tiene que ir adaptando, orientando, guiando. Son situaciones de experimentalismo; se va avanzando en un proceso adaptativo. No es la sentencia tradicional, o sea, un acto que genera cosa juzgada con una declaración que es un mandato, una prohibición o una permisión. Eso no existe ya, porque se trata de procesos muy complejos.

En cuanto al contenido mínimo y necesario al que hizo referencia, ¿a quién corresponde fijarlo? ¿Corresponde a los órganos políticos o a la propia Corte establecer ese piso?

Corresponde a los tres poderes del Estado. El problema es si uno no lo cumple. Si no lo cumple uno, los jueces son los garantes de los derechos individuales. Nosotros no andamos diciendo a todos los ciudadanos del país cuáles son los contenidos mínimos, pero si los derechos de los ciudadanos son violados, la Corte debe intervenir y decirlo. En cambio, los poderes políticos tienen la facultad de dictar políticas públicas generales y el legislador leyes generales, con lo cual tienen otras posibilidades. Pero ahí también se da el diálogo de poderes. Por ejemplo, cuando uno analiza la jurisprudencia de diez años en materia de



prestaciones de salud, ve que los tribunales fueron condenando al Estado y que el Estado fue corrigiendo su conducta, y si uno sigue los índices de litigiosidad, advierte que primero fueron aumentando las sentencias y que después el Estado reaccionó y éstas fueron bajando. Es un proceso interesante.

¿Cree que este modo de resolver conflictos donde se alienta el diálogo puede llevar a que, en un primer momento, la Corte tenga una mayor cantidad de casos y trabajo pero que, en un futuro, esto lleve a una menor litigiosidad porque los procedimientos comiencen a funcionar solos?

Sí, ese es el objetivo. Y, además, escenificar los conflictos tiene un efecto educativo muy amplio, porque cuando la gente ve que los conflictos no consisten siempre en posiciones antagónicas, sino que son más complejos, que hay medir, ponderar, buscar puntos de equilibrio o niveles de optimalidad, se advierte que no es tan sencillo resolver los problemas. Me parece que eso tiene también un efecto educativo sobre las conductas sociales.

En ese sentido, cree Ud. que la Corte puede desempeñar un rol activo y relevante para estimular y contribuir al debate de cuestiones públicas.

Sí, sí. Por supuesto, limitadamente; no puede ser el centro. Las sociedades por sí mismas debaten. Se pueden, incluso, iluminar algunos temas de debate que están instalados en la sociedad por las peticiones que se reciben. Una especie de termómetro.

Si no se llega a buen puerto con el fomento del debate, ¿se volvería entonces a la solución puntual del caso?

Bueno, en algún momento las decisiones tienen que tomarse, y normalmente las tomamos. No es un debate continuo. El debate permite tomar en cuenta varios puntos de vista, y generalmente se llega a acuerdos. Pero la Corte tiene que resolver.



**Para ir concluyendo, ¿cuál es su lectura del estado de la deliberación en la Argentina?
¿Es saludable el debate que existe actualmente sobre cuestiones públicas o habría que estimularlo aún más?**

Me parece que tenemos muchísimo para trabajar. Yo he escrito mucho sobre eso, en el sentido de que la historia de nuestro país muestra que no debatimos absolutamente nada. Cuando hay un conflicto, la gente se aleja hacia posiciones cada vez más rígidas, en lugar de debatir y acercarse. Se endurecen las posiciones. Esto tiene que ver con una historia de autoritarismos, en el sentido de posiciones descendientes del Derecho: desciende la verdad de alguien; desde el rey, desde el virrey, desde el presidente. Desciende y se impone. Y por eso tenemos oposiciones que son sucesivas; durante diez años tenemos una tendencia y durante diez años vamos para el otro lado. No son simultáneas, es decir, no hay acuerdos deliberativos, debates, donde las políticas públicas sean el resultado de ese debate. Esto pasa en todos los campos, incluso en el ámbito jurídico: cuando ustedes van a un congreso de derecho, están siempre los que opinan igual; los que opinan diferente hacen otro congreso, no van al mismo. Esto es notorio. Cuesta debatir, por lo que nosotros hemos empezado, en el propio Poder Judicial, con políticas de Estado basadas en el consenso. Citamos a los jueces, vemos en qué estamos de acuerdo, en dos temas, un tema, y decidimos que eso se instrumenta. La semana pasada se hizo la segunda conferencia de jueces, y fue la primera vez en que se aprobaron políticas de Estado para el Poder Judicial, de modo unánime. Eso es un lindo proceso deliberativo, porque fíjense que se hizo en todo el país. Yo recorrí el país por regiones, y en cada región juntamos a los jueces nacionales, provinciales y federales, que debatían.

Un proceso de deliberación hacia adentro propio del Poder Judicial.

Sí, claro. Se vieron cuáles son los problemas y después se hizo un documento previo, que redacté yo en base a todo lo que había recogido, una base de trabajo, y eso se discutió en Salta la semana pasada y se aprobó. Entonces, ahora tenemos políticas del Estado del Poder Judicial; y todos vamos para el mismo lado, esté quien esté como Presidente de la Corte o de las cortes provinciales, porque todas ellas también lo aprobaron.

Esto es, me parece, importante. Pero creo que hace falta mucho para que aprendamos a discutir y, sobre todo, a llegar a un acuerdo.



UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA ESCUELA DE

DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 8 (Noviembre de 2007)

¿Hay algún modelo de referencia en el mundo? Es decir, algo que se esté haciendo bien, en este sentido, en otros países.

En general, vamos para atrás en este tema. Es que también hay un cambio institucional. Sobre el estatuto del poder acá se trabajó en el siglo XIX, y nunca más. Hay que volver a trabajar sobre el estatuto del poder. ¿Cómo es la democracia? Ya no es esta representación electoral cada cuatro años. Es una democracia intensiva, continua, intermedia.

Algo así como que la democracia no implica solamente elecciones.

Exacto. Por eso hay una crisis de la representación política. En realidad, hoy se vota todos los días. Si usted pone una fábrica que produce deterioro ambiental, eso se vota. Y si hay una acción judicial, ya hay un debate en todo el pueblo. Si ustedes quieren tirar abajo un edificio histórico para construir un edificio de torres, se vota. Por qué: porque hay una petición judicial, se involucran los medios, y demás. Lo mismo ocurre en tantos otros temas. La democracia, hoy, es continua, intensiva e intermedia. Hay que rescribir este estatuto del poder. Hay un parlamentarismo fuera del parlamento. Pero, no hay que excederse y modificar todo, porque hay principios básicos que se deben mantener.



UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA ESCUELA DE

DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 8 (Noviembre de 2007)