

Sobre la inexistencia del derecho de interés público en Argentina

Martín F. Böhmer *

Advertencia

Este artículo fue escrito para ser presentado en el Seminario Latinoamericano Anual (SELA) organizado por Yale University, la Universidad de Palermo, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Diego Portales (Chile), la Universidad de Chile y la Universidad Pompeu Fabra (España) sobre LA RESPONSABILIDAD DE LOS CIUDADANOS Y LA OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO DE DAR CUENTA DE SUS ACTOS EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL que se realizó entre el 16 y el 19 de Agosto de 1996 en Buenos Aires. La idea de las presentaciones no era mostrar un trabajo completo ni exhaustivamente analítico sobre los temas en cuestión, sino apenas una propuesta de encuadre del tema que permita la participación de quienes se hallaban presentes en el seminario. Mi trabajo sería presentado junto con el de Bob Gordon titulado “Private Lawyers and the Representation of the ‘Public Interest’ in the USA: Theory and Practice”. Con el Profesor Gordon acordamos que él mostraría las razones o circunstancias históricas de la emergencia del derecho de interés público en los Estados Unidos de América y que yo ofrecería razones sobre la inexistencia de esa práctica en la Argentina.

La discusión, gracias a la calidad de los participantes, resultó muy animada y me alegro y congratulo de que mi trabajo haya permitido esas intervenciones y de que no haya funcionado como enervante de la discusión. Algunas de las críticas, sin embargo, estaban dirigidas a un trabajo distinto al que yo había intentado presentar: la falta de material empírico para contrastar la hipótesis de mi trabajo, la existencia de algunos abogados, aislados o en grupo, que esporádicamente habían asumido lo que podría ser llamado derecho de interés público, eran críticas que pensé podría levantar y responder en una nueva versión. No me di cuenta hasta bastante después que hacerlo equivalía a llevar este artículo poco menos que a la categoría de una tesis doctoral, y que ello no era necesario.

En un total acuerdo con mis críticos creo que, de acordar en una definición, sería interesante emprender una búsqueda de las instancias en las que el derecho de interés público se hizo presente en nuestro país, si las hubo, y cuales fueron sus consecuencias, si las hubo. (El adjetivo “esporádicas” aplicado a esas instancias me resulta casi necesario y me pregunto si acaso hablar de una práctica esporádica del derecho de interés público no es cometer una contradicción. Pero estoy entrando ya en una discusión que estoy intentando promover en otros y no desarrollar en estas líneas).

Lo que aquí publico es un conjunto de intuiciones no contrastadas, que sin embargo parecen apoyarse unas a otras, intuiciones que en los pasillos del seminario fueron acompañadas por miradas aprobadoras de quienes compartían

* Abogado, UBA. Profesor de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo. Master en Derecho, Yale law School, 1990. Candidato a Doctorado, Yale Law School.

El autor quiere agradecer a la Fundación ASHOKA. Sin ella todo hubiera sido más difícil.

esas mismas intuiciones conmigo. Muchos colegas se identificaban con las diversas partes de mi artículo y apreciaban mi cuidado en hablar sólo de Argentina, pero afirmaban que lo mismo podía ser dicho de otros países de Latinoamérica y por las mismas razones que yo propongo aquí.

Presento ahora este artículo a los lectores en casi la misma versión en que fuera presentado en el seminario y con el mismo espíritu de lograr con él un amplio y acalorado debate sobre un tema que me parece fundamental en muchos aspectos. En principio, para la caracterización de la ética profesional del abogado, el rol de los tribunales en la democracia y fundamentalmente, la manera en la que estamos formando a nuestros futuros líderes en nuestras facultades de derecho, entre otros que se rozan con estos y que aquí apenas esbozo.

INTRODUCCIÓN

En Argentina, a pesar de que la Constitución Nacional afirma que todos los *habitantes* de la Nación son iguales ante la ley, los inmigrantes ilegales carecen del derecho al debido proceso. Una norma contenida en un decreto-ley del último gobierno militar¹ permite al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio del Interior y la Dirección Nacional de Migraciones, allanar domicilios sin orden judicial. El gobierno del Presidente Menem legitimó este decreto-ley regulándolo y manteniendo aquella norma.² Los inmigrantes así detenidos³ quedan a disposición del Poder Ejecutivo, sin que un juez intervenga en ningún momento. El Ejecutivo no está obligado a notificar al consulado del país de origen del inmigrante, ni a proveerle un traductor cuando ello sea necesario para que entienda qué le está sucediendo.

Las asociaciones que se ocupan de la situación de los inmigrantes tampoco conocen estas normas. En general aquellas no conocen el marco jurídico que se aplica. Su tarea consiste básicamente en asistencia social en salud (cuando se les niega atención en los hospitales públicos) o en educación (cuando se les niega el diploma a los niños que completaron su escuela primaria). Ejercen presión a través de notas a las autoridades, persuasión y contactos personales. Carecen en general de servicio jurídico, dado que no sienten que lo necesitan. Aún si conocieran el derecho y estuvieran dispuestas a trabajar jurídicamente, como los abogados no les ofrecen sus servicios gratuitamente, ni las asociaciones cuentan con dinero para pagar honorarios y tienen miedo de que la acción judicial sea la causa de una deportación, tampoco acudirían a la ley en busca de protección.

