

Sociologia, Porto Alegre, ano 2, nº 2, jan./jun. 2000, p.94-127

## La justicia en democracia

R.M. ENRIQUE SOIN

Professor do Programa  
de Pós-graduação em  
Sociologia da LFRCS

### 1. Justicia versus democracia



A menudo se contraponen la justicia a la democracia de una manera que podríamos llamar "agonal" (con todo lo teatral y dramático que sugiere este término), en una suerte de exclusión recíproca y estéril. Para muchos, sobre todo en nuestros países, la democracia sólo es compatible con una magistratura servil, o - cuando menos - reducida al papel de un servicio técnico más, que el Estado debe asegurar (de la misma manera que la educación, la salud pública o la defensa). Los legisladores, presidentes y ministros claman ante lo que llaman "el gobierno de los jueces" cada vez que éstos pretenden juzgar la legalidad y razonabilidad de las leyes que han creado unos o de los actos de gobierno que ejecutaron los otros. Al mismo tiempo ciertos jueces no hesitan en revidarles reclamando más independencia y negándose a admitir cualquier tipo de control externo. Entre la sacralización del acto jurisdiccional y su reducción a gesto obsecuente en beneficio del gobernante de turno, ningún término medio parece concebible. La cultura iberoamericana gusta de este tipo de oposiciones radicales que, en definitiva, no prestan ningún servicio ni a la democracia ni a la justicia. De ahí esa especie de círculo vicioso del que no podemos escapar: el poder político hace de cuenta que el control jurisdiccional no

existe o, por lo menos, trata de recortar cuanto puede la esfera de poder de los magistrados, y los jueces le "devuelven atenciones", manifestándose por estallidos intempestivos (de los que la prensa nos proporciona ejemplos cotidianos) en una especie de relación adolescente con el Estado.

En nombre de una concepción clásica de la democracia, ¿habrá que admitir las quejas del presidente del Senado brasileño, Antônio Carlos Magalhães, que se alza contra el control institucional ejercido por "esos jueces a quien nadie ha elegido"? Al frustrar las demandas de las que el juez pretende ser intérprete, ¿no estaremos corriendo el doble riesgo de cerrar los ojos sobre su papel político e impulsarlo a derivas más terribles? ¿Cómo dar cuenta de estas nuevas demandas y proteger simultáneamente a la democracia del arbitrio de la judicatura? ¿Cuál es la "buena distancia" que debe mediar entre la justicia y el poder político? Nuestras sociedades (que padecieron la inseguridad máxima proporcionada por dictaduras que habían hecho de la "seguridad nacional" su doctrina y que vieron algunos de sus mejores hijos masacrados en la epopeya de la construcción del "hombre nuevo"), desconfían de todo cuanto huele a "ideología", tienden a equiparar los extremismos (cualquiera sea su color), y merecen, consecuentemente, un abordaje más sutil que el que les ofrecen tanto los partidarios del "juez boca de la ley" cuanto ciertos "justicieros togados". El verdadero desafío consiste en advertir que justicia y democracia se complementan, concibiendo los medios de dinamizar la democracia a través de la justicia y no *contra* la justicia.

Dejando de lado las representaciones naíves o interesadas, hay que tomar en cuenta el peso y significado político del acto de juzgar, sin exagerar pero tampoco desconocer su trascendencia. La particularidad de los jueces no radica en estar fuera del sistema "sino en hallarse vinculados a él de una manera diferente" a la de los otros actores políticos (Peltason, 1968,

p. 287). No tiene sentido, entonces, oponer justicia y democracia: gobierno y jurisdicción son dos formas de intervención en el espacio público, la primera como poder y la segunda como autoridad.

## 2. Los fundamentos de la *autoridad*

Esas aporías de la democracia jurídica revelan, en efecto, una demanda extremadamente ambivalente: la de un sujeto que exige a la vez más protección y más libertad; la de unos medios de comunicación masiva (audiovisual, en particular) que demuestran un interés creciente por los asuntos de la justicia (para apropiarse mejor de ellos); la de una sociedad secularizada que no acaba de asumir la supresión de sus ritos; la de una democracia, en fin, cuya demanda masiva de letrados podría ser, a la larga, autodestructiva. La justicia se ha convertido en la nueva destinataria de las demandas de orientación de una sociedad que parece haber perdido otras referencias.

### 2.1 Las demandas contradictorias dirigidas a la justicia

Criticando toda autoridad tradicional (sea ésta del marido, del patrón o el gobernante), y denunciando toda obligación externa en nombre de los derechos elementales del individuo, la actual fruición con el derecho alimenta la ilusión de una sociedad despolitizada que conduciría a los hombres hacia un nuevo "estado de naturaleza". Por vía de este *rousseauismo* invertido, la historia nos conduciría a un feliz estado en que la armonía de los intereses se lograría espontáneamente como fruto de la acción del merca-

do, la concordia de los espíritus llegaría a través de los *media* y la paz se alcanzaría gracias a la observancia de los derechos humanos. ¿Hay algo más "natural", en efecto, que estos derechos? Fuera de las leyes del mercado, ¿hay otra cosa que parezca imponerse por su propia virtualidad? ¿Acaso el capitalismo, después de la caída del muro de Berlín, no reina sin aparentes cuestionamientos? Las sociedades democráticas (que tradicionalmente eran descritas como eminentemente políticas) son, paradójicamente, aquellas en las que las opciones más se restringen y "naturalizan": lo económico es confiado al mercado, las prohibiciones son justificadas por la higiene, el sujeto explicado por la psicología y el consenso social procurado en la comunicación mediática. Esta "naturalización" de la democracia desmoviliza los sujetos democráticos en el mismo momento en que deben asumirse como tales, privados del auxilio de la tradición y del Estado.

La justicia parece ser convocada al mismo tiempo como un medio de cumplir la promesa democrática y como una forma de retardar la que se nos presenta como su concreción "real", como si presintiésemos que la "democracia de mercado" (que de ella estamos hablando) pudiera traer consigo el germen de la disolución de la "democracia a secas"; que su costo social podría resultar exorbitante, que la ficción de la igualdad absoluta de agentes que maximizan resultados tiene algo de insoportable, y que la libertad radical del *homo oeconomicus* parece algo inhumano. La desaparición de la autoridad, fruto de la abdicación simultánea del Estado, de la tradición y las costumbres, nos arrastra en su vertiginoso vacío.

El nuevo papel de la justicia es la expresión tanto de la emergencia de un nuevo poder como el símbolo del vacío de poder, tanto un desplazamiento de su institución simbólica cuanto la angustia de su posible desaparición. "Cuando no existe autoridad alguna en religión ni en política,

pronto se asustan los hombres ante tal independencia ilimitada", decía Tocqueville (1835-40, v.II, p. 241). No es casual que esta nueva demanda tome cuerpo en sociedades como las nuestras: desorientadas, huérfanas de los grandes discursos y sistemas que pretendieron dar un sentido a su historia. Cuando las ideologías han decepcionado, el combate político se vuelve contencioso procesal. No se trata ya de un confiante recurso al juez sino de una victoria *par forfait*, de una promoción *by default* que se explica por la abdicación del Estado, por la angustia que provoca la desaparición de un mundo conocido o por la declinación de la familia como institución estructurante.

