

---

## **Artículos**

---





*Pintura:* Laura Saldivia.



---

# Mazzeo, ALITT y Arriola: razones, resignificaciones y prácticas

---

Agostina Allori\*

## Resumen

El presente trabajo analiza, a la luz del movimiento *Derecho y Literatura*, las estrategias discursivas empleadas por los jueces de la Corte Suprema de Justicia argentina (2003-2005/ 2014) en tres casos paradigmáticos: Mazzeo, ALITT y Arriola, tomando en cuenta la discusión teórica atinente a la legitimidad de los jueces y a la *autoritatividad* de sus decisiones y el momento histórico social y político en el que dichas decisiones fueron tomadas.

**Palabras clave:** derecho y literatura – legitimidad – autoridad – práctica – estrategias discursivas – casos judiciales.

## Abstract

This work analyzes the discursive strategies deployed by the justices of the Supreme Court of Argentina (2003-2005/2014) in three leading cases: Mazzeo, ALITT, and Arriola, against the backdrop of the Law and Literature movement, while taking into account the theoretical discussion involving the legitimacy of the courts and the authoritativeness of their decisions, as well as the historical social and political context in which those decisions were issued.

**Key words:** law and literature – legitimacy – authority – practice – discursive strategies – judicial cases

---

**Fecha de recepción:** 24 de junio de 2015 | **Fecha de aprobación:** 15 de agosto de 2015

\* Universidad de San Andrés, agostinallori@gmail.com

*“To say that the law is the exercise of state power,  
as though that made the study of the humanities irrelevant to it,  
is in fact to erase the most distinctive and significant element  
of the legal process, that of reason, argument, and justification”*

James Boyd White

## I. Introducción

En este artículo me propongo analizar, a la luz del movimiento *Derecho y Literatura*, las estrategias discursivas empleadas por los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre los años 2003/05-2014, en la construcción de la opinión judicial de ciertos casos paradigmáticos. A lo largo del trabajo, sostendré la hipótesis de que, si aplicamos algunas herramientas que nos ofrecen los estudios de “Derecho y Literatura”, es posible advertir las estrategias discursivas que utilizó el Tribunal en estos casos paradigmáticos, para construir y consolidar su legitimidad en un contexto que así lo requería.

El artículo se encuentra dividido en cuatro secciones. Como mostraré en la primera, abordar este artículo desde los estudios de *Derecho y Literatura* implica romper con algunas interpretaciones tradicionales y analíticas del derecho y apelar a ciertas habilidades en los lectores, tales como empatía y generosidad en sus lecturas. Bajo esta luz, indago especialmente en las razones que brindan los jueces al construir su opinión judicial y en los momentos en que resignifican términos jurídicos y consecuentemente, crean nuevas prácticas.

Desde el punto de vista teórico, este trabajo se inserta en la discusión atinente a la legitimidad de los jueces y a la autoritatividad de sus decisiones. En este sentido, expongo una vasta literatura que considera que la *autoridad* de los magistrados y la obediencia de los destinatarios de sus sentencias dependen en gran medida de la legitimidad de aquellos. Estas teorías señalan también que, al no ser elegidos democráticamente, los jueces tienen la responsabilidad de construir su propia legitimidad. Por último, demuestran que –una forma de hacerlo– es a través de procedimientos justos: tratar a las personas con respeto, tomar decisiones en términos objetivos, brindar explicaciones acerca de la decisión tomada.

Al mismo tiempo, retomar las discusiones teóricas que aquí propongo y aplicarlas al análisis de casos judiciales argentinos, requiere necesariamente conocer un poco de la historia y de la cultura jurídica del país. Para decirlo brevemente, al momento del nombramiento de estos jueces, el país estaba saliendo de una de las mayores crisis políticas y sociales de la historia. La sociedad civil tenía una fuerte desconfianza en la clase dirigente y los jueces no quedaron exentos de esos reclamos. Especialmente los jueces de la Corte Suprema fueron blanco de crítica y repudio social, ya que se vinculaba con “la mayoría automática” menemista (1990-2003/5). En ese contexto, los magistrados nombrados por el Presidente Kirchner (2003-07), tenían el deber de restaurar la confianza en la justicia y reconstruir la legitimidad del Poder Judicial.

Los casos que trataré versan sobre diferentes cuestiones: en *Mazzeo* (CSJN, 2007), la Corte discute la constitucionalidad del indulto otorgado por el Presidente Menem a Santiago Omar Riveros, acusado por delitos cometidos durante la última dictadura militar; *ALITT* (CSJN, 2006), define si resulta constitucional

negar la personería jurídica a una asociación que brega por los derechos de la comunidad travesti-trans y por último, *Arriola* (CSJN, 2009), determina si la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal supera el test de constitucionalidad. Todos estos casos tienen una particularidad y es que, en ellos, la Corte revoca la doctrina establecida por su Corte predecesora. Incluso, en el caso *Mazzeo*, la Corte va más allá y reabre una causa cuya decisión había pasado en autoridad de cosa juzgada. Teniendo esto en cuenta, me interesa mostrar cómo los jueces construyen la historia, cuál es el razonamiento empleado para revocar el precedente en la materia e instalar una nueva doctrina, sin socavar la legitimidad del Poder Judicial ni poner en tela de juicio su imparcialidad e independencia.

A modo de síntesis, en la primera parte, realizaré una breve descripción de la historia y de las propuestas de los estudios de *Derecho y Literatura*.

En la segunda parte, haré una revisión de la literatura sobre legitimidad, *autoritatividad*, ética judicial y justicia procedimental.

En la tercera, mostraré el contexto histórico, político y social en el cual fueron nombrados los miembros de la Corte Suprema y las responsabilidades que ese panorama imponía a los magistrados.

Por último, y teniendo en cuenta las teorías descriptas y el contexto del país al momento del nombramiento de los jueces, en la cuarta parte analizaré las estrategias discursivas empleadas por los magistrados para revocar el precedente, sin socavar la legitimidad del Poder Judicial.

26

## II. Derecho y Literatura

El libro *The Legal Imagination*<sup>1</sup> de James Boyd White, marcaba en 1973 el comienzo de los estudios de *Derecho y Literatura* (*Law and Literature*), que adquirirían, en la década de los '80, una creciente importancia en las escuelas de derecho y en el ámbito académico de los Estados Unidos.<sup>2 3</sup>

Los estudios de *Derecho y Literatura* sugieren una manera diferente de interpretar el derecho, al proponer una lectura interdisciplinaria entre derecho y literatura. Pero, antes de indagar en sus formulaciones, me parece importante establecer una distinción. Bajo este movimiento pueden encontrarse dos campos diferentes,

---

<sup>1</sup> White, James Boyd, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston, Little, Brown and Co, 1973.

<sup>2</sup> Roggero, Jorge, "Derecho c/Literatura", en *Revista Filosofía del Derecho*, Año I, No 1, CABA, Infojus, 2012, p. 173, disponible en: [http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf120075-roggero-derecho\\_c\\_literatura.htm](http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf120075-roggero-derecho_c_literatura.htm), último acceso: 07 de junio de 2013.