Los inmigrantes se encuentran entonces en una situación de indefensa total: si acuden a un abogado, se delatan. Si se violan sus derechos, no se entera ni su cónsul, ni su familia. Ante la eventualidad de convertirse en víctimas de la persecución estatal, no entienden cuál es su situación procesal, por no hablar nuestro idioma, o por carecer de defensa legal, o por ambas. No existe siquiera la obligación de que un juez controle la legalidad de semejante

1. Decreto ley 22.439.

2. Decreto reglamentario 1023/94.

3. En lugar de la palabra «detenido» las autoridades utilizan «retenido», ya que la primera supone un arresto ordenado y controlado por un juez.

procedimiento dado que es la parte interesada (el Ejecutivo) la que a la vez crea la norma, la aplica y la interpreta sin control. El poder público ni siquiera sufre la exposición que podría provocar una academia jurídica crítica, en el caso de que ésta existiera.

La práctica política argentina permitió la creación de estas normas. La primera, el decreto-ley, a través de la voluntad de un poder totalitario que creaba normas sin control, sensible a ideologías xenófobas y a la previsible presión de las corporaciones interesadas en la prohibición de la entrada de extranjeros (sea por motivos ideológicos, religiosos o económicos). La segunda, ya en democracia, a través de un reglamento del Ejecutivo que asume semejantes poderes eludiendo los mecanismos democráticos que obligan a la discusión pública y cediendo a las mismas presiones corporativas que subsisten como lobbies más allá del cambio de sistema.

La práctica de la participación cívica permitió la permanencia de estas normas. En efecto, la falta de una forma de participación que sea conciente de sus derechos y que los ejerza eficazmente permite, por omisión, la continuidad de estas prácticas inconstitucionales.

Cierta concepción del derecho y del rol de los abogados impide que estos profesionales asuman deliberadamente estas causas, y sólo atiendan las que «les llegan». Asumiendo, como las asociaciones de ciudadanos, un rol pasivo, permiten la subsistencia de estas normas.

EL DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO

En el Reporte del Simposio sobre Derecho de Interés Público en Europa del Este y Rusia organizado por la Fundación Ford y el Instituto para Políticas Constitucionales y Legislativas de Budapest realizado en 1996 en el Queen Elizabeth House de Oxford, Inglaterra se afirma:

“Definir el derecho de interés público es una tarea difícil. De hecho, sería más sencillo definir lo que el derecho de interés público *no es*. El derecho de interés público no es un área del derecho en el sentido tradicional. No es derecho público, no es derecho administrativo, no es derecho penal, no es derecho civil. Al mismo tiempo, cubre todos esos campos.

...Estamos usando el término para referirnos a una forma de *trabajar con* el derecho y a una *actitud hacia* el derecho. Más aún, llevar casos selectos a los tribunales es una estrategia importante del derecho de interés público, pero no la única. El derecho de interés público puede también incluir la reforma del derecho, la educación jurídica, el entrenamiento en alfabetización jurídica o servicios de asistencia legal. Tampoco es un ámbito sólo reservado a abogados: el derecho de interés público también incluye al lobby, investigación, la educación pública y otras actividades que no requieren necesariamente capacidad técnica. No tenemos una definición más precisa en mente. El significado de un término como el de “derecho de interés público” se encuentra inevitablemente influenciado por la cultura jurídica y política de la

sociedad en la que se utiliza. Esto es así porque el concepto de “interés público” se basa en presupuestos culturales y filosóficos sobre el derecho y la sociedad...”⁴

Estos “presupuestos culturales y filosóficos” en los que se basa el concepto de “interés público” y también el de “derecho de interés público” en la Argentina son los que voy a discutir en el presente trabajo.

La tesis de mi trabajo consiste en mostrar que en la Argentina no existe la práctica del derecho de interés público (DIP), porque no existen los “presupuestos culturales y filosóficos” que lo hacen posible. Lo que no equivale a sostener que el derecho de interés público es algo que falta. Mi intención es indicar que, aunque no existe en nuestra tradición pública, la práctica de defender jurídicamente causas de impacto grupal no falta como una falla de esa tradición sino que está ausente porque le es necesariamente ajena. Y que si se la considera valiosa es porque se presupone, como veremos, una concepción diferente del derecho y de lo público. Y, más aún, que si por ventura se la quisiera fundar en la Argentina, se debería tener en cuenta que ella no puede existir sola, y que se deben modificar arreglos institucionales centenarios y concepciones fuertemente arraigadas de nuestra práctica política, cívica y jurídica para hacerla posible.

POPULISMO ELITISTA, PLURALISMO CONSERVADOR Y CONSTRUCTIVISMO

Para responder a la pregunta sobre las causas de la inexistencia del DIP en la Argentina voy a comenzar proponiendo tres visiones distintas del concepto de “interés público”. Comienzo de esta manera porque creo que la posibilidad de que exista el DIP en cualquier sociedad depende de la posición que en ella se tome acerca de la existencia del interés público (la cuestión ontológica) y de la forma en que se lo conoce (la cuestión epistemológica). En este sentido, el DIP es parasitario de una cierta visión del interés público y de la democracia. Con la descripción de estas visiones no busco impedir la discusión acerca de cuál es la más conveniente sino que, al contrario, intento fomentarla. Voy, además, a mostrarlas en su encarnación argentina, ubicando tres diferentes concepciones de la política de acuerdo a su posición sobre las cuestiones de la existencia y del conocimiento del interés público. Lo que intentaré probar aquí es que la sociedad argentina, tanto en su cultura política y en su práctica de participación ciudadana, como en su concepción del derecho y del rol del abogado, asume (de manera un tanto paradójica) en forma simultánea, dos visiones del interés público que rechazan la idea del DIP y deja de lado una tercera que lo hace posible.