La justicia se convierte en el instrumento de una emancipación y en el postrer recurso contra la implosión de la democracia. La jurisdicción deviene el último instituyente posible de una sociedad en vías de desintegración, la política practicada por las sociedades decepcionadas por sus instituciones tradicionales, el único centro posible de una sociedad policéntrica, la última instancia moral cuando la religión ha desertado el horizonte democrático, el escenario final de una sociedad sin proyectos.

Pero la situación de la justicia es paradójica: reacciona a una amenaza de desintegración que ella misma contribuye a promover. En nombre de los derechos humanos, la justicia socava los particularismos culturales o religiosos. No cesa de quitar a la tradición sus prerrogativas jerárquicas. Es a la vez el agente y la víctima de ese movimiento generalizado de desmaterialización de los símbolos que probablemente no es ajeno a la revolución de la imagen. La justicia corre el riesgo de ser arrastrada por la misma ola que la ha propulsado al proscenio: se ha convertido en un contra-poder que puede sofocar al poder, desarrolla una responsabilidad que llega a enervar las iniciativas, una represión que debería criminalizar la injusticia social, una autoridad con



facultades para imponerse a toda otra autoridad. Los medios de comunicación masiva son el mejor ejemplo: al mismo tiempo que redoblan el poder de los jueces, se apropian del derecho de hacer justicia.

## 2.2 Vacío de poder: demanda de autoridad

Hoy, la autoridad se nos presenta como una carencia, a diferencia de lo que nos ocurre con la justicia, siempre precedida por la indignación frente a la injusticia. ¿Porqué recién ahora nos hemos apercebido de esta carencia? Hace tiempo que se sabe que la democracia no es solo una manera de organizar las instituciones sino también una exigencia moral. Ahora bien, el contenido de esta exigencia no puede ser determinado en abstracto sino por la insatisfacción ante una situación dada y, a la vez, por la representación de la imagen de un orden político y social que se vislumbra como mejor. Pero la democratización de las instituciones y de la sociedad no han seguido el mismo ritmo. La demanda dirigida a la justicia quizás consista menos, entonces, en emanciparnos de una sociedad tradicional que en ayudarnos a "vivir juntos" (Touraine, 1997) sin tradición. De ahí que, cuando las fuerzas centrífugas de la democracia parecen imponerse a las fuerzas centrípetas, cuando aquellas que desligan son más fuertes que las que retienen a la colectividad, se requiera el auxilio de la justicia para mantener la cohesión y asegurar la vigencia del pacto fundante.

La autoridad parece estar destinada a crecer a medida que el Estado se desdibuja, que la autodeterminación aumenta y que las divisiones sociales se acrecientan. "La emancipación de los individuos de la obligación primordial que los comprometería con una comunidad que supuestamente los ha precedido (...) lejos de traer aparejada una reducción del papel de la

autoridad, como lo sugeriría el sentido común, ha contribuido constantemente a aumentarlo" (Gauchet, 1980, p. 17). La autoridad en la sociedad democrática no es el vestigio de una era predemocrática, el indicio de lo que habríamos sido o la disimulación del verdadero poder, sino "un complemento convertido en carencia para nosotros - en síntesis un intermediario a la vez indispensable e imposible" (Ricoeur, 1993, p. 36).

¿Cómo abordar esta función de autoridad que tiene tan "mala prensa"? ¿Cómo percibir las formas inéditas que ella adquiere en las democracias? ¿Cómo seguir defendiendo los valores de la democracia, dando respuesta a esta demanda no democrática de la democracia? ¿Cómo satisfacer al mismo tiempo la aspiración de libertad y la necesidad de una autoridad?

La justicia, es verdad, no detenta el monopolio de esta demanda de autoridad: ella repercute en todas las instituciones, empezando por la escuela y siguiendo por la salud pública (sobre todo por la psicología clínica) que se convierte en demanda de tutela moral. Pero la justicia tiene ciertas particularidades porque sobre ella descansa el mantenimiento de otras categorías. Por ejemplo, la cuestión de saber hasta que punto la libertad de prensa cede ante el derecho a la intimidad, o la colisión entre el deber de armarse en defensa de la patria y las convicciones pacifistas (religiosas o no) - asuntos de indudables repercusiones políticas - tuvieron que ser finalmente resueltas por la justicia, en la Argentina de la transición a la democracia (1983-1989), antes de que Carlos Saúl Menem desmantelase el Poder Judicial y lo colocase a su servicio. Se exige, así, que el juez aporte una respuesta, a la vez operacional y jurídicamente sustentada, a un problema de sociedad que la desaparición de referencias compartidas impide zanjar fácilmente sobre el terreno.

Menos que cualquier otro régimen, la democracia no puede prescindir

dir de la autoridad. La democracia no consiste, al decir de Montesquieu (1748, p. 245) "en obrar de tal manera que todo el mundo gobierne o que nadie obedezca, sino en obedecer y gobernar a sus iguales. [El verdadero espíritu de igualdad] no persigue el fin de los señoríos, sino tener a sus iguales por señores". Si no hay democracia sin abolición de una legitimidad trascendente, tampoco hay democracia sin recreación permanente de una instancia simbólica que cumpla una función equivalente para el sujeto y para el vínculo social y político (Lechner, 1988).

### 2.3 La obediencia en democracia

El estudio de la autoridad nos introduce a la dificultad central de la obediencia en democracia. Los filósofos han hablado más a menudo de la libertad que de la obediencia y, sin embargo, es más difícil pensar la segunda que la primera. La obediencia no se reduce a la fuerza. Más que un consejo y menos que una orden - dice Hannah Arendt (1954), la autoridad es un parecer que no podemos ignorar sin consecuencias (más bien desvaliosas).

*La autoridad excluye el uso de medios exteriores de coerción; allí donde se emplea la fuerza, la autoridad propiamente dicha fracasa. La autoridad, por otra parte, es incompatible con la persuasión, que presupone la igualdad y obra mediante un proceso argumentativo. Allí donde se recurre a argumentos se deja de lado la autoridad. Frente al orden igualitario de la*



*persuasión tenemos el orden autoritativo, que es siempre jerárquico. Si verdaderamente debiéramos definir la autoridad, tendríamos que oponerla tanto a la coerción por la fuerza como a la persuasión por argumentos. La relación autoritativa entre el que manda y el que obedece no se basa ni en una razón compartida, ni en el poder de quien manda; lo que ambos tienen en común es la jerarquía misma (...) La autoridad implica una obediencia en la que los hombres mantienen su libertad (Arendt, 1954, p. 139-140).*

La misma Hannah Arendt decía que la autoridad, etimológicamente, es lo que "aumenta" el poder. El castellano ha conservado este matiz. El verbo "autorizar", además de su acepción corriente de permitir, quiere decir, en primer lugar, "dar facultad para hacer alguna cosa". Nuestra lengua hace la distinción entre el adjetivo "autoritario" (que incluye el matiz peyorativo del abuso de autoridad) y "autoritativo" que designa lo que es conforme a la autoridad, lo que es legítimo.