<sup>3</sup> Si bien, hay quienes rastrean otros precursores, tales como John Wigmore en su artículo "A List of Legal Novels" y Benjamín Cardozo en "Law and Literature". *Ibid.*



aunque relacionados. El primero de ellos –conocido como *Law in Literature*<sup>4</sup>– pone su mayor énfasis en la literatura: en las representaciones que los textos literarios realizan acerca del orden jurídico y en las situaciones e imágenes de las ficciones que se parecen a hechos de la realidad y que podrían tener relevancia para el mundo jurídico. El segundo campo, que se conoce como *Law as Literature*<sup>5</sup> y cuyo principal exponente es James Boyd White, formula una manera de interpretar el derecho, bajo el mismo tipo de examen que realizan los críticos del arte –especialmente la crítica literaria– y de analizar los artefactos jurídicos como si fueran un texto literario: un poema, una novela.<sup>6</sup> El recorrido que haré a continuación y el posterior análisis que realizaré en la cuarta parte, se insertan en esta segunda corriente.

## 1. ¿Por qué Derecho?

Este movimiento advierte que, tradicionalmente, el derecho se ha enseñado en las facultades como un mero sistema de reglas, coherente y racional. En este sentido, los estudios de *Derecho y Literatura* se presentan como una respuesta al positivismo jurídico que postula un sistema jurídico completo, auto suficiente y aspira a una “teoría pura”. En consecuencia, la crítica de White<sup>7</sup> a los positivistas apunta a señalar la imposibilidad de interpretar el derecho en términos estrictamente proposicionales y analíticos. Sin embargo, tampoco adhiere al escepticismo realista, que considera que el derecho es sólo aquello que sucede en la realidad, en los hechos, y que los jueces toman las decisiones de acuerdo a su antojo, sin restricción alguna. De modo más complejo, lo que propone el autor, es una manera de superar tanto al positivismo como al realismo<sup>8</sup> e interpretar el mundo jurídico como una práctica: como un lenguaje, como una cultura que debe ser leída en toda su trama y con todos sus detalles. Lo que estos estudios formulan, en términos del propio White es:

27

*...Una manera de mirar el derecho no como un sistema de reglas, instituciones o estructuras (como usualmente se hace), no como parte de una burocracia o un gobierno (como se enseña en las ciencias políticas, en la sociología o en la economía), sino como un tipo de actividad retórica y literaria. Una característica de este tipo de actividades es que actúa a través de los materiales que le han sido dados –un lenguaje heredado, una*

---

<sup>4</sup> Podría traducirse como: “Derecho en la literatura”.

<sup>5</sup> La traducción podría ser la siguiente: “Derecho como si fuera literatura”.

<sup>6</sup> White, James Boyd, *From Expectation to Experience: Essays on Law & Legal Education*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> Esta corriente toma tanto el legado del positivismo como del realismo. Es decir, postula una postura superadora, pero no antagónica. Roggero, *supra* nota 2.

*cultura ya establecida, una comunidad fundada— materiales que al usarlos, los transforma (...) El derecho puede entenderse mejor y practicarse mejor cuando uno logra ver que ese lenguaje no es conceptual ni teórico —no reducible a una cadena de definiciones— sino lo que yo llamo literario o poético, con lo que quiero decir (...) que es complejo, plural en sus voces, asociativo y profundamente metafórico en su naturaleza...<sup>9</sup>*

## 2. ¿Por qué Literatura?

White<sup>10</sup> explica que la característica más distintiva del trabajo que realizan las humanidades es que estas se enfocan en un artefacto cultural, perteneciente a otra época y posiblemente a otra cultura, en el cual buscan un sentido, un significado.

En esa búsqueda, tanto la crítica de las bellas artes, como la crítica literaria, deben adentrarse en el contexto en el cual dicha obra fue realizada, conocer su historia, en definitiva, aprender de esa cultura. Ese es el primer paso, reconocer a la obra como parte de algo más grande y leerla en esa clave. White llama a ese proceso gradual, en el que progresivamente todo lo extraño comienza a cobrar familiaridad, “aculturación personal”.

28

Siguiendo a White, otra característica de las humanidades consiste en que la crítica examina estos objetos de una manera esencialmente comparativa, antes que analítica y esto compromete distintos aspectos del ser: la reflexión, las emociones, la mente; por tal motivo es un acto experiencial por excelencia y por ello también, su significado no puede ser unívoco.

Por último, el autor señala que, cuando uno intenta poner en palabras ese significado al que ha arribado, se emprende un trabajo de traducción. Uno debe traerlo al contexto actual, pero en ese pasaje hay algo que se pierde, que no puede ser comunicado en palabras ni reducido a términos descriptivos.

Ahora bien, con respecto a la literatura en particular, esta apela a una serie de habilidades en el lector o lectora: a la imaginación y al entendimiento de la naturaleza y de las motivaciones humanas, de la complejidad de las relaciones y multiplicidad de metáforas y significados y, por último, desafía la racionalidad y la linealidad de la realidad. Si una persona realmente ha entendido la novela o el poema, si ha sido capaz de adquirir consciencia de todo ese mundo de sentido, entonces después de esa lectura —que la convierte en el “lector ideal”— no puede seguir siendo la misma persona, la literatura ha performado algo sobre ella.

---

<sup>9</sup> White, James Boyd, *Heracle's Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985, p. 10-12. La traducción es propia.

<sup>10</sup> White, *supra* nota 6.

### 3. ¿Por qué Derecho y Literatura?

Si uno percibe el derecho como una práctica, como un lenguaje; entonces leerlo como una novela no parece desacertado. Pero, ¿en qué sentido esta interpretación enriquece al abogado? White señala que, a diferencia de la economía y otras disciplinas que prefieren el método cuantitativo, la literatura no puede brindar herramientas o fórmulas rígidas.<sup>11</sup> La práctica de interpretar el derecho *como si fuera literatura*, por el contrario, desarrolla en el abogado una ampliación de las habilidades empáticas e imaginativas, que le permiten buscar más allá del sistema normativo, que una vez más le incitan a desafiar la supuesta racionalidad del sistema jurídico y a buscar nuevos tipos de razonamiento: ¿a quién se dirige esta opinión judicial?, ¿cuál es su auditorio ideal?, ¿qué autoridad otorgarle a esta decisión o a las razones brindadas por el juez?, ¿qué prácticas inaugura o recrea esta Corte con ese tipo de razonamiento?, son los interrogantes que este tipo de lectura enciende en el abogado.

En ese sentido, la opinión judicial y no el resultado final, dice White,<sup>12</sup> es el artefacto jurídico por excelencia, ya que en ella los jueces narran los hechos, traen a la mesa las normas, otorgan autoridad a los precedentes o los revocan y en todo ese ejercicio deben desplegar sus estrategias retóricas para convencer a las partes de que el derecho ha avanzado en el sentido correcto.<sup>13</sup>

29

### III. La obediencia al derecho como correlato de la legitimidad de las autoridades

Una vasta literatura considera que la obediencia a las normas descansa en la legitimidad de las autoridades bajo las cuales se deposita el deber de hacerlas cumplir, especialmente en el ámbito del Poder Judicial (teorías de legitimidad y teorías de *autoritatividad*).<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> White, *supra* nota 6.