Se ha sugerido que la Argentina es un país dual que ha oscilado entre «...dos visiones del mundo. Por un lado, la tradición liberal basada en los

4. Reporte del Simposio sobre Derecho de Interés Público en Europa del Este y Rusia organizado por la Fundación Ford y el Instituto para Políticas Constitucionales y Legislativas de Budapest realizado en 1996 en el Queen Elizabeth House de Oxford, Inglaterra. El autor agradece especialmente a Roberto Saba, participante del Simposio mencionado, el haber acercado este iluminador *working paper*.

principios universales de secularismo, progreso fundado en el mérito, crítica de las tradiciones y escepticismo sobre la legitimidad de los grupos corporativos (las fuerzas armadas, la iglesia y los sindicatos). [y] Por otra parte, la tradición conservadora que favorece una visión de la sociedad de tipo orgánica, cerrada, defensora de las instituciones sociales tradicionales.»⁵

Esta oscilación popperiana⁶ tiene en la Argentina una peculiar forma de encarnarse. Así, la cultura política falló en la instauración de una tradición liberal y quedó atrapada entre dos posiciones:⁷ una claramente conservadora y otra que, aunque liberal en sus intenciones originales devino en conservadora a través de diversas claudicaciones.

La primera ha sido llamada populismo conservador o caudillismo o criollismo. Supone una visión orgánica de la sociedad contraria a los derechos individuales y basada en una visión holística que privilegia intereses de entidades supraindividuales como las corporaciones, el ser nacional, etc., y que confía en que las decisiones públicas correctas se toman en base de los intereses y deseos del caudillo.

El populismo conservador responde afirmativamente a la cuestión ontológica del interés público y epistemológicamente asume lo que Nino llamaría una posición elitista.⁸ El elitismo epistemológico moral consiste en afirmar que un individuo puede llegar a decisiones valorativamente correctas a través de la sola deliberación personal, sin importar el resultado de la deliberación pública. En el caso del interés público el populismo afirma que existe un interés diferente a los meros intereses privados (tesis ontológica) que se conoce a través de la deliberación privada de un solo individuo: en este caso, el caudillo (tesis epistemológica). El caudillismo de la guerra civil y de la restauración

5. Nino, Carlos S. *Radical Evil on Trial*, en prensa, Yale University Press.

6. Popper, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós, Buenos Aires: 1985.

7. Ya en los comienzos de la historia argentina, en la Junta de Mayo de 1810 se podía identificar claramente estas dos visiones: «A un lado de la falla estaba la élite morenista, jóvenes soñadores que querían hacer de su país una vidriera de la civilización occidental. En el campo político sostenían un gobierno fuerte y unificado con base en Buenos Aires, postura que más tarde los identificó como unitarios. Aunque simpatizaban con algún tipo de proteccionismo, en general preferían una política liberal de libre comercio... Provenían de las clases altas que vivían de sus rentas y educaban a sus hijos en Europa. Vivían mirando al norte, leyendo a autores franceses e ingleses... Los avergonzaba la existencia de las atrasadas provincias argentinas con sus caudillos y sus gauchos mestizos y analfabetos. Por supuesto en tanto estudiantes del pensamiento europeo, se llenaban la boca con proyectos de formación de una república democrática, y repetían ideas ilustradas de igualdad y fraternidad universales. Pero la suya era una democracia peculiarmente antidemocrática, cuyos dirigentes eran más príncipes filósofos que representantes salidos del pueblo».

«Al otro lado de la falla estaba la mezclada oposición al morenismo, primero llamada saavedrismo, después criollismo, que desconfiaba de la élite intelectual porteña y solía sentirse más cómoda con el gobierno personalista centrado en un rey, dictador o caudillo, que con un gobierno institucional, fácil de dominar por los mejor educados en hábitos europeos. Los criollistas provincianos tenían la hegemonía porteña y en general sostenían la autonomía provincial, posición que más tarde los identificó como federalistas. Además, mantenían un interés paternalista en las clases bajas, tenían los compromisos políticos y económicos con el extranjero y simpatizaban con los intereses provincianos...» (Shumway, Nicolás. *La Inversión de la Argentina*, trad. por César Aira, Emecé Editores, Buenos Aires, 1993: 0-61)

8. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis Filosófico, Jurídico y Político de la Práctica Constitucional*, Astrea, Buenos Aires: 1992, pág 204.

rosista, el hiperpresidencialismo de la práctica constitucional a partir de la Constitución de 1853, la legislación por decreto del ejecutivo, los golpes de estado, son algunos de los ejemplos más notorios de populismo elitista que vivió la Argentina.