*La autoridad es quien pone en escena al poder, al vínculo social y al sujeto, es lo que los articula en un espacio común. La autoridad común marca la diferencia entre el vínculo social y la simple yuxtaposición de individuos. Es la parte común indispensable a toda diferencia, el mínimo de sentido compartido necesario para poder expresar puntos de vista opuestos. La autoridad encarna al mismo tiempo el principio y los principios del poder, confiere una identidad a cada uno y distribuye los estatus. Se trata de una referencia excluida del contrato democrático, una suerte de marco que*

permite el debate, prohibición que constituye el sujeto. En la sociedad democrática, la autoridad de la discusión (la autoridad sometida siempre a discusión) substituye a la autoridad indiscutible de la tradición. De una legitimidad considerada como dada, la autoridad se convierte en debate permanente sobre la legitimidad, el propio marco que pone en escena la deliberación infinita. La autoridad se sitúa al margen del debate democrático, como articuladora de ese debate. Por eso su naturaleza ha sido definida como *pre-política* (Carapon, 1996, p. 177), o sea: es anterior al intercambio político y a la relación de fuerza. No puede haber debate alguno, por ejemplo, si no se establece alguna autoridad que pueda poner un término a la argumentación que, sin él, se volvería inagotable. Es el *lugar* del poder en relación a su ejercicio. Quien confunde política con ejercicio del poder no se apercibe que éste precisa de una *puesta en escena*, una referencia.

### 3. La legitimación del poder

La distinción entre poder y autoridad es anterior a la teoría moderna de la separación de poderes: comienza a dibujarse en plena Edad Media.

*A partir del siglo XIII, tanto en Inglaterra como en el Continente, el rey es parte litigante en causas decididas por jueces que estatuyen en su nombre. El rey puede, así, ser juzgado y condenado, sus demandas pueden ser desestimadas y sus actos anulados. El cuerpo judicial se halla habilitado para censurar, hasta un cierto punto,*

*al cuerpo político. El emperador de Roma no arguyó jamás ante sus prefectos, ni el califa ante sus cadíes. Y si en la Europa medieval eso pareció tan natural, si esta innovación sorprendente no fue materia de controversia alguna, se debió a que el poder los jueces provenía de una doble delegación: del rey como autoridad suprema, pero también de Dios ante quien los magistrados resolvían en conciencia (Jacob, 1994, p. 9).*

Si en el modelo político clásico, las dos funciones - poder y autoridad - se confundían en el Estado, he aquí que ellas se desolidarizan. Esta disociación de la función de juzgar y del poder de gobierno es propia de las sociedades democráticas. Se exige a la justicia que autorice la vida democrática, que la *dote de autoridad*. La justicia debe proveer un plus de potencia al poder. Se supone que el juez puede legitimar la acción política, estructurar el sujeto, organizar el vínculo social, establecer las construcciones simbólicas y certificar lo que es cierto.

Para la concepción clásica de la separación de poderes, los órganos deben ser especializados e independientes los unos de los otros, de forma tal que al equilibrarse garanticen las libertades. El Poder Judicial sufre de una contradicción que es el punto débil de las democracias: se le confían idealmente dos funciones antinómicas - interpretar las decisiones tomadas por los otros poderes y controlar a esos mismos poderes - pero no puede ejercer más que una. No puede interpretar la ley sin apreciar al mismo tiempo su contenido y controlar su constitucionalidad. La independencia absoluta de los poderes no existe o, donde exista, debe conducir a la parálisis.

Si el juez se limitase a la interpretación de la ley no podría desempeñar el papel de contra-poder y, recíprocamente, para impedir los abusos de los otros poderes debe gozar de cierta autonomía política.

En realidad, el poder no se divide en tres ramas a quienes se atribuiría funciones específicas. Los poderes sólo pueden equilibrarse cuando comparten los mismos dominios. En efecto, junto al principio de la separación e independencia de poderes opera el sistema de frenos y contrapesos, de manera que conviene hacer algunas precisiones sobre el sentido de esa independencia de los poderes del Estado<sup>1</sup>. En primer lugar, que los poderes - Ejecutivo Legislativo y Judicial - sean independientes, no quiere decir que estén desvinculados. Por el contrario, como se trata de entidades homogéneas o equivalentes por naturaleza (poderes independientes del Estado), lo que los constituye como parte de un todo y da sentido a su independencia recíproca es que deben operar vinculados entre sí. Cada individuo es independiente del otro, pero todos constituyen una sociedad porque se relacionan entre sí en el seno de un conjunto jerárquico de sistemas de acción. Cada Estado es independiente de los otros, pero su independencia tiene sentido para enmarcar su relación con los demás. Si todas las naciones constituyeran un solo Estado, sería poco interesante predicar de él que es independiente. Cada uno de los poderes del Estado es independiente del otro, pero el Estado consiste - entre otras cosas - en las fuertes relaciones que mantienen entre sí estos poderes. Y si la independencia está dada por una división de funciones, la interrelación está dada también por una confluencia de funciones.

La función de legislar, es decir de dictar normas - en principio generales - caracteriza al Poder Legislativo. La función de administrar, es decir de ordenar y distribuir recursos y roles en el marco de esas normas, es tarea

<sup>1</sup>En el desarrollo que efectuamos a continuación hemos seguido de cerca a Entelman (1988).

del Poder Ejecutivo. La función de interpretar, tanto las normas que se dicten legislando, como el uso que de ellas se hace administrando, es la función de los jueces. Las tres funciones son claramente distinguibles entre sí y esta posibilidad de distinción permite diferenciar los papeles dominantes de los poderes del Estado. Pero esas funciones no sólo no son independientes, sino que no parece posible pensar que cualquiera de los poderes del Estado tenga a su cargo una de esas funciones en forma exclusiva y excluyente.

La división de poderes se refiere a la organización de controles recíprocos. Esta organización permite mantener un determinado equilibrio en la disposición y ejercicio del poder que una sociedad concentra en los órganos que crea para la acción del Estado: no consiste en una distribución natural de funciones que no son independientes. Y esto por dos razones: por un lado, porque la mayor parte de las veces que un poder del Estado crea una norma - sea ley *stricto sensu* o de otro tipo - aplica alguna otra, por lo menos aquella que le otorga competencia. Y aunque las funciones de aplicar y de crear normas sean obviamente diferenciables, ese no es un criterio para distinguir un poder del otro. Ello así, porque si bien en la estructura de organización de poderes separados, con arreglo a la forma republicana de organización, todos los poderes tienen una función predominante, también tienen áreas en las que son competentes para ejercer - al menos en parte - funciones que son las predominantes de otro de los poderes.