<sup>12</sup> White, James Boyd, *Justice as Translation: an Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

<sup>13</sup> De esta manera, el autor afirma:

*...Por supuesto que los resultados interesan, pero la mayoría de los casos que llegan a la Corte Suprema son casos difíciles –personas decentes e inteligentes podrían fallar de una u otra manera y usualmente eso es lo que sucede– y en una medida importante, lo que distingue el trabajo de un buen juez no es el voto final, sino el logro de su razonamiento, esencialmente literario en carácter, por el cual el resultado adquiere significado en el contexto del derecho y en el resto del mundo...*

White, *supra* nota 9, p.92. La traducción es propia.

<sup>14</sup> Tyler, Tom R. y Mitchell, Gregory, "Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: the United States Supreme Court and Abortion Rights", en: *Duke Law Journal*, Vol. 43, No. 4, 1994, p. 703-815.

Al mismo tiempo, los códigos de ética para jueces y la ética judicial en general<sup>15</sup> sugieren que los jueces, al no ser elegidos democráticamente, tienen la responsabilidad de construir su legitimidad a través de sus propias decisiones y de la imagen que crean y sostienen.

Por su parte, las teorías de justicia procedimental analizan la relación entre legitimidad, autoridad y obediencia e insinúan que los juicios que las personas realizan acerca de la legitimidad de las autoridades, se encuentran moldeados por la manera en que estas toman sus decisiones, más que por el contenido de los resultados.<sup>16</sup> De igual manera, esta literatura considera que, para instalar una cultura jurídica efectiva a largo plazo, los modelos de obediencia basados en la legitimidad de las autoridades y en los valores compartidos de los miembros, son más apropiados que aquellos de “elección racional”, en los cuales la obediencia reposa en un sistema de incentivos.

En la primera parte, realizaré un breve repaso de las teorías que a lo largo de la historia y desde múltiples disciplinas han indagado en el concepto de “legitimidad” con el fin de explicar diversos fenómenos y responder a numerosos interrogantes.<sup>17</sup> En la segunda parte, me concentraré particularmente en la literatura que estudia la relación entre legitimidad, autoridad y obediencia, especialmente en las teorías de justicia procedimental.

30

---

<sup>15</sup> En este sentido, véase, Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Ética de los jueces: análisis pragmático”, comunicación efectuada por la académica, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de junio de 2004; y, Chayer, Héctor Mario, Di Salvo, Nina y Jutard, Milagros, *Ética judicial y sociedad civil: técnicas de incidencia*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

<sup>16</sup> Véase, Tyler, Tom R., “The Role of Perceived Injustice in Defendant's Evaluations of their Courtroom Experience”, en: *Law & Society Review*, Vol. 18, No. 1, 1984, p. 51-74. Casper, Jonathan D., Tyler, Tom R., y Fisher, Bonnie, “Procedural Justice in Felony Cases”, en: *Law & Society Review*, Vol. 22, No 3, 1988, p.483-508. Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*, New Haven: Yale University Press, 1990. Tyler, Tom R., “Procedural Justice, Institutional Legitimacy and the Acceptance of Unpopular U.S. Supreme Court Decisions: A Reply to Gibson”, en: *Law & Society Review*, Vol.25, No. 3, 1991, p. 621-630. Tyler y Mitchell, *supra* nota 14. Tyler, Tom R., “Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform”, en: *The American Journal of Comparative Law*, Vol.45, No. 4, 1997, p. 871-904. Tyler, Tom R., “A Psychological Perspective on the Legitimacy of Institutions and Authorities”, en: Jost, John T. y Major, Brenda (coord.), *The Psychology of Legitimacy: Emerging Perspectives on Ideology, Justice, and Intergroup Relations*, New York, Cambridge University Press, 2001, p. 416-436. Tyler, Tom R., “Public Trust and Confidence in Legal Authorities: What Do Majority and Minority Group Members Want from Legal Authorities?”, en: *Behavioral Sciences and the Law*, Vol. 19, 2001 a, p. 215-235. Tyler, Tom R., “Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law”, en: *Crime and Justice*, Vol.30, 2003, p. 283-357. Tyler, Tom R., “Enhancing Police Legitimacy”, en: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 593, 2004, p. 84-99.

<sup>17</sup> Una línea cronológica completa de las distintas teorías de la legitimidad, véase, Zelditch, Morris, “Theories of Legitimacy”, en: Jost, John T. y Major, Brenda (coord.), *The Psychology of Legitimacy: Emerging Perspectives on Ideology, Justice, and Intergroup Relations*, New York: Cambridge University Press, 2001, p. 33-53.

## 1. Teorías de la legitimidad

La preocupación por explicar una amplia variedad de fenómenos (justificación del poder, status, estabilidad política, obediencia, autoridad) a partir del concepto de legitimidad se remonta a épocas antiquísimas, pero no por ello tal inquietud presenta menos vigencia e interés en la actualidad. Disciplinas tradicionales como la filosofía, la psicología, la sociología, el derecho y las ciencias políticas, y relativamente recientes como el comportamiento organizacional y el *management*, han utilizado el concepto para explicar desde un enfoque novedoso cuestiones sociales emergentes (organización institucional, control social, protestas, segregación, discriminación, tolerancia a la injusticia, cuestiones de género, desigualdad social y cambios sociales).<sup>18</sup>

El sociólogo Morris Zelditch<sup>19</sup> intenta aclarar tres cuestiones sobre la legitimidad: qué quieren explicar sus teorías, cómo lo hacen y por qué es necesario definir el concepto. En esta sección se desarrollarán los alcances del primer interrogante.

Siguiendo a Zelditch, él sugiere que fue Tucídides (423 a.C.) quien primero se preguntó, en el “Diálogo de los Melios”, por la legitimidad como una manera de justificar el poder, entendido como pura fuerza. La misma pregunta renacería luego en el “Diálogo con Trasímaco”, de Platón (390 a.C.) y en *La Política*, de Aristóteles (335-323 a.C.). Aristóteles cuestionó además qué hace que un Estado sea justo y de qué depende su estabilidad política.

Un primer fenómeno que intentaron explicar las teorías clásicas fue, entonces, el de la estabilidad política.<sup>20</sup> En el siglo XVI, Maquiavelo retomaría la cuestión afirmando que esta reposa en la legitimidad del gobierno. Así, introdujo una cuestión clave, luego teorizada por Weber: el poder per se –la pura coerción– es impotente, insuficiente. La estabilidad política dependería, para Maquiavelo, del acatamiento voluntario –aunque desde una perspectiva instrumentalista– y allí radicaría su legitimidad. La legitimidad fue también el centro de la teoría política de Rousseau; en ella estribaba el orden social estable, alcanzado a través del contrato social.

El argumento que considera la mera coerción como insuficiente para mantener la estabilidad política y social<sup>21</sup> alcanzaría su mayor desarrollo en Weber.<sup>22</sup> El autor distinguió el “poder” de la “dominación”. Definió el poder como “la probabilidad de

---

<sup>18</sup> Jost, John T. y Major, Brenda, “Emerging Perspectives on the Psychology of Legitimacy”, en: Jost, John T. y Major, Brenda (coord.), *The Psychology of Legitimacy: Emerging Perspectives on Ideology, Justice, and Intergroup Relations*, New York, Cambridge University Press, 2001, p. 3-30.