Por otro lado encontramos la visión liberal que, en su versión vernácula, se presenta en extremo deficitaria. Ella afirma en teoría las libertades individuales pero en la práctica la niega. Así, deja de lado la decisión individual manifestada colectivamente resistiendo la inclusión en las decisiones públicas de las mujeres, de los inmigrantes y de la clase obrera, o a través de fraudes electorales o simplemente apoyando golpes de estado (déficit democrático). Es insensible a las desigualdades entre los individuos (déficit social). Para alcanzar soluciones liberales en lo económico negocia los principios protectores de la persona (déficit de la autonomía personal). Y para lograr el control de la Nación impuso al interior un injustificable liderazgo desde Buenos Aires (déficit federal).⁹

El liberalismo deficitario tiende, de esta forma, a marginar a las mayorías (y a las minorías menos favorecidas) de la decisión pública pero, a diferencia del elitismo que promueve la visión populista utiliza un concepto pluralista¹⁰ del interés público. Esta concepción afirma que el interés público es el resultado de la libre competencia de intereses privados. Estos intereses se entienden como privados en un doble sentido: porque han sido conformados en privado y porque ante el cuestionamiento de su legitimidad es lícito afirmar en su defensa, con categoría de razón válida, el mero hecho de que constituye el interés de alguien que lo quiere satisfacer. Además, sostiene que la búsqueda de consenso no es el fin de la práctica política, sino que esta consiste, simplemente, en alcanzar el fin propio de la forma más económica posible.¹¹

El pluralismo, por lo tanto, responde también afirmativamente a la cuestión de la existencia del interés público. Pero, a diferencia de la posición holista del populismo, afirma que el interés público es aquel que resulta de las luchas entre los múltiples intereses privados, y que ésta es la única manera de conocerlos, es decir permitiendo la libre competencia de los intereses privados.

9. Nino, Carlos. *Fundamentos...* págs.110-152.

10. Ver Nino, Carlos S. *Fundamentos...*, “Algunos autores, sobre todo Robert Dahl (A Preface to Economic Democracy...) remontan esta visión de la democracia a ‘El Federalista’, sobre todo a los artículos de Madison. Ella consiste en sostener que el valor de la democracia radica en que ella asegura que ninguna facción, grupo de interés o partido prevalece sobre otros, llegando a dominar perdurablemente todos los resortes del poder...(ella) es muy limitada: a lo sumo el pluralismo provee un fundamento negativo sobre el valor de la democracia. Es una forma de evitar la tiranía.... Cuando el pluralismo pretende dar cuenta de (los) méritos positivos de la democracia en general cae en... justificaciones utilitaristas o economicistas... Como es evidente, los que más riesgos corren de que su autonomía no sea atendida bajo instituciones democráticas que funcionen según la óptica pluralista son aquellos que tienen menos posibilidades de participar en las competencias entre las elites, porque no pertenecen a grupos con poder económico, capacidad organizativa o poder coactivo. De este modo la concepción pluralista de la democracia es profundamente desigualitaria...” pág 200-202.

11. Para una comparación entre pluralismo (o teoría de los grupos de interés) y neorrepblicanismo (de la que fueron tomados los rasgos del pluralismo en el presente trabajo), ver Kronman, Anthony. *The Lost Lawyer. Failing ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1995, págs. 28-34. (ver el comentario de este libro realizado por Santiago Colombres en “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, año 2, números 1 y 2, Buenos Aires, Abril de 1997).

Si le sumamos el pluralismo a los déficits que caracterizan al liberalismo argentino, nos queda conformada una visión profundamente conservadora: una práctica política excluyente y a la que sólo unos pocos acceden, dado que para formar parte de la lucha de intereses que plantea el pluralismo se debe pertenecer a las clases privilegiadas.

La participación de los ciudadanos en la Argentina también ha oscilado entre estas dos concepciones: o la búsqueda de un líder autoritario, o constituirse en un grupo de presión más en la lucha de intereses que plantea el pluralismo.

Institucionalmente, ambas visiones tienen algo más en común. El elitismo y el pluralismo comparten el mandato institucional de que las decisiones, una vez tomadas por los órganos legitimados para ello, no deben ser modificadas, controladas o supervisadas por ningún otro actor social. La decisión, de la manera que se tome, es final. El elitista por definición no dialoga, y el pluralista conservador sólo permite el diálogo a quienes tengan poder para acceder a él.

Un corolario de ambas concepciones, por lo tanto, consiste en que tanto el elitismo como el pluralismo conservador coinciden respecto de la no intervención del poder judicial en las decisiones sociales. En efecto, ambos prohíben legislar a los jueces. Este mandato de no intervención judicial es el que con mayor claridad y consistencia muestra que el DIP no puede existir en un ambiente monopolizado por estas visiones de lo político. Ellas afirman que cuando el caudillo, o la coalición triunfante, llega a una decisión, ella no puede ser torcida o manipulada por otra agencia pública. El Poder Judicial existe para aplicar las decisiones así tomadas a los casos particulares en forma neutral, sin interpretarlas. De lo contrario, se corre el riesgo de que sea otro tirano: el juez, o una nueva facción a través del Poder judicial quien, burlando los mecanismos de la democracia así entendida se haga, ilegítimamente, con el poder. Quienes proponen la existencia del DIP, al proponer una presencia activa de los jueces están, así, atentando contra la división de poderes (entendida jerárquicamente, y no coordinadamente¹²) y contra la democracia.