Pueden verse claramente ejemplos de lo antedicho: el Poder Legislativo tiene la función predominante de crear normas generales; tiene también, sin embargo, facultades jurisdiccionales en muchos aspectos como, por ejemplo, cuando es juez de otros órganos del Estado o cuando constituye comisiones que, al investigar hechos, desarrollan una parte de la función



predominante del Poder Judicial. Tiene también funciones administrativas o de ejecución de su propio gobierno y en el marco de sus relaciones con otros poderes. El Poder Ejecutivo tiene la función predominante de administrar mediante la aplicación de normas creadas por otro poder, pero tiene facultades correspondientes a la creación de normas, como la promulgación y veto de las leyes o la de crear, por sí solo, normas completas, como las reglamentaciones de las leyes, los decretos de necesidad y urgencia u otros. Cuando el Poder Ejecutivo hace tal cosa *legista*, y éstas son facultades *propias*. Tiene también facultades jurisdiccionales que se expresan a través de diversos tipos de tribunales administrativos. Por último, el Poder Judicial tiene a su vez, además de la función predominante de interpretar las normas dictadas por otros poderes - Constitución, leyes u otras, funciones propias de carácter administrativo en el gobierno de los diversos órganos que lo componen o de sus relaciones con otros poderes. Y tiene también competencias *legislativas propias*, como el dictado de sus reglamentos o la *derogación de normas dictadas por otros poderes*. La facultad del Poder Judicial de declarar inconstitucional una norma significa la competencia para derogarla, al menos en relación a casos particulares, aunque no habría inconvenientes para que esta derogación fuera completa<sup>2</sup>. El crear una ley - u otro tipo de normas - es típicamente una facultad legislativa. El derogar una ley - u otro tipo de normas - es, en forma igualmente típica, una competencia legislativa, porque solo una norma puede derogar otra de grado equivalente. Por ende, cuando una Corte declara inconstitucional una ley o parte de ella u otro tipo de normas, está ejerciendo al menos una porción de la función legislativa que le es propia.

2 Como ocurre en Francia, Italia o Alemania. Cabe acotar, no obstante, que en estos países el control de constitucionalidad corre por cuenta de un tribunal constitucional especial y no de una corte de justicia, así sea ésta - como en la Argentina, Brasil o los Estados Unidos de América - la cúspide del Poder Judicial.

Si la descripción del tipo de funciones de los órganos del Estado que acabamos de realizar es correcta, no puede decirse, entonces, que la división de poderes sea una división de funciones, sino una *división del poder* tendiente a garantizar mecanismos de control. Pero, como hemos visto, la sola existencia de tales mecanismos de control requiere otorgar a cada poder del Estado funciones que son las predominantes del otro. Eso, si se pretende que pueda actuar controlando lo que el otro hace, es decir deshaciendo lo que el otro ha hecho más allá de los límites de competencia que le han sido delegados o que le acuerda una determinada coyuntura política. Todos los poderes - incluido el Judicial - ejercen entonces una función política, pero de una forma particular. Los jueces - dice Shapiro (1994, p. 111) - *no son mejores que los otros gobernantes, pero son diferentes.*

Hace generaciones que los juristas discuten si la justicia es una autoridad o un poder. Entre estos dos términos no sólo hay una variación de intensidad sino también de naturaleza, sumamente importante para comprender la evolución actual de la justicia. Los romanos decían: "*potestas in populo, auctoritas in senatu*": el pueblo tiene el poder, pero la autoridad es del Senado. En una democracia, la *auctoritas* es más prestigiosa y menos fácil de subyugar que la *potestas*, que no es más que ejercicio del poder. La autoridad aporta al poder la moral, en tanto que el poder presta la fuerza a la autoridad. Alexander Hamilton (1787, n° 78) recuerda que *la justicia, por la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso de los tres poderes (...) no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa; no puede dirigir la fuerza o la riqueza de una sociedad y no puede tomar ninguna iniciativa.* La autoridad (que no puede tener ni la espada ni la bolsa) tiene por único registro la palabra. La autoridad asegura el vínculo con los

orígenes, mientras que el poder garantiza la proyección al futuro. En términos teatrales, la autoridad pone en escena, en tanto que el poder representa. La autoridad es fundación y, el poder, innovación.

*El Congreso y el Presidente tienen la responsabilidad de hacer aplicar la Constitución, pero es la Corte Suprema quien parece centrarse sobre los valores constitucionales a largo plazo mejor que los otros dos poderes, que están siempre presionados para encontrar soluciones inmediatas para problemas inmediatos, dice Shapiro (1994, p. 110) refiriéndose a la realidad norteamericana aunque, en el punto, podríamos hacer extensivas sus palabras a otros países de nuestra región. La justicia, como lo demuestra la evolución del control jurisdiccional de constitucionalidad y la de los tribunales electorales, se ha visto atribuir la preservación del principio y de los principios del poder. Del principio, comportándose como garante de la limpieza de las elecciones; de los principios, verificando la conformidad de las leyes y de los actos de gobierno con las normas fundamentales.*

Para el poder, la referencia al interés colectivo es directa, para la autoridad ella es procesal. Si el poder invoca una voluntad propia, el juez imparcial debe hacer abstracción de su propia voluntad. Es quizás por esta razón que el poder tiene por vocación un sólo titular, no registrando la historia casi ningún ejemplo de gobiernos colegiados bien sucedidos, a diferencia de lo que ocurre con la autoridad, a quien parece convenir el formato colegiado. La autoridad debe "manifestarse de acuerdo a las formas de la declaración (de un enunciado verdadero) y no bajo aquellas de la decisión, pura manifestación de voluntad" (Rials, 1991, p. 179). La autoridad y el poder van a exigir titulares distintos y regímenes institucionales diferentes. El poder está vinculado directamente al soberano, mientras que el vínculo de éste con la autoridad es mucho más indirecto. El ejercicio de la autoridad

hace referencia siempre a una norma, a un valor, a determinados principios generales, en tanto que la iniciativa del poder invoca a menudo la nuda voluntad del *princeps*.