<sup>19</sup> Zelditch, *supra* nota 17.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Weber introduce una nueva cuestión: la de la estabilidad del orden social. A pesar de explicar la estabilidad política, la teoría de la legitimidad de Weber es un fenómeno del “orden social”. *Ibid.*

<sup>22</sup> Weber, Max, “Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva”, en Johannes Winckelmann, *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura, 2002.

imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera sea el fundamento de esa probabilidad” y a la dominación como “la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”.<sup>23</sup> Luego señalaba:

*...Debe entenderse por “dominación”, de acuerdo con la definición ya dada (cap. I § 16), la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos). No es, por tanto, toda especie de probabilidad de ejercer “poder” o “influjo” sobre otros hombres. En el caso concreto esta dominación (“autoridad”), en el sentido indicado, puede descansar en los más diversos motivos de sumisión: desde la habituación inconsciente hasta lo que son consideraciones puramente racionales con arreglo a fines. Un determinado mínimo de voluntad de obediencia, o sea de interés (externo o interno) en obedecer, es esencial en toda relación auténtica de autoridad...<sup>24</sup>*

De esta manera, Weber identificaba a la “autoridad” como una forma de dominación y señalaba que esta requeriría de un mínimo de voluntad de obediencia que sólo puede ser conseguida a través de la legitimidad, o la pretensión de ella.

32

Existen también teorías de justicia distributiva y de legitimidad del poder. Las primeras se preocupan por demostrar bajo qué condiciones los actores aceptan ciertos resultados como “justos”; mientras que las segundas –como las teorías de la autoridad– se preocupan por las situaciones en las que los actores obedecen a un sistema político compelidos por alguna obligación moral. A su vez, en las últimas décadas han surgido teorías que intentan explicar fenómenos vinculados a estas preocupaciones tales como las desigualdades sociales, desviación y control social y justicia procedimental.<sup>25</sup>

### ***1.1. La legitimidad como fundamento de la obediencia: distintos enfoques***

En uno de los casos más conocidos de la década de los ‘90, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992),<sup>26</sup> la Corte Suprema norteamericana

---

<sup>23</sup> Weber, *supra* nota 22, p.43.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p.170.

<sup>25</sup> Zelditch, *supra* nota 17.

<sup>26</sup> En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos –con la presencia de cinco nuevos jueces, tildados de conservadores– debía decidir sobre la vigencia y validez del *leading case* en tema de abortos, *Roe v. Wade*, dictado por la Corte antecesora, conocida por sus fallos progresistas. A pesar de la ideología y la posición política de los nuevos jueces –nombrados los cinco entre las presidencias de Ronald Wilson Reagan y George H.W. Bush– muchas de sus decisiones atinentes

construyó su opinión judicial –para convalidar el *leading case* en la materia, *Roe v. Wade* (1973)– a través de una teoría de la legitimidad.<sup>27</sup> En términos generales, la Corte señaló que apartarse del precedente podría haber sido percibido por la opinión pública<sup>28</sup> como ilegítimo –como un mero capricho por el cambio de composición de sus miembros– y por tanto generar escepticismo, desconfianza y atentar así contra la fuerza vinculante de las decisiones de la institución.<sup>29</sup>

La opinión de la mayoría en este caso permite pensar que la convalidación del precedente fue el corolario de una toma de decisiones basada en principios más que en la ideología o posición política de los nuevos jueces y que este modelo de toma de decisiones constituiría para ellos, la condición *sine qua non* de legitimidad en esa institución. Esta justificación, sumada a la reticencia a revocar el precedente, muestra la preocupación de los magistrados por la potencial pérdida de legitimidad de la Corte y da cuenta de la relación entre legitimidad y obediencia.<sup>30</sup> Desde otra mirada, esta renuencia puede ser explicada también por las características mismas que la teoría constitucional otorga a la división de poderes en un sistema republicano y a la función del Poder Judicial dentro de ella, ya que, al no tener los jueces “ni la bolsa ni la espada”, su legitimidad radica en la percepción que de ella tiene el grupo al que se busca disciplinar.<sup>31</sup>

---

a derechos fundamentales (entre ellas “*Planned Parenthood v. Casey*”), fueron consideradas de una moderación inesperada. Para un análisis *in extenso* de este caso ver: Sullivan, Kathleen M, “Foreword: The Justice of Rules and Standards. En K. M. Sullivan, & A. R. Amar, “The Supreme Court, 1991 Term”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 106, No. 1, Nov., 19-161, 1992, p. 163-385.

<sup>27</sup> Entendiendo a la expresión “teorías de la legitimidad” como “el conglomerado de todas aquellas teorías que, de alguna manera, atribuyen importancia a la adhesión de las autoridades a principios democráticos, como un medio para crear obediencia hacia estas autoridades o aceptación de sus directivas” (Tyler 1994, *supra* nota 16, p. 707-708). Traducción propia. Asimismo, Tyler identifica en lo que Owen Fiss denomina “virtud institucional” (*institutional virtue*), un buen resumen de la visión tradicional de “legitimidad”. Véase, Fiss, Owen, “Objectivity and Interpretation”, en: Fiss, Owen, *The Law as It Could Be*, New York, New York University Press, 2003, p.149.171.

<sup>28</sup> Es más apropiado hablar de “opinión pública” o “público”, en vez de “partes”, teniendo en cuenta la magnitud y trascendencia de las decisiones de la Corte Suprema, al ser esta la cabeza del Poder Judicial.

<sup>29</sup> Tyler y Mitchell, *supra* nota 14.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> En este sentido, Sullivan señala:

...*La regla general acerca de dar vuelta el precedente es “no lo haga”. ¿Por qué no? La Corte es el poder menos peligroso del Estado. No puede gravar impuestos, ni posee tanques. Entonces, ¿por qué la gente le obedece? Porque posee legitimidad, “un producto de la sustancia y la percepción”. La gente “percibe” que la Corte toma decisiones basadas en principios y no en compromisos políticos. Eso no significa que la Corte no pueda invalidar nunca sus decisiones previas; la gente puede “aceptar ciertos errores sin cuestionar la legitimidad de la Corte”. Pero no puede lidiar con ello tantas veces...*

Sullivan, *supra* nota 26. Traducción propia.

Por su parte, la literatura de ética judicial<sup>32</sup> y los códigos de ética, sugieren que los magistrados, al no ser elegidos democráticamente, tienen la responsabilidad de construir su legitimidad a través de sus decisiones y su propia imagen. Se espera de ellos un accionar ejemplar y no el de una persona promedio.<sup>33</sup> Por tal razón, el Poder Judicial acoge en su organización dos principios que buscan asegurar la objetividad de las decisiones y funcionan como garantías procesales: el principio de imparcialidad –que tiene como finalidad custodiar la igualdad entre las partes y protegerlas de la esfera interna del juez– y el de independencia –para protegerlas de amenazas que provienen de una relación externa: los demás poderes del Estado, otros jueces, la opinión pública–. Esta literatura señala también que los jueces no sólo deben ser imparciales e independientes, sino que tienen la obligación de parecerlo, con el fin de conservar su legitimidad.