En lo que sigue voy a suponer, en cambio, una tercera visión. Esta visión hace honor a la tradición liberal y valora la discusión pública como la mejor forma de llegar a acuerdos sociales. Una posición que cree en la existencia del interés público y que afirma que la forma de conocerlo es a través de la discusión pública que tiende a llegar a consensos, amplia, no discriminatoria, y en la que participan todos los afectados por la decisión a tomarse. Y entiendo que la discusión pública que tiende al consenso es mejor porque no sólo permite acuerdos mejores por más estables sino también mejores por moralmente superiores. Esta es, *mutatis mutandi* la idea del constructivismo que afirma «...que la validez de los principios morales intersubjetivos está dada no por el consenso que es resultado de la discusión moral sino por la satisfacción de los presupuestos procedimentales y sustantivos de esa discusión... la participación de todos los afectados por las soluciones que se proponen maximiza la probabilidad de que la que resulte aceptada sea la solución válida, en el sentido

12. M. Damaška, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, 84 Yale Law Journal, 480, 1975.

de que sería aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.»¹³

Es la concepción constructivista de la democracia la que permite justificar la práctica del DIP. Esta práctica es una herramienta eficiente en el sentido que facilita la entrada de los afectados a la deliberación pública, garantizando una mayor *imparcialidad*, permite analizar críticamente los argumentos, garantizando una mayor *racionalidad* de la discusión, y contar con un procedimiento probatorio sofisticado que garantiza en mayor medida el *conocimiento de los hechos relevantes*.

Desde un punto de vista institucional, entonces, esta visión rechaza la idea de una separación de poderes jerárquica, ya que la concibe como un diálogo entre diferentes funciones. Tanto los poderes considerados tradicionalmente «políticos», como el poder judicial tienen un papel que jugar en este diálogo. En este sentido no hay poder silencioso, ni neutral.

Desde un punto de vista político, entonces, se debe entender a la práctica del DIP como aquella que hace un uso intensivo de las normas jurídicas y de los procesos jurisdiccionales con la finalidad de hacer realidad los valores, derechos y obligaciones que los protagonistas del debate público se autoimpusieron y de garantizar que ese debate se desarrolle conforme los dictados de una democracia participativa y deliberativa.

UNA CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y LA FORMACIÓN DE LOS ABOGADOS EN LA ARGENTINA

Antes de plantear la concepción del rol del abogado consistente con una visión que niega la intervención judicial en la democracia, (una concepción que justifica la pasividad de mis colegas respecto de la defensa de causas de interés público) haré explícita la concepción del derecho que las visiones elitista y pluralista presuponen y mostraré que esta concepción se hace operativa a través de una determinada forma de enseñar derecho, que es su consecuencia necesaria. La idea es mostrar que la forma en que los abogados aprenden su profesión determina, coincide, o al menos no cuestiona la convicción de que en materia de interés público los abogados no tienen nada que hacer. Más aún, no deben hacer nada.

La concepción a la que me refiero concibe al derecho como un sistema de normas aplicables neutralmente por el juez. Este sistema carece de indeterminaciones semánticas o sintácticas y es completo y consistente (carece de lagunas y de contradicciones). En su aplicación no intervienen la voluntad del juzgador sino una mera operación intelectual.

La teoría política que sustenta a esta concepción del derecho es una teoría que podríamos llamar «napoleónica». La idea es que, dado que la legitimidad del poder surge de la voluntad popular, la división de poderes

13. Nino, Carlos. *Fundamentos...*, pág 203. Para otras visiones constructivistas dialógicas ver Ackerman, Bruce, *Social Justice and the Liberal State*, Yale University Press, New Haven: 1980. Habermas Jürgen, *Ética del discurso. Notas para un Programa de Fundamentación*, Temis, Barcelona: 1985. Sunstein, Cass, *Law's Republic*, YALE LAW JOURNAL, 1988, No. 8, Michelman, Frank, *Beyond the Republican Revival*, YALE LAW JOURNAL, 1988, No. 8.

estructura una jerarquía entre ellos que privilegia al poder legislativo (en el pluralismo) o al ejecutivo (en el elitismo populista) por sobre los otros dos. Así, dado que la decisión del poder preferido es la única legitimada popularmente, los otros poderes no pueden traicionarla so pena de convertir a la democracia en una tiranía (de los jueces, en el caso del poder judicial).

Para ser consistente con esta concepción los jueces no deben poder interpretar las normas a su arbitrio sino que deben aplicarlas, como dije, neutralmente. El sistema continental creó un instrumento que supuestamente permite a los jueces y a los súbditos conocer la voluntad del pueblo expresada a través de sus representantes, para cada conflicto que se les presente. Este instrumento son los códigos, una especie de manuales cívicos que todo aquel que sepa leer puede comprender para actuar en forma legalmente correcta, y democráticamente autoimpuesta.

Resulta claro entonces que el rol de las facultades de derecho no es otro que hacer conocer a los alumnos el contenido de esos códigos de la forma más detallada posible, y por lo tanto, las clases no pueden ser planificadas de otra manera que en forma de conferencia magistral, como monólogos en los cuales el profesor describe el contenido de esos códigos. Los manuales que los estudiantes deben conocer son, sencillamente, Códigos comentados y sistematizados. Los exámenes consisten en repetir las clases que repiten los manuales que repiten los Códigos para demostrar que se los ha aprendido de memoria. Es perfectamente razonable entonces que en nuestras escuelas de derecho no existan bibliotecas, ni investigación, ni profesores de dedicación completa, ni discusión. Ser un buen abogado, o un buen juez, es conocer bien la ley y aplicarla correctamente. La valoración culmina con la decisión del legislador, y la discusión, cuando la hay, solo se da en el Congreso.