Aunque pueda parecer tautológico, el poder es quien puede y la autoridad quien autoriza. Uno toma la iniciativa y realiza la acción, mientras que la otra censura o convalida. El poder es libertad de emprender, en tanto que la autoridad es coerción procesal, el uno (como lo dice su nombre) es poder, la otra es contra-poder. El primero es activo y positivo, la otra es pasiva y negativa. Es en esos términos que ha podido hablarse de la Corte Suprema, cuando ejerce el control jurisdiccional de constitucionalidad, como "legislador negativo". La intervención del poder es programática, al paso que la de la autoridad es automática: una jurisdicción debe pronunciarse sobre las cuestiones *sub iudice*, en tanto que los parlamentos fijan su orden del día. En materia de bioética (se trate de fecundación *in vitro*, vientres de alquiler, trasplantes de órganos y tejidos, manipulación genética o clonaje) los legisladores, en todas las latitudes, han sido extremadamente parcos, cuando no ausentes, mientras que los jueces se encontraron en la necesidad de resolver los casos concretos que envolvían dichas prácticas a partir del momento en que las mismas adquirieron estado procesal. La autoridad es esencialmente una institución pasiva que debe ser accionada, pero que una vez que lo ha sido no puede sustraerse a su cometido. Los jueces - estima Lord Diplock (apud BELL, 1983, p. 5) - *deben decidir, de una u otra manera, en todos los asuntos que llegan a su conocimiento. Si se reconocen competentes, hacen política, si se declaran incompetentes, también la hacen. Lo único que se puede esperar de ellos es que sean imparciales.*

El poder asume la división, en cuanto que la autoridad protege el consenso. El consenso se convierte, en efecto, en bien raro y escaso en las

democracias mayoritarias, donde poder político y encarnación del Estado coinciden en las mismas personas. Cuanto más sofocada por las estrategias coyunturales y la comunicación se encuentre la política, mayor será la búsqueda de un árbitro desinteresado. La justicia encarna eso que Durkheim llamaba "los estados fuertes de la conciencia colectiva". Los artículos 15 y 16 del Código Civil argentino prevén expresamente un referente de este tipo, al establecer que el juez no puede dejar de juzgar "bajo pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes", en cuyo caso deberá resolver "por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". El juez sólo puede crear derecho, así, de manera "intersticial", para llenar las lagunas del derecho positivo, como una suerte de legislador supletorio y excepcional.

La justicia es el garante del derecho, es decir de los pactos vinculatorios preexistentes. Garantiza la identidad de la democracia entendida como forma de gobierno paradigmática pero también como exigencia moral renovada cotidianamente. Como demuestran, entre otros, los procesos que, en el Brasil, aún tienen como encartados a Collor, su mujer y los restos de su pandilla, o aquellos que llevaron al pretorio, en la Argentina, a cerca de trescientos militares implicados en el plan criminal de desaparición, tortura y muerte de sus oponentes, los jueces son, a menudo, llamados a ejercer su autoridad para proteger la memoria de esta promesa inicial respecto de todos y contra los intereses de quienquiera que sea, incluida la voluntad de quienes en determinado momento fueron los titulares en ejercicio de la soberanía nacional. Es verdad que, para los argentinos, esta alusión a su Poder Judicial puede sonar a cosa del pasado, tanto se ha modificado el panorama del pretorio nacional en el último decenio. Sin embargo, parecería que en el mundo de las instituciones, como en el de la naturaleza, existe



un *horror vacui*, y cuando los jueces aparecen cuestionados - cuando no inoperantes, bajo la presión del Ejecutivo, son los *media* los que asumen su papel. Surge, así, una suerte de "justicia mediática" que ha convertido a los periodistas en los fiscales de la cosa pública. Que este ejercicio sea problemático, nadie lo discute. El principal instrumento de que se vale la "justicia mediática" para desarrollar sus procedimientos es el *escándalo público*. Ahora bien, el escándalo, necesario para atraer la atención pública, es a la vez el mecanismo de condena, por lo que, cuando los medios de comunicación masiva son eficaces en la transmisión de denuncias, de hecho invierten los pasos del proceso de construcción de la prueba. Condenan primero a través del escándalo, y prueban después. Para ese entonces, aquellos que mediante el escándalo fueron condenados sin mérito, no podrán evitar las condenas que recibieron inmercidamente ni escaparán a la sospecha que los perseguirá por el resto de sus vidas. Al invertirse el procedimiento, el beneficio de la duda ya no los protege sino que los condena. Por último, como el escándalo es el castigo, la "justicia mediática" no tiene forma de establecer ningún tipo de proporcionalidad entre el presunto delito cometido y el castigo a aplicar. El escándalo y el rechazo social que el mismo suele provocar son padecimientos difusos e indivisibles; en consecuencia, *si la sentencia dictada en la "justicia mediática" no es confirmada por los procedimientos de la Justicia formal, el resultado puede ser la violación de las garantías de defensa de los individuos* (Smulovitz, 1995, p. 97).

La voluntad individual expresada en los derechos subjetivos es tan frágil como la voluntad colectiva encarnada en el soberano: ambas pueden caer, genuflexas, en la servidumbre voluntaria. El juez se erige así en el garante de esta promesa de libertad hecha a sí mismo. La autoridad asegura la continuidad del sujeto de derecho y consecuentemente de la democra-

cia. La autoridad es quien vincula el presente con el pasado y el principio del poder con su eterna actualización.

#### 4. Una moral *by default*

La autoridad se presenta como una respuesta común a dos dificultades distintas de la democracia, a saber: el agotamiento del Ejecutivo y la pérdida de valor legitimante de la tradición. ¿Cómo explicar que las respuestas a la crisis del Estado y a la crisis del sujeto pasen ambas por la solución judicial? ¿La justicia no estará usurpando el lugar que dejó vacante la moral? Numerosos argumentos apuntan en esa dirección.

La justicia interviene, en efecto, más en ciertos dominios que en otros, a tal punto que podríamos preguntarnos si no está ganando, poco a poco, un espacio que de aquí en más le será reconocido como propio (muchas veces con el asentimiento - cuando no a requerimiento expreso - del Poder Ejecutivo). Particularmente en las cuestiones relativas

- a la persona humana;
- a la definición de la vida y la muerte, con motivo de problemas bioéticos;
- a la paz social, como cuando se le exigió que diera solución a los dos enormes problemas que quedaban sin resolver en el seno de la sociedad argentina: la guerrilla y el terror de Estado desatado con su pretexto, o que pusiera fin a los conflictos interreligiosos originados por la destrucción del templo de Ayodhya o por la institución de la adopción en la India;
- a las agresiones sexuales, como en Bélgica o el Canadá;
- al transexualismo, como en Francia;

- al aborto, como en los Estados Unidos;
  - a la pena de muerte, como en la República Sudafricana.
- En síntesis, en temas con una fuerte carga ética.

La justicia se define cotidianamente como la instancia *moral by default* de nuestros días, en tanto el derecho aparece como la última moral compartida. La larga historia de la justicia es la de su intromisión en relaciones cada vez más íntimas, algunas de las cuales - como las relaciones familiares (cuando no amorosas), políticas, comerciales o terapéuticas - ya no escapan a su jurisdicción. No se le exige tanto su control social - lo que sería, además de indeseable, virtualmente imposible - cuanto moralizarlas, denotando la norma. El derecho es la última moral en un mundo desertado por las diferentes morales. Nuestra sensibilidad democrática soporta mal que personas de conducta moralmente reprobable no sean inmediatamente condenadas por tribunales de derecho, y no puede admitir que la ley tenga razones que el corazón no comprende, como lo demuestra, en Brasil, la impaciencia popular ante la impunidad de la *maffia* de los títulos públicos, o de los *Sete Anões*<sup>1</sup> de la Comisión Bicameral de Presupuesto (por citar apenas dos casos). ¿Cómo explicar de otra forma esta nueva exigencia de vida virtuosa que se manifiesta cuando salen a la luz las trapacerías de nuestros hombres públicos? Los mismos que se reían ayer del orden moral burgués y denunciaban el "opio del pueblo" son los primeros en reclamar hoy sanciones judiciales. Ya no se acepta más la clásica distinción entre derecho y moral, sobre la cual se había fundado la concepción tradicional de lo jurídicamente exigible.