Desde otro enfoque, las discusiones en torno a la autoritatividad de los jueces (judicial authoritativeness) indican que para que una decisión sea efectiva, debe ser autoritativa, es decir debe lograr que, por alguna razón –o varias razones– las personas tiendan a seguirla. De lo contrario, los conflictos entre las partes no podrían resolverse, ya que siempre la parte no favorecida quedaría insatisfecha y renuente a obedecer. Indican también que esta característica no es algo que puede darse por sentado y que de hecho muchas veces los jueces encuentran obstáculos en la etapa de ejecución de sus decisiones.<sup>34</sup>

34

Tyler y Mitchell<sup>35</sup> reconocen dos aspectos distintivos de la *autoritatividad*. El primero tiene que ver con el poder que posee un juez para poder dictar una decisión (si el juez tiene competencia para decidir la cuestión). El segundo se encuentra relacionado con la obediencia del destinatario, es decir, si tal decisión es cumplida ya sea voluntaria o coactivamente. Los autores señalan que, cuando la decisión es acatada voluntariamente, surge una presunción acerca de que tal sentencia debería ser obedecida (*ought to be obeyed*) sin importar el poder de coerción –amenazas y castigos– que el juez o la Corte puedan llegar a ejercer.

---

<sup>32</sup> Kemelmajer, *supra* nota 15 y Chayer, Di Salvo y Jutard, *supra* nota 15.

<sup>33</sup> Al respecto, Chayer, Di Salvo y Jutard señalan que:

*...Cuando los magistrados, como colectivo, o algunos jueces con alta visibilidad pública se apartan de las conductas definidas como propias de la ética judicial o, peor aún, incumplen con el mínimo exigido legalmente y caen en lo que técnicamente se define como corrupción judicial, se afecta la credibilidad y el prestigio del Poder Judicial como institución. Simultáneamente, se afecta la eficacia de la justicia, ya que en las decisiones jurisdiccionales inciden factores ajenos a la racionalidad normativa y administrativa, propias de decisiones públicas...*

*Ibíd.*

<sup>34</sup> Tyler y Mitchell, *supra* nota 14.

<sup>35</sup> *Ibíd.*



Por su parte, Owen Fiss<sup>36</sup> también se pregunta en qué sentido es autoritativa la interpretación de un juez, a lo cual contesta:

*... Hay dos respuestas a esta pregunta. La primera, enfatizada en el trabajo de John Austin, está basada en el poder: en virtud de las reglas que gobiernan su conducta, los funcionarios del Estado tienen la facultad de usar el poder a su disposición para dar cumplimiento a las decisiones judiciales. A veces, ese poder se ejerce en el individuo a través de procedimientos de desacato; a veces a través de persecuciones criminales y acción policial; a veces a través de procedimientos civiles suplementarios. Otras, como en la desegregación de las escuelas públicas en Little Rock, o como en la admisión de James Meredith a Ole Miss, el poder se expresa a través de fuerza bruta –bayonetas, rifles, garrotes y gas lacrimógeno. Una interpretación judicial es autoritativa en el sentido de que legitima el uso de la fuerza frente a aquéllos que se rehúsan a aceptar; o de otra manera, hace efectivo el significado encarnado en esa interpretación.*

*El segundo sentido de “autoritatividad”, sugerido por el trabajo de otros positivistas, a saber Herbert Hart y Hans Kelsen, acentúa no el uso de la fuerza por parte del Estado, sino un mandato ético a la obediencia –una afirmación de que el individuo tiene un deber moral de obedecer a la interpretación judicial, no por su particular autoridad intelectual (Ej.: porque es la interpretación correcta) sino porque el juez es parte de una estructura que es bueno preservar. Esta versión de la afirmación de autoritatividad habla a la conciencia del individuo y deriva de la virtud institucional, más que del poder institucional. Es la versión más importante de la afirmación de autoritatividad porque ninguna sociedad puede depender exclusiva o fuertemente de la fuerza para asegurar el cumplimiento...<sup>37</sup>*

35

Fiss señala también que el juez intenta cambiar la realidad social; ello compone la tercera dimensión de la *autoritatividad*, su pretensión de eficacia.

Desde otro punto de vista, un recorrido por la literatura de justicia procedimental sugiere que los enfoques de “elección racional”<sup>38</sup> o “estrategias de control social” no son los más adecuados a la hora de regular la conducta de grupos, organizaciones y sociedades, ya que estos suelen ser costosos, ineficientes y no logran dar respuestas a largo plazo. Tyler<sup>39</sup> plantea que un mejor enfoque consistiría en desarrollar y fortalecer

<sup>36</sup> Fiss, *supra* nota 27.

<sup>37</sup> Fiss, *supra* nota 27, p.164.165. Traducción propia.

<sup>38</sup> Estas teorías se basan en la creencia de que la conducta de los individuos puede ser moldeada por incentivos externos: amenazas, castigos y recompensas. Tyler 2001 a, *supra* nota 16.

<sup>39</sup> Tyler 2001, *supra* nota 16.

los lazos y valores sociales entre los miembros de una comunidad, ya que de esta manera el compromiso y la cooperación con la regulación radicarían en un sistema normativo interno, propio (y consecuentemente las autoridades no deberían preocuparse tanto por los incentivos).<sup>40</sup> En este proceso, la legitimidad juega un rol primordial ya que la percepción de legitimidad en las autoridades tendería a facilitar la regulación, la cooperación y con ello la obediencia voluntaria, al incorporar como propias las obligaciones frente a las reglas.<sup>41</sup> Las teorías de justicia procedimental insinúan también que, los juicios que las personas realizan acerca de la legitimidad de sus autoridades se encuentran moldeados en mayor proporción por la manera en que estas toman las decisiones (*fairness of the procedures*), que por los resultados obtenidos.<sup>42</sup>

Estas teorías han sido puestas a prueba por trabajos empíricos tanto en el funcionamiento de la policía como de las cortes, a través de un “modelo de regulación basado en procedimientos” (*process-based model of regulation*).<sup>43 44</sup> Este sistema sugiere que tanto las conductas de los sujetos en encuentros personales con la policía y los jueces, como la obediencia al derecho en la vida diaria, se

<sup>40</sup> Estos dos modelos, el de “elección racional” (basado en juicios instrumentales) y el que tiene a la legitimidad como antecedente de la obediencia, abren la puerta al interrogante sobre qué tipo de cultura legal es preferible. El primer modelo depende de la habilidad de las autoridades de poder crear y mantener situaciones de amenazas e incentivos. El segundo modelo invita a pensar en una sociedad autorregulada (basada en el consenso y en la cooperación), en donde la obediencia nace de la propia creencia de las personas de estar actuando de manera correcta. Tyler 2003, *supra* nota 16. En algún sentido, es lo que en la teoría hartiana se denomina “punto de vista interno” (véase, Hart, Herbert L., *El Concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998). Si bien Tyler reconoce que una sociedad autorregulada no puede surgir de la noche a la mañana, señala que una manera de acercarse a ella es a través de procedimientos justos en el ejercicio que las autoridades hacen de sus funciones.

<sup>41</sup> En otro trabajo, Tyler reafirma lo mencionado:

*...la obligación percibida de obedecer al derecho es la más directa extensión del concepto de legitimidad. Este sentido de obligación puede ser medido directamente ('Debería obedecer') o puede surgir en una situación de conflicto con los sentimientos de la persona acerca de qué es lo correcto o deseable ('Debería obedecer aun sin estar de acuerdo'; 'Debería obedecer aun cuando creo que la decisión es incorrecta')...*

Tyler 2003, *supra* nota 16, p. 310. Traducción propia.