Existe, sin embargo, una actitud alternativa de los profesores de derecho, que llamaré *actitud cínica*. Los alumnos de derecho la conocen perfectamente. Es la actitud del profesor que, en un alto en su clase dogmática, cuenta relatos de guerra tribunalicia, en los que expone su descreimiento de las normas escritas y su capacidad de transitar los pasillos de la justicia exitosamente. Es decir, conoce a la persona correcta que le conseguirá una ventaja, sabe cuándo, cómo y a quién hacer un *alegato de oreja* para obtener resoluciones favorables, sabe en qué café reunirse y qué ropas vestir para lograr sus objetivos. Repite varias veces que la mitad de la biblioteca le da la razón a nuestro cliente y la otra mitad se la niega, y luego de dejar a su auditorio perplejo y con temor a jamás lograr tal nivel de manejo de la profesión, vuelve a afirmar que el derecho son las normas que él está dictando (que requerirá que se repitan en los exámenes) y que los jueces que no las aplican se equivocan, y carecen de la proverbial independencia de todo juez que se precie.

A pesar de sus cultores actuales la actitud cínica proviene de una prestigiosa y vivificante teoría jurídica que no tuvo demasiados seguidores en el ámbito del derecho continental. Esta teoría se conoce con el nombre de realismo jurídico y surgió a comienzos de siglo en los Estados Unidos, en particular en las Universidades de Columbia y Yale. Esta escuela albergó a autores muy disímiles pero que tenían como común denominador la crítica del formalismo jurídico y una concepción diferente de la interpretación de las palabras de la ley.

En efecto, esta escuela o movimiento, afirma la creencia en que las palabras de la ley son pasibles de múltiples interpretaciones dados sus problemas semánticos y sintácticos, a los que hoy podemos agregar los problemas de tipo lógico de los que adolecen los sistemas jurídicos (como su falta de completitud y consistencia). Esta creencia explica que los realistas coloquen a los jueces en el centro de atención, dado que son ellos los que en definitiva dirán qué dicen las leyes cuando las apliquen a un caso determinado en sus sentencias.

Esta posición es sin dudas epistemológicamente superior a la dogmática. A esta altura de las cosas, resulta obvio que las palabras del lenguaje natural adolecen de los inconvenientes apuntados, y que la univocidad de las normas es un ideal imposible, utópico en el peor de los sentidos.¹⁴

A pesar de ser marginal en nuestras escuelas de derecho, esta posición (con su mezcla de realismo y escepticismo ético) cuestiona el mandato elitista y pluralista que prohíbe a los jueces legislar, en el sentido que no pueden no hacerlo, y afirma que cuando el juez legisla (cuando elige valorativamente entre las diferentes interpretaciones posibles) hace política. Es decir, el juez interpreta, y no hay forma racional de saber cual es la interpretación correcta.

Parece, entonces, que existe una división del trabajo en la enseñanza del derecho: dogmatismo para los futuros jueces y cinismo para los futuros abogados.

Sin embargo ambas visiones, en su interpretación vernácula, impiden el desarrollo del DIP, y en lo que sigue trataré de mostrar por qué.

LA PROFESIÓN. LOS ABOGADOS Y EL INTERÉS PÚBLICO

En Argentina la defensa de causas de interés público carece de prestigio. El trabajo gratuito del abogado es virtualmente inexistente. El prestigio de un profesional viene dado por su capacidad en el manejo eficiente del derecho para llevar adelante los fines predefinidos por sus clientes. Ser abogado de grandes bancos o de corporaciones multinacionales es signo de alta calificación profesional y de prestigio, mientras que la defensa gratuita de derechos civiles es desacreditada como una labor marginal. Y, dado que el DIP incorpora la discusión valorativa de los fines a lograr a través del caso, se lo califica como una actividad poco jurídica, meramente política.

Esta caracterización del prestigio profesional es consistente con las dos concepciones del rol del abogado que surgen de las formas de enseñar derecho que describí en el apartado anterior.

En la Argentina, por ejemplo, la tradición inquisitiva en el derecho penal, impone a los abogados el rol de auxiliares del juez en la búsqueda de la verdad. En efecto, ella es ajena a la idea de la solución de un conflicto jurídico a la manera adversarial de una confrontación entre dos opiniones y sofisticación

14. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1977. Law's Empire, Harvard University press, Cambridge Mass, 1984. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Bs. As. Eudeba, 1963. Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.

retórica. En cambio, regula el conflicto de manera tal que el proceso se convierte en una investigación acerca de la verdad desde la posición supuestamente neutral y plena de conocimiento jurídico que asume el juez.

El rol del abogado como auxiliar de la justicia no deja lugar para la elección valorativa de las causas. No hay selección porque no hay causas más importantes que otras y no hay voluntad que haga posible la selección dado que el abogado es un mero instrumento de la voluntad popular que aclara y corrige desviaciones del aparato judicial para que la voluntad del pueblo, expresada en los códigos, se aplique al caso concreto, neutralmente.

Respecto de la concepción cínica, ella afirma una concepción del rol del abogado a la que David Luban caracteriza como «la visión dominante»¹⁵ y que sostiene:

- 1) que hay una distinción entre moralidad del rol y moral común, que permite que actos calificados como inmorales por la moral común puedan ser no sólo facultados por la moral del rol sino incluso obligados por ella,
- 2) el principio que obliga a ejercer un celo extremo para defender la posición del cliente (principle of partisanship), y
- 3) el principio de irresponsabilidad que afirma que el abogado no carga con ninguna responsabilidad moral por las metas elegidas por cliente ni por los medios utilizados para alcanzarlas (principle of nonaccountability).

Esta concepción del rol del abogado cabe perfectamente dentro del sistema adversarial ya que la defensa de una causa cualquiera se debe asumir con el celo prescripto por la visión dominante y la decisión valorativa final, tanto acerca de los hechos como acerca del derecho queda en manos del jurado y de diversas instancias de magistrados. La responsabilidad sobre el contenido valorativo de la causa que se defiende se traslada así del abogado al poder judicial y al pueblo, diluyendo, cuando no ignorando, la responsabilidad moral del abogado respecto de las causas que defiende. Se defiende así cualquier causa que se confía a su capacidad profesional.

Otra vez nos encontramos ante una malla cerrada en la cual no «falta» el interés público sino que los elementos de la concepción de su rol no permiten identificar un espacio en el cual los abogados se sientan inclinados u obligados a asumir la representación de causas por su contenido. Ambas concepciones predicen la pasividad como actitud profesional frente a la justicia.

CUANDO LAS VISIONES NEGADORAS DEL DIP JUSTIFICAN SU POSICIÓN: LA OBJECCIÓN DESDE LA DEMOCRACIA PLURALISTA.

En ambos sistemas, tanto en el adversarial de la visión dominante (que en la Argentina coincide con algunos rasgos de la visión cínica del derecho) como en el inquisitivo, no existe la posibilidad de que un abogado utilice el derecho como un instrumento para hacer realidad una agenda política. En el

15. Luban, David. *Lawyers and Justice. An Ethical Study*. New Jersey, Princeton University Press, 1988.

caso de que se proponga la participación en causas de interés público en forma regular, las posiciones mencionadas levantan una serie de críticas diversas.¹⁶ Dado que las críticas que pueden provenir del elitismo populistas son relativamente fáciles de contestar o por lo menos poco interesantes,¹⁷ analizaré, siguiendo fielmente a Luban¹⁸, la más importante: la crítica desde la democracia pluralista.

La objeción afirma que es incorrecto que quienes no puedan lograr sus fines a través de los medios democráticos normales (políticas de grupos de presión, procedimientos legislativos, la elección de un presidente que comparta los mismos fines) frustren la voluntad democrática obteniendo en los tribunales lo que no pueden obtener en la lucha política.

Esta objeción nos lleva nuevamente a la discusión con el pluralismo y a analizar las fallas del proceso legislativo que este supone.

Como ya dije, los presupuestos de esta visión son dos: uno se refiere a los jueces y otro a los legisladores. Respecto de los jueces se afirma que ellos no son nombrados para legislar, y respecto de los legisladores, que no reciben un mandato acerca de qué legislar, sino que deben reaccionar a las presiones que las asociaciones intermedias (intermedias entre el legislador y el ciudadano) ejercen sobre ellos y en favor de sus propios intereses. Esta visión que parece antidemocrática no lo es en realidad, afirman sus defensores, dado que se

16. Las otras críticas posibles son las siguientes:

Si el derecho de interés público es financiado con dinero del gobierno el primer argumento crítico afirma que no se debe usar dinero de impuestos que paga gente que está en contra de las causas que se persiguen para, justamente, que se defiendan esas mismas causas con su propio dinero.

El segundo argumento es que la selección de causas afecta la igualdad respecto del acceso a la justicia. Si los abogados que asumen causas de interés público eligen determinadas causas y otras no, las causas de menos impacto quedan libradas a su propia suerte y lejos de la posibilidad de lograr una efectiva defensa jurídica.

El tercer argumento es que los abogados que asumen la defensa del interés público convierten a sus clientes en meros instrumentos para llevar adelante su agenda política.

Los dos primeros argumentos, se dirigen contra los defensores del interés público financiados por el estado. El argumento impositivo, cuando se desarrolla con un poco de sofisticación, colapsa en el argumento de la objeción democrática, y por lo tanto lo trataré junto con ella. El argumento de la igualdad tiene como respuesta el hecho de que los recursos escasos, y cuando los recursos son escasos se deben seleccionar las causas conforme algún criterio de maximización de esos recursos. No resulta arbitrario entonces que su aplicación se decida conforme el mayor impacto social que causen las causas que se defienden.

Respecto de la objeción de la utilización del cliente como herramienta para llevar adelante una agenda política, como en el caso en que los clientes se reclutan por su pertenencia a una determinada clase, o porque su caso ejemplifica mejor que otros algún problema social, o porque tiene mayores posibilidades de triunfar que otros de su misma clase, la objeción de la utilización del cliente como un medio se anula cuando el cliente asume voluntariamente el caso jurídico como parte de su propia lucha política. En este caso su consentimiento opera como un permiso para ser utilizado como un arma para terminar con una práctica social que se entiende disvaliosa. Los ejemplos de «clientes heroicos» no abundan pero cuando existen son emocionantes y luminosos. Op. cit. nota 15.

17. Aunque últimamente en la Argentina se hayan vuelto a escuchar críticas a la democracia desde el elitismo en el sentido de que la democracia es lenta y poco eficiente y que un presidente actuando por decreto es un instrumento mejor. Ver, como crítica, el artículo de Roberto Saba sobre decretos de necesidad y urgencia y el fallo Peralta de la Corte Suprema Argentina, inédito.

18. Luban, David. *Lawyers and Justice...* pág. 358-391

justifica cuando se muestra que estos grupos de interés compiten entre ellos y anulan sus excesos mutuamente.

El problema de la objeción democrática se encuentra en la teoría política en la que se asienta. En efecto, las fallas del proceso legislativo que no asume el pluralismo hacen necesaria la intervención judicial, cancelando el presupuesto que niega o prohíbe el activismo de los jueces. De esta forma, el hecho de que los jueces interpretan se vuelve fundamental al verificarse formas legítimas de activismo judicial. Como consecuencia, y según se verá de inmediato, es a partir de esta conjunción de circunstancias que se requerirá la existencia de abogados que asuman la práctica del derecho de interés público para forzar la intervención legítima de los jueces en los procedimientos democráticos.

El primer problema que se le presenta a la concepción pluralista de la democracia es la violación de los derechos de las minorías. El pluralismo, al dejar en manos del libre mercado de la lucha política la definición de los ganadores, permite que los grupos que ganen sean aquellos con mayor poder económico, capacidad de organización o poder coactivo.¹⁹ Las minorías que carecen de estas ventajas en la lucha política permanecen silenciosas, incapaces de hacer llegar sus demandas o defender sus intereses, y menos aún de influir en la toma de decisiones públicas que las afectan, y que violan sus derechos constitucionales. Para este problema aún los pluralistas han admitido que se debe hacer una excepción y permitir la intervención de los jueces quienes, en su carácter de funcionarios relativamente alejados del juego político son capaces de intervenir en él para impedir que esta falla del pluralismo permita que se violen los derechos de las minorías silenciosas.²⁰

El segundo problema es, en cambio, el de las mayorías silenciosas. Las legislaturas, cuando reconocen las presiones de los grupos de interés, prefieren aprobar menos leyes (pero con mayor control y un análisis más estricto) que más leyes (cantidad que puede ser el resultado de eficientes presiones sin control). Al aprobarse menos leyes (a través de la creación de arreglos institucionales como el bicameralismo, mayorías calificadas, dictámenes previos obligatorios de las comisiones parlamentarias, etc.) puede suceder que las minorías frustren intereses de las mayorías utilizando estos mismos mecanismos. La tarea de procurar que esto no suceda recae nuevamente en el Poder Judicial. Una nueva excepción en el esquema pluralista de la democracia.

El tercer problema consiste en una restricción a la capacidad misma de los grupos de interés para participar del juego político, la restricción que suponen los problemas de acción colectiva.

M. Olson afirma el teorema siguiente: «Cuanto más grande sea el grupo, menor será la posibilidad de que pueda proveer una cantidad óptima de algún bien público».²¹ Una ley general es un bien público. Un agente racional asumirá costos -tanto de organización como de recolección de la información relevante- para lograr un bien público en la medida en que esos costos sean menores que

19. Nino, Carlos. *Fundamentos...* pág. 202.

20. Op. Cit nota 15

21. Olson, Mancur, Jr. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Revised ed. New York: Schocken Books, 1971, pág 35.

los beneficios que obtenga con ese bien público. Dado que los bienes públicos importantes (como una ley, o la ejecución de una ley ya legislada, o la regulación que la hace operativa) son muy costosos de obtener, una persona invertirá en un bien público en la medida en que otros lo hagan, con lo que los costos decrecerán para todos. Pero cuando todos invierten, a medida que disminuye el impacto colectivo de cada contribución individual aumenta la posibilidad de que cada uno piense que su costo no es significativo y que, si deserta del grupo gana más porque el bien público será de todas formas obtenido y sus costos serán nulos. De generalizarse esta conducta nadie invertirá con lo que los intereses de todos se frustrarán. Esto es lo que se denomina el «problema del *free rider*». Este problema explica en parte el silencio de las mayorías silenciosas y de las minorías que carecen de recursos o cuyos intereses son difusos.

Los problemas de la acción colectiva constituyen la tercera excepción al principio de no intervención judicial que asume el pluralismo. Y es este problema el que mejor justifica la existencia de la práctica del DIP. Si se me permite la aparente confusión verbal, es de interés público la práctica del DIP porque ella misma es un bien público (porque crea bienes públicos: mejores interpretaciones normativas, mejores leyes de las cuales todos se pueden servir a menores costos, etc. y porque todos pueden usar la práctica misma).

Estas tres excepciones desdibujan de tal forma al pluralismo que en definitiva lo convierten en la teoría dialógica del interés público que afirmé al comienzo como la única capaz de justificar la práctica del DIP. La preocupación por la presencia en la deliberación pública de los afectados (tanto de las mayorías como de las minorías silenciosas) que se logra reduciendo los costos de organización y de información y que tiende a una *mayor imparcialidad*, la confianza en el proceso legal como una práctica de análisis crítico de argumentos que tiende a promover una *mayor racionalidad* en la discusión, y el contar con un procedimiento de recolección de evidencias que garantiza mejor que otros el *conocimiento de los hechos relevantes* hacen del derecho de interés público no sólo el resultado necesario de una concepción particular de la democracia, sino también una de sus mejores estrategias.

La falta de este tipo de práctica democrática, en realidad, la existencia de una práctica que la niega, explica la ausencia del DIP en la Argentina. Optar por hacerlo realidad requeriría una serie de cambios en los “presupuestos culturales y filosóficos” (e institucionales) tal que cierto escepticismo se encuentra justificado.