Cuando las costumbres compartidas se diluyen, no es tanto la libertad

<sup>1</sup> Las maniobras tendientes a desviar subsidios sociales en provecho propio tenían, en la Comisión Bicameral de Presupuesto del Parlamento de Brasilia, reñido cabecillas: uno de gran talla y siete petisos. Eso bastó para que la picaresca los identificara de allí en más como *Blancos y Nieves* y los *Sete Francos* (*Blanca de Nieves* y los *Sete Anões*).

la que se perfila en el horizonte, sino una nueva *normalización* que tiene por nuevos patrulleros a los periodistas que persiguen las fallas morales o simplemente las calaveradas de la clase política, los vigilantes de todo tipo que hacen respetar el orden políticamente correcto, los peritos de todas las disciplinas que no pueden eliminar de su apreciación cualquier anomalía social, los heraldos de la higiene sobre la que se fundan las nuevas prohibiciones penales y los partidarios del mercado que es, como todos y cada uno de nosotros sabe, una formidable máquina de uniformizar los comportamientos a través del consumo. El derecho natural que fundaba la filosofía cristiana es así dejado de lado y reemplazado... por otro derecho natural.

La justicia ha igualmente tomado el relevo de la religión en la *celebración de los ritos*. A ella debemos la puesta en escena del ideal democrático de la deliberación. Ciertos procesos (como los de Daniella Perez en Brasil o los de Omar Carrasco, María Soledad Morales y José Luis Cabezas en la Argentina) se convierten en grandes ceremonias nacionales que purgan la emoción colectiva, directamente o a través de los medios masivos de comunicación. Los hechos extraídos de la crónica policial fascinan porque, al mismo tiempo que circunscriben nuevos problemas y manifiestan una demanda política insatisfecha, dan a las instituciones la ocasión de mejorar su imagen sin cambiar en nada lo esencial de sus prácticas. La justicia fabrica, así, la comunión con el conflicto, recicla el horror y lo vuelve consenso, convierte el *tremendum* en *fascinans*. Como la liturgia, la justicia reviste de palabras el sacrificio y provee de un médium para la comunicación con la invisible democracia. Como toda iglesia, se convierte en un espacio de reafirmación del ideal y de consolidación del vínculo social.

Finalmente, la justicia se ve atribuir la tutela de las personas desori-

entadas, de los excluidos por la indeterminación moderna, en otras palabras toma a su cargo lo que hasta ayer no más se llamaba el destino de las personas. El juez debe ocupar el lugar de la autoridad claudicante para autorizar la intervención en la vida privada de ciertos ciudadanos. Lo nuevo es la falencia de las mediaciones tradicionales, porque la acción ejercitada es muy ordinaria y tiene, para hablar con propiedad, muy poco de jurídico. Consiste en enseñar a los padres a conducirse con sus hijos, a ayudar a una persona a desintoxicarse o, simplemente, a comportarse en sociedad, a administrar su fortuna o, más a menudo, su infortunio. Esta "magistratura del sujeto" (Garapon, 1996, p. 139-155) constituye un nuevo e importante dominio de la actividad jurisdiccional. Nos encontramos con un juez en situaciones que antes eran reguladas por la vida social ordinaria o, a lo sumo, merecían la consulta al director espiritual.

La analogía entre las nuevas atribuciones de la justicia y las reconocidas antes a la religión es, como vemos, sorprendente. Ambas toman a su cargo un vínculo: entre el pasado y el presente; la referencia y la acción; la sanción y el consuelo; el derecho y el deber. Las dos fijan límites y, en consecuencia (para decirlo en otros términos), definen la *identidad* de lo político, de lo social y de lo familiar. Esta nueva religión jurídica, que tiene por objeto más al hombre que al conjunto social, es, por añadidura, universal. ¿No habrá llegado el momento de reactivar la vieja oposición griega entre *Themis* y *Dikè*, es decir entre el derecho intrafamiliar sagrado y el derecho interfamiliar utilitario? El derecho, o bien adquiere la forma de coerción indispensable a la relación entre iguales, o bien la de mediación con lo trascendente.

Por eso proponemos invertir la hipótesis generalmente admitida: la justicia no viene a despolitizar la democracia sino, al contrario, responde a una aceleración súbita de la *politización de la democracia*, resultado, a su



vez, de la repentina politización de una serie de asuntos antes considerados religiosos. El destino, la moral, la liturgia, el comienzo y el fin de la vida escapaban antes a la política. La religión en la democracia de ayer pertenecía a la esfera privada; un mismo espacio público podía entonces admitir varias religiones diferentes a condición de que respetaran sus respectivos límites. Y hete aquí que estos temas integran ahora el universo político. Cómo no sentir un cierto malestar ante estos problemas prácticamente irresolubles, que cuestionan la tradicional distinción entre las esferas de lo público y de lo privado, de lo temporal y lo espiritual, entre la ley y la fe: a la primera incumbían antes las cuestiones políticas, el gobierno, la paz exterior e interior; a la segunda se reservaban los problemas de nuestro destino, del sentido de la vida, de la definición del sujeto y de la muerte (Barret-Kriegel, 1989, p. 112).

No es, entonces, la mera retirada de la política la que explicaría la progresión del derecho sino también la retirada de la religión. Consecuentemente, es sobre esos tres términos (política, justicia y religión) que debemos razonar. La emancipación de la religión (y no es esta su paradoja menor) desembocaría en una nueva religión política que calla su nombre. Para Marcel Cauchet (1980, p. 17) ninguna progresión democrática fue hecha sin un aumento concomitante y simultáneo de la influencia del colectivo que debía garantirla. Así la afirmación del individualismo y de los derechos humanos, lejos de implicar una liberación de la influencia del Estado, fue, al contrario, proporcional al desarrollo de éste. De la misma manera, hoy, el avance de la autonomía se traduciría, inesperadamente, por una abdicación secreta y concomitante en favor del derecho y la justicia.

## 5. Conclusiones

La justicia sintetiza el drama de la democracia: no puede prescindir de la autoridad y al mismo tiempo es incapaz de brindarle un fundamento y régimen institucional. La sociedad democrática exige, más que cualquier otra, una trascendencia que ella, al mismo tiempo, proscribe. La paradoja de la justicia consiste en que debe ejercer una función original y distintiva en una sociedad de iguales, ocupar una posición exterior en una sociedad sin distancias. El juez no debe sustituir al tercero absoluto de quien la democracia no termina de hacer su duelo. En relación a la comunidad política, el juez está al mismo tiempo dentro y fuera; comparte al menos con los judiciales un mismo lenguaje y una común ciudadanía. Después de haber desenvuelto, más arriba, la idea de que la justicia debía autorizar la democracia, ¿deberemos preguntarnos ahora cómo democratizar la autoridad?

¿Cómo resolver esta contradicción de la que la justicia es síntoma? ¿Cómo evitar que las sociedades democráticas se fracturen entre los que tienen los medios de su autonomía y los excluidos? ¿Cómo preservar la justicia de esta deriva expiatoria constantemente presente? ¿Cómo mantener un espacio público con personas atomizadas y cada vez más alejadas las unas de las otras? ¿Cómo evitar que la democracia sea vaciada de su substancia por letrados que, lo menos que puede decirse, es que tienen una "débil legitimidad democrática"? ¿Cómo proteger los valores comunes en sociedades cuyos miembros reivindican el derecho de vivir según su propio sistema de valores? ¿Cómo constituir una autoridad política sin vaciar de sentido la soberanía? ¿Cómo podría la autoridad de la justicia, no ya mutilar, sino aumentar estos poderes?

¿Cómo resolver la contradicción mayor de la democracia, que se

funda en el rechazo de la tradición pero no puede vivir sin raíces? *Las sociedades predemocráticas están naturalmente vinculadas por la tradición y la secuencia genealógica, mientras que es de la naturaleza de las sociedades democráticas olvidar su pasado para recrearlo en cada generación* (Furet, 1989, p. 12). De allí la importancia del trabajo de memoria en las sociedades democráticas para llenar ese existencial y permanente vacío de tradición. El pacto democrático es lo que hace las veces de tradición en una democracia, y el juez es en ella el garante de la memoria (Garapon, 1996).

Pero la justicia no puede solucionar todos los problemas, establecer la verdad científica, dirimir los contenciosos políticos y hacerse cargo del destino de los hombres. No puede ni debe hacerlo, so pena de hundirnos en un infierno frustrante de rúbulas y tinterillos, estéril y destructivo, que no deseáramos ni al peor de nuestros enemigos. La justicia no nos ahorrará jamás la "molestia" de tener que ocuparnos de la política (aunque prefiramos delegarle esta tarea a ella, antes que a un Líder paternalista y autoritario)<sup>4</sup>. Lo que sí está haciendo la justicia es una propuesta para inventar una nueva cultura política. Nuestra vieja cultura ibérica, que gusta de dictar leyes detalladísimas para no cumplirlas nunca y que regula la práctica de sus instituciones a partir de la hipótesis de un Poder Judicial débil y servicial, es incompatible con una reforma profunda e impostergable del Estado. Por de pronto, comenzamos a ver magistrados que, impulsados por un poderoso consenso, pretenden aplicar todas las leyes y ejercer en plenitud su función. Es verdad que, en el Brasil, como apuntan Pinheiro y Vieira (1993, p. 16) si *el clamor público es grande, la voluntad del Poder Judicial es [todavía] muy tímida*. No obstante, pese a que sus principales intereses continúan siendo marcadamente corporativos, hay innumerables actitudes individuales de muchos

4 Una de las frases cñebres de Juan Domingo Perón (repetida hasta el cansancio a las multitudes que lo aclamaban, durante los rituales festejos del régimen) era: "de casa al trabajo y del trabajo a casa, que de la política me ocupo yo"...

magistrados que demuestran la posibilidad del funcionamiento adecuado del actual sistema constitucional. Una transformación está en marcha y, probablemente, no nos demos cuenta de lo que está ocurriendo hasta el momento en que los cambios se hayan parcialmente consumado. Las instituciones de los países de la región (al menos de los del Cono Sur, que creemos conocer un poco mejor) están "en mitad del río" (en ese punto donde la sabiduría popular afirma que "no se debe cambiar de cabalgadura"): los vicios de nuestros sistemas, en lugar de proteger al Estado, aceleran aún más este viraje judicial de la democracia. El problema es que la irrupción del derecho, en unos países que verdaderamente no lo privilegiaban, se confronta a varios obstáculos: desorienta a nuestras élites, confunde la posición de casi todo el mundo en el tablero político y desconcierta el discurso partidario, que no llega a adaptarse a este nuevo lenguaje de la democracia.

La posición de la izquierda es todavía más compleja ante este fenómeno que la ha tomado de sorpresa, desposeyéndola súbitamente de su papel alternativo. Habiendo organizado históricamente su programa en torno de las libertades individuales, contra el arbitrio del Estado, la izquierda, en nuestros países, parece incapaz de pensar en contra-poderes. Su prédica y su acción se reducen a defender la estructura intervencionista y tentacular (cuando no autoritaria) del viejo Estado nacional-popular, renunciando a su reforma. Se ha dejado birlar el tema de las libertades y ha entregado a la derecha el discurso alternativo que lleva el nombre de "desregulación".

La izquierda paga, por fin, el precio de sus sobrentendidos: temiendo perder el apoyo de funcionarios y empleados de estatuto privilegiado, no ha sabido abordar ni el desafío de las privatizaciones ni las dificultades de la reforma de los regímenes de salud pública y seguridad social; preocupada

por la represión, ha equiparado en todos los casos la violencia de las instituciones a la violencia a secas, sin comprender el enjeu de la seguridad; influenciada por el desprecio marxista hacia el derecho (y no habiendo decidido aún hacer suya la idea de pluralismo, más que como mera táctica al servicio de una estrategia de hegemonías) no ha revisto las bases totalitarias del partido de vanguardia; corroída, finalmente (bajo la influencia de Foucault) por la fobia del control social, continúa negando a la cuestión de la justicia, la norma y la pena el lugar que le pertenecen en la democracia de nuestros días.

Pero contrariamente a lo que pretenden los heraldos del mercado, el Estado no puede ser reducido a la impotencia, dejando que las decisiones esenciales se tomen fuera de sus fronteras. Entretanto, el Estado compensa esta pérdida de control por una vuelta a su obligación primigenia: la seguridad. Esta ideología securitaria no es la misma de las dictaduras antipopulares de los años setenta pero procede de un control de nuevos contornos e incidencias más sutiles. Se nutre de una incertidumbre profunda, insidiosa y múltiple que se identifica, más que al miedo, a una angustia tanto más paralizante cuanto que el agresor potencial no tiene rostro. La muerte puede venir de una bala perdida y el toxicómano puede ser nuestro hijo o el vecino de al lado. Los *media* imprimen nuestro imaginario de una violencia sin palabras (a lo sumo sembrada de interjecciones y coágulos). El control social se dilata y navega entre lo mundial y lo íntimo, alimentado por una violencia anómica que, paradójicamente, se refuerza por la impotencia estatal. Todo lo que no se debate (porque es confiado a los tecnócratas o a los jueces) acaba por reaparecer bajo la forma de violencia o de desconfianza por lo político. Esperábamos de la "democracia jurídica" un debate civilizado, pero lo que progresa es la violencia; queríamos la libertad, y es una nueva normalización la que amenaza instalarse; suponíamos que reinaría la razón, y es la pasión



quien se impone; cantábamos loas a la transparencia, pero prevalece la ilusión; pensábamos avanzar en la civilización, cuando lo que se perfila es el estado de naturaleza; militamos por los derechos humanos y hemos legitimado la exclusión.

Mientras se subestime la novedad radical de estos problemas no se podrá imaginar soluciones satisfactorias. Los altos funcionarios y los responsables de los principales grupos empresariales son manifiestamente ajenos a esta realidad y no llegan a comprender que la exclusión es mucho más que un desafío a nuestra tecnoestructura. Es lo que fueron la esclavitud para Atenas o Roma, la clase obrera para el Estado gendarme decimonónico y la pobreza para los Estados de bienestar: el signo de su fracaso y, simultáneamente, el anuncio de su superación.

La exclusión es un desafío mayor que obliga al derecho a repensar su misión. No puede contentarse con una aproximación formal que levantara barreras en torno de cada individuo. También debe saber ser positivo e instituir un mundo compartido. El combate contra una desigualdad social tan grande como la que golpea y divide a nuestros países no podrá llevarse adelante con medidas administrativas o gestos caritativos: hacen falta decisiones simbólicas. En este sentido, la política tiene que ser repensada, no meramente como una instancia de redistribución de riquezas sino también como la arquitectura de un espacio político compartido, proveedor de identidad cívica para todos.

No es una mera democracia deliberativa, ni nuestra conmiseración, las que salvarán a los excluidos de su condición: la primera, porque ellos, de todas maneras, quedarán al margen de la misma; la segunda, porque los excluidos exigen ser tratados como sujetos políticos y no como criaturas dignas de lástima. La reforma de las instituciones puede ayudar, pero no

basta. No es solamente en el derecho que se encuentra la solución a la crisis de la justicia, sino en la *política*, que debe adaptarse a este nuevo lenguaje de la democracia. Este proyecto democrático que otorga centralidad a la justicia sólo será viable si es completado por un *retorno de la política*, es decir: por la elaboración común de un destino colectivo a partir de nuevas categorías y de una nueva definición de la justicia social.

¿Qué es la política si no el rechazo de las regulaciones espontáneas de la naturaleza (es decir: del mercado, la higiene y la fuerza), remplazándolas por la negociación y el compromiso? Somos deudores de todos aquellos que nos precedieron y que lograron transmitirnos (como un lábaro hecho jirones, es cierto) el pacto democrático que trabajosamente pudieron negociar, y nos preocupamos a nuestro turno por las condiciones de vida de las generaciones futuras, respecto de las cuales también nosotros nos comprometemos. ¿De qué valdrían esos compromisos si nadie los garantizara (mal que bien) a lo largo de las generaciones? Este siglo se termina, en nuestras latitudes, ensombrecido por dos tipos de servidumbres que siguen interpeándolo: el terror de Estado y la droga. El primero ha justificado la intervención de la justicia, que echó luz sobre sus crímenes, más allá de los resultados procesales concretamente obtenidos. Porque había que conservar la memoria de los horrores. Era necesaria una verdadera pedagogía del recuerdo, de los sentimientos y del espanto. En su ausencia, la lección de los errores colectivos, la enseñanza a extraer de las monstruosidades de las dictaduras, no serían provechosas sino a algunos especialistas y la tenacidad de la ignominia no tardaría en imponerse. En cuanto a la droga, nos interrogamos sobre la necesidad de desincriminarla, pero en cada ocasión la pregunta es la misma: ¿cómo la libertad puede elegir la alienación, la noche y la muerte? Los jueces (los tribunales federales que juzgaron a los verdugos

uniformados o, más modestamente, los instructores de delitos suburbanos) se mantienen en su puesto para recordar, a la nación o al simple ciudadano, los compromisos asumidos, a comenzar por el primero de ellos: el del respeto a la vida y la dignidad. Pero los jueces no están en el origen de estos compromisos: son sus testigos, sus garantes. Les han sido transmitidos y, llegado el caso, se los recordarán a aquellos mismos que se los habían confiado. Porque, hacerlo

SERA JUSTICIA<sup>5</sup>.

### Referências bibliográficas

- ARENDET, H. *Between past and future: six exercises in political thought*. New York, The Viking Press, 1954.
- BARRET-KRIEGEL, B. *L'Etat et les esclaves*. París, Payot, 1989.
- BELL, J. *Policy arguments in judicial decisions*. Oxford, Clarendon, 1983.
- ENTELMAN, R., La Corte constitucional y los derechos individuales. Algunas reflexiones acerca de la tesis de la invasión de facultades legislativas por la Corte Suprema. *Plural*, Buenos Aires, n.12, p. 21-25, 1988.
- FURET, F. 1789-1917: Aller et retour, *Le Débat*, París, n.57, p. 4-16, 1989.
- GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*. París, Editions Odile Jacob, 1996.
- GAUCHET, M., Les droits de l'homme ne sont pas une politique, *Le Débat*, París, v.1, n.3, p. 3-21, 1980.
- HAMILTON, A.: *Le Fédéraliste*. París, LGDJ, 1957.
- JACOB, R., *L'Europe: une culture judiciaire commune*. París, IIIEJ, 1994.
- LECHNER, N., ¿Responde la democracia a la búsqueda de certidumbre? IN: LECHNER, Norbert. *Los patios interiores de la democracia*. Subjetividad y políti-

<sup>5</sup> Frase ritual con la que suelen cerrar sus escritos los abogados argentinos.

ca. Santiago de Chile, FCE, 1988.

MONTESQUIEU, Ch. L. de Secondat, barón de La Brède y de. *De l'Esprit des lois*. París, Ed. Garnier/Flammarion, 1979.

PELTASON, J. W. *International Encyclopaedia of the Social Sciences*. Nueva York, McMillan, 1968. Judicial process: introduction.

PINHEIRO, P. S. y VIEIRA, O. V. Corrupção, a morte anunciada dos governos, IN: ROIO José Luiz del. *Italia: operação mãos limpas. E no Brasil? Quando?* San Pablo, Icone editora, 1993.

RIALS, S. Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme, *Le Débat*, París, n.74, p. 163-182, 1991.

RICOEUR, P. Le juste entre le légal et le bon. IN: RICOEUR, Paul. *Lectures 1*. París, Seuil, 1993.

SHAPIRO, M., Judicialization of politics in the United States, *International Political Science Review*, Beverly Hills, n.15, p. 2, 1994.

SMULOVITZ, C. El Poder Judicial en la nueva democracia argentina. El trabajoso parto de un actor, *Ágora*, Buenos Aires, v.1, n.2, p. 85-106, 1985.

TOCQUEVILLE, A. de. *La democracia en América*. Madrid, Alianza Editorial, 1980.

TOURAINÉ, A. *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*. París, Fayard, 1997.