<sup>42</sup> Por ejemplo, en el caso de los jueces, por el resultado de las sentencias.

<sup>43</sup> Véanse: Casper, Tyler y Fisher, *supra* nota 13. Tyler 1990, *supra* nota 16 y Tyler 2003, *supra* nota 16.

<sup>44</sup> Tyler señala puntualmente: “...este modelo es explícitamente psicológico, concibe a los juicios subjetivos de parte del público sobre las acciones de la policía y las Cortes como centrales a la efectividad de estas autoridades legales...”. Tyler 2003, *supra* nota 16, p. 285, traducción propia. A su vez, el modelo no es normativo, sino descriptivo: sólo buscar mostrar por qué la gente cumple y para ello, se apoya en evidencia empírica proveniente de estudios realizados con personas a las que se las ha entrevistado y preguntado acerca de sus comportamientos, actitudes y valores frente a las autoridades legales y sobre sus experiencias personales frente a ellas. *Ibíd.*

encuentran altamente influenciadas por los juicios que las personas realizan acerca de la manera en que son tratadas en estas situaciones.<sup>45</sup> Estas investigaciones insinúan que la legitimidad cumple un rol primordial en moldear la obediencia hacia la ley y que es una fuente que influye de manera independiente a la hora del cumplimiento. La legitimidad tendría también un fuerte impacto en los juicios acerca del empoderamiento de los jueces a la hora de decidir discrecionalmente.<sup>46</sup> Sugieren además que, la clave a la hora de crear sentimientos de responsabilidad y obediencia voluntaria en el grupo que se busca disciplinar, se encuentra en el desarrollo de procedimientos justos (*procedural justice*).<sup>47</sup> Asimismo, señalan que este modelo es más eficaz a la hora de asegurar la obediencia a largo plazo, ya que logra introducir y forjar lazos y valores sociales que llevan a las personas a obedecer de manera voluntaria.<sup>48</sup> En relación a la confianza que la gente tiene en la policía y en la justicia, Tyler<sup>49</sup> indica que, al evaluar a las autoridades, las personas prestan especial atención a la manera en que estas tratan a los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, ¿ante qué circunstancias se percibe un proceso como “más justo”? Un proceso justo se conformaría por dos instancias: una que evalúa la manera en que la decisión es tomada y otra que analiza si las partes han sido tratadas con respeto e igualdad.<sup>50</sup> En este sentido, las percepciones de neutralidad<sup>51</sup> y el respeto por los derechos de las personas, se encuentran entre los elementos más importantes:

37

*...Los jueces que son vistos como honestos, imparciales y deliberativos, que basan sus decisiones en información relevante para el caso, en lugar de ser conducidos por presiones políticas u opiniones personales, están actuando de manera legítima a los ojos del público (...). Al igual que con los juicios de neutralidad, la percepción de respeto por los derechos de los ciudadanos denota la confianza de que la Corte va a actuar de buena fe ante cualquier disputa que resuelva. Bajo esta teoría, las posturas personales*

---

<sup>45</sup> Tyler 1990, *supra* nota 16.

<sup>46</sup> Tyler y Mitchell, *supra* nota 14.

<sup>47</sup> Tyler 1990, *supra* nota 16 y Casper, Tyler y Fisher, *supra* nota 16.

<sup>48</sup> Tyler 2001, *supra* nota 16.

<sup>49</sup> Tyler 2001 a, *supra* nota 16.

<sup>50</sup> Tyler 2003, *supra* nota 16.

<sup>51</sup> Es lo que Fiss llama “objetividad”:

*...La objetividad connota estándares. Implica que una interpretación puede ser medida frente a una serie de normas que trasciende el punto de vista particular de la persona que ofrece la interpretación. La objetividad implica que la interpretación puede ser juzgada por algo más que la propia noción acerca de lo correcto. Imparte una noción de impersonalidad”...*

Fiss, *supra* nota 27, p. 154. Traducción propia.

*y las agendas políticas parecen irrelevantes –predomina la validez de los argumentos legales...<sup>52</sup>*

Una manera de lograr neutralidad y de fortalecer el respeto por los derechos de los ciudadanos, es brindando a las personas la posibilidad de entender por qué el juez falla de determinada manera –el público valora que las acciones de los jueces se encuentren correctamente justificadas y persuasivamente explicadas– para poder entender la decisión y si viene al caso, tener la posibilidad de apelarla.<sup>53</sup>

#### **IV. Antecedentes jurídicos, políticos y sociales**

En esta sección expondré brevemente los antecedentes jurídicos y el momento histórico, político y social en el que se encontraban los jueces de la Corte Suprema en el momento en que fueron nombrados (2003/05), ya que entiendo que estas circunstancias pueden brindarnos una clave de cómo leer los fallos que analizaré posteriormente.

##### **1. La desobediencia al derecho como un problema cultural**

El teórico y sociólogo del derecho, Mauricio García Villegas,<sup>54</sup> señala que la desobediencia al derecho es una práctica internalizada en Latinoamérica, que tiene sus orígenes en la época de la colonia y que, con sutiles diferencias, se replica en todos los países latinoamericanos. El autor conceptualiza este fenómeno como “cultura” o “práctica del incumplimiento”, para referir algo que excede la mera inobservancia de la ley formal y que subyace al modo de vida en estos países. Al mismo tiempo, las evidencias se hacen patentes en igual proporción tanto en trabajos dirigidos a testear empíricamente los escenarios y la manera en que la ley se incumple, como en los artefactos culturales: la música, la literatura, el lenguaje cotidiano. Su obra, *Normas de papel*, muestra ejemplos del fenómeno en estos dos planos: por un lado expone datos empíricos recolectados en la ciudad de Bogotá, del incumplimiento de reglas informales, tales como hacer una fila o no copiarse en un examen. Por el otro, da cuenta de novelas, poemas, canciones y dichos populares en los que la inobservancia al derecho, la clandestinidad e incluso un código informal contrapuesto al legal, son moneda corriente.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Tyler y Mitchell, *supra* nota 14, p.786. Traducción propia.

<sup>53</sup> Tyler 2003, *supra* nota 16.

<sup>54</sup> García Villegas, Mauricio, *Normas de papel*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2009.

<sup>55</sup> El autor menciona como ejemplos: en Argentina, el *Martín Fierro*, de José Hernández, y *Juan Moreira*, de Eduardo Gutiérrez; en Perú, *El mundo es ancho y ajeno*, de Ciro Alegría, y *La ciudad y los perros*, de Mario Vargas Llosa; en Ecuador, *El Chulla Romeo y Flores*, de Jorge Icaza; en Colombia *El Coronel no tiene quien le escriba*, de Gabriel García Márquez.

El gran filósofo y jurista argentino, Carlos Nino conceptualizó en *Un país al margen de la ley*<sup>56</sup> el mismo fenómeno como “anomia boba” y enfatizó que Argentina tiene una alta tendencia a dicha práctica. Nino respaldó sus argumentos en la dificultad de los ciudadanos argentinos para acatar las leyes de tránsito, en los altos índices de evasión impositiva, en las tasas de contaminación ambiental y por último, pero no por ello menos importante, en la corrupción de la clase dirigente, la “anomia institucional”.

Por su parte, Martín Böhmer<sup>57</sup> intentó dar una explicación cultural al fenómeno de la anomia desde la óptica de la literatura, tomando como punto de partida la anomia institucional. El autor observa en el *Martín Fierro* –sin dudas el poema nacional y componente imprescindible de la literatura fundacional argentina– cómo el incumplimiento de la ley por parte de sus destinatarios –en este caso, el gaucho– se vuelve legítimo frente a una autoridad que desobedece de igual manera el derecho y, por tanto, es percibida como ilegítima –las autoridades del ejército, los jueces–.<sup>58</sup> Por esta razón, afirma el autor, la emblemática escena del poema en la que “Cruz se cambia de bando”, es percibida y aceptada en la disposición del relato –y de la cultura argentina– como una decisión legítima, frente a una autoridad que no lo es.

## 2. “Que se vayan todos”

En diciembre de 2001 la Argentina vivió, durante la gestión del Presidente Fernando de la Rúa, una de las crisis de mayor magnitud desde el retorno a la democracia. El anuncio por parte de Domingo Cavallo, ministro de Economía, de un plan de bancarización acelerada de la economía que imponía restricciones al retiro de efectivo de las cuentas bancarias –el corralito– entre otras medidas, fue el detonante de una serie de protestas contra la clase dirigente, que venía gestándose desde la era menemista y que se hizo evidente también en las elecciones legislativas

---

De igual manera, Martín Böhmer menciona una canción compuesta por Caetano Veloso en su exilio –“London, London”– en donde relata anonadado cómo es la vida en un país, Inglaterra, en el que los ciudadanos cumplen y acatan la ley. Böhmer, Martín F., “Lusus Naturae”, en: Rodríguez Garavito, César, *El derecho en América Latina: los retos del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p.185-210. Otro contraste podría establecerse con Estados Unidos, donde una expresión habitual es “It’s the law”, frase que destaca que hay conductas que no pueden realizarse justamente porque se encuentran vedadas por la ley. En contraposición, los latinoamericanos tienen un dicho que reza: “Hecha la ley, hecha la trampa”, para señalar que siempre la ley tiene una válvula de escape, un vericuetos.

<sup>56</sup> Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

<sup>57</sup> Böhmer, Martín F., “An Oresteia for Argentina: Between the Fraternity and the Rule of Law”, en: Powell, H. Jefferson y White, James Boyd, *Law and Democracy in the Empire of Force*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2009.

<sup>58</sup> En esta línea, si el protagonista Martín Fierro se vuelve gaucho matrero, pelea y desobedece a la ley, es porque la autoridad encargada de hacer cumplir el derecho es malvada, poco legítima y excluye a los gauchos de una posible comunidad.

de 2001.<sup>59</sup> La sociedad civil, encabezada por los “ahorristas” se congregó en calles y plazas con cacerolas y formó espontáneamente asambleas populares. Los panfletos y carteles en las manos, bajo el eslogan “Que se vayan todos” ponían en evidencia la presencia de una fuerte crisis de representatividad, que tenía como blanco de reproche no sólo al gobierno de turno, sino también a todos los políticos e incluso a los jueces de la Corte Suprema.

La crisis de 2001 puede explicarse a partir de numerosos factores.<sup>60</sup> Por un lado, el desencanto de la ciudadanía con los costos sociales de la reforma de mercado menemista, los reiterados casos de abuso de la autoridad y la creciente corrupción durante las presidencias de Carlos Menem y De la Rúa.<sup>61</sup> A esto debe sumarse además el balance insatisfactorio del gobierno de la Alianza, que en dos años de gestión no pudo cumplir con sus promesas ni revertir los estragos sociales y económicos del gobierno anterior.<sup>62</sup> Por el otro y no menos importante, el retorno a la democracia en 1983 dejó a través del Movimiento por los Derechos Humanos<sup>63</sup> un bagaje político-cultural que daría forma a un nuevo tipo de sociedad civil y a la emergencia en la década de los ‘90 de nuevos actores políticos y sociales: organizaciones no gubernamentales, grupos sociales y un periodismo más inquisitivo.

El Movimiento por los Derechos Humanos inauguraba un nuevo tipo de politización, a la vez que cambiaba el viejo paradigma de sociedad civil. Logró dejar como legado una retórica respetuosa de los derechos individuales, de la democracia y del estado de derecho, y al mismo tiempo, el suelo propicio para la emergencia de una sociedad civil autónoma y de nuevas formas de relaciones y activismos dentro de ella.<sup>64</sup> Este cambio cultural llevó a una actitud más crítica frente a las

40

---

<sup>59</sup> En este sentido, véase, Peruzzotti, Enrique, “Civic Engagement in Argentina. From the Human Rights Movements to the ‘Cacerolazos’”, Washington, D.C., Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2002, disponible en: <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/perrozutti.pdf>, último acceso: 7 de junio de 2013. Torre, Juan Carlos, “Los huérfanos de la política de partidos. Sobre los alcances y la naturaleza de la crisis de representación partidaria”, en: *Desarrollo Económico*, vol. 42, N° 168 (enero-marzo), 2003, p.647-665. Cheresky, Isidoro, *De la ilusión reformista al descontento ciudadano: las elecciones en Argentina, 1999-2001*, Rosario, Homo Sapiens, 2003. Del Cuetto, Carla M. y Luzzi, Mariana, *Rompecabezas: transformaciones en la estructura social argentina (1983-2008)*, Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2008.

<sup>60</sup> La hipótesis que encuentra como única explicación a este fenómeno social el enojo de la clase media frente al congelamiento de los ahorros y las altas tasas de inflación y desempleo ha sido refutada por varios académicos. Véase, Peruzzotti, *supra* nota 59.

<sup>61</sup> Peruzzotti, *supra* nota 59 y Torre, *supra* nota 59.

<sup>62</sup> Torre, *supra* nota 59.

<sup>63</sup> En este sentido, Peruzzotti señala que una de las mayores preocupaciones de este movimiento estuvo vinculado con la transparencia y responsabilidad de las instituciones políticas. Peruzzotti, *supra* nota 59.

<sup>64</sup> En esta misma línea, Torre afirma:

*...la crisis de representación partidaria es una expresión de la vitalidad de expectativas democráticas. Más en general, el malestar con la representación*

autoridades en lo atinente a la transparencia y la responsabilidad política y alentó el surgimiento de organizaciones sin fines de lucro, movimientos sociales y un periodismo más inquisitivo que adquirirían, todos ellos, importancia en la década de los '90.<sup>65</sup>

Durante el mandato de Menem, numerosos hechos de corrupción salieron a la luz: sobornos pedidos por parte del gobierno argentino a compañías extranjeras, escándalos de drogas y lavado de dinero por parte de familiares del presidente, ventas de armas en violación de tratados y normativas internacionales. Además de ello, una serie de casos penales sensibles a la opinión pública –María Soledad Morales, José Luis Cabezas y Omar Carrasco– involucraron a autoridades policiales y políticas de manera sospechosa, a los que se les acusaba de querer ocultar los crímenes y obstruir las investigaciones.<sup>66</sup>

Sin embargo, y a pesar de los hechos nombrados, fue durante la presidencia de De la Rúa cuando estalló uno de los principales casos de corrupción, el conocido “escándalo de las coimas del Senado”. Como señala Peruzzotti,<sup>67</sup> en el año 2000 el periodista Joaquín Morales Solá sugería en una editorial que un grupo de legisladores peronistas había recibido un soborno para aprobar una ley laboral. Cuando salió a la luz, el por entonces Vicepresidente de la Nación Carlos “Chacho” Álvarez y el Senador Antonio Cafiero buscaron por distintos medios encontrar a los responsables. Como una manera de esclarecer la situación, el vicepresidente había impulsado una acción judicial, a cargo del juez Carlos Liporace. A su vez, justo luego de haber hecho declaraciones sobre el caso de “las coimas en el Senado”, el Consejo de la Magistratura comenzó a investigar al juez Liporace por enriquecimiento ilícito. Como consecuencia, y tiñendo de oscuridad la causa, al poco tiempo el juez declaró “falta de mérito” sobre los once senadores imputados.

El escándalo del Senado generó mucha turbulencia en la administración de De la Rúa ya que, por un lado el vicepresidente se encontraba firme en su decisión de investigar a los responsables, mientras que por el otro, el presidente consideraba que muchas de las acusaciones estaban infundadas. Luego de la negativa de los senadores

---

*constituye un síntoma de cambios operados en la cultura política de franjas significativas del electorado. Dichos cambios han puesto en circulación claves interpretativas que enmarcan la relación entre representantes y representados a partir de criterios nuevos, que redefinen como inmorales e injustos a comportamientos que eran previamente considerados en definitiva tolerables (...)*  
*El disparador del cambio ha sido apropiadamente localizado en el movimiento por los derechos humanos que surgió en la última dictadura y ganó protagonismo con la transición a la democracia...*

Torre, *supra* nota 59, p. 656.

<sup>65</sup> Peruzzotti, *supra* nota 59.

<sup>66</sup> *Ibíd.*

<sup>67</sup> *Ibíd.*

involucrados en el escándalo de firmar sus renunciaciones y tras el nombramiento de un ministro implicado en las coimas como secretario general de la presidencia, el Vicepresidente Álvarez presentó su renuncia.<sup>68</sup>

Ahora bien, ¿por qué se prestó tanta importancia a este escándalo político? En primer lugar, el mensaje simbólico que dejaron las coimas fue de una enorme envergadura ya que el Congreso y las leyes son las instituciones políticas donde reside el corazón de la democracia representativa; es decir, se puso en tela de juicio el funcionamiento de los mecanismos de representación de la democracia argentina.<sup>69</sup> En segundo lugar, de acuerdo con Cheresky,<sup>70</sup> la renuncia de Álvarez puso en evidencia un hiato *in crescendo* entre la ciudadanía y la representación, un embrionario divorcio entre las instituciones políticas y la opinión pública, ya que el vicepresidente estaba dispuesto a impulsar las causas y continuar con las investigaciones, pero se encontró con trabas puestas por los bloques mayoritarios y por el mismo presidente. Como consecuencia, una primera expresión de dicho divorcio se revelaría en las elecciones legislativas de octubre de 2001, en donde más del 40% de los electores emitieron votos en blanco, anulados o se abstuvieron.<sup>71</sup> Todo ello generó el suelo propicio para la eclosión trágica en diciembre del mismo año:

42

*...En un contexto de profundización de la conflictividad social y política, el 18 de diciembre de 2001 se producen los primeros saqueos de comercios en el conurbano bonaerense, que se prolongaron durante el día siguiente. Luego de una larga jornada de silencio, el presidente De la Rúa dispone, en un breve mensaje transmitido en cadena nacional, el estado de sitio. La respuesta de la población de las grandes ciudades del país es una movilización masiva y espontánea, en la que se configuran dos de los signos que marcarían el siglo de movilizaciones que se inaugura en ese diciembre de 2001: el cacerolazo como formato de protesta y el cuestionamiento de la “clase política” condensado en la consigna “que se vayan todos”...<sup>72</sup>*

Los episodios de diciembre finalizarían con las renunciaciones del ministro de Economía y subsiguientemente del Presidente De la Rúa, con el pasaje por la Casa Rosada de tres presidentes diferentes durante los diez días posteriores a la renuncia de De la Rúa<sup>73</sup> y finalmente, con la elección por parte de la Asamblea Legislativa de

---

<sup>68</sup> Peruzzotti, *supra* nota 59.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Cheresky, *supra* nota 54.

<sup>71</sup> Peruzzotti, *supra* nota 54; Torre, *supra* nota 54; y, Cheresky, *supra* nota 54.

<sup>72</sup> Del Cuetto y Luzzi, *supra* nota 59, p. 31.

<sup>73</sup> Durante este período de turbulencia política, entre fines de diciembre de 2001 y enero de



Eduardo Duhalde, el 30 de diciembre. El gobierno del Presidente Duhalde intentaría poner orden al caos económico reinante:

*...A comienzos de enero de 2002, Duhalde anuncia oficialmente el fin de la convertibilidad: se elimina entonces la paridad 1 a 1 entre el peso y el dólar, estableciéndose una devaluación inicial del peso del 40%, y se anulan las restricciones a la emisión monetaria impuestas por la ley de convertibilidad. Al mismo tiempo, se declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria...<sup>74</sup>*

Estas medidas generaron nuevas olas de reclamos de aquella parte de la población cuyos ahorros habían quedado desvalorizados por el nuevo cambio.

Los jueces tampoco quedaron exentos del reclamo, ya que, para la ciudadanía, la Corte Suprema se encontraba asociada a la “mayoría automática”.<sup>75</sup> En su primer año en el poder, el Presidente Menem trató, en un intento fallido, de colocar en el Supremo Tribunal magistrados simpatizantes y leales a su partido. Ante tal fracaso, impulsó un aumento de cinco a nueve jueces en la Corte Suprema, aprobado por el Congreso y que le aseguraría su representación en el Máximo Tribunal.<sup>76 77</sup> Esto implicó un control pleno del presidente de las decisiones políticas más importantes y tuvo como consecuencia una alta ineficiencia institucional. Verbitsky señala al respecto:

43

*...Con la justicia y todos los órganos de control en un puño, subyugadas la Corte Suprema, el Tribunal de Cuentas, la Procuración General, la Procuración del Tesoro, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la Inspección General de Justicia, la SIGEP, la comisión de acuerdos del Senado y la comisión de juicio político de la Cámara de Diputados, Menem estaba en condiciones de definir lo lícito y lo prohibido, el bien y el mal...<sup>78</sup>*

Por estos motivos, la crisis de 2001 tuvo también como blanco de repudio a los jueces, y muchos de los reclamos, en contra del “corralito” y la pesificación,

---

2002, el país contó con cinco presidentes diferentes en quince días.

<sup>74</sup> Del Cuetto y Luzzi, *supra* nota 59, p. 31.

<sup>75</sup> Svampa, Maristella, “Las fronteras del gobierno de Kirchner”, *Revista Crisis, Número 0*, 2006, disponible en: <http://www.maristellasvampa.net/archivos/period15.pdf>, último acceso: 07 de junio de 2013.

<sup>76</sup> International Transparency, *Informe global de la corrupción*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2004.

<sup>77</sup> Un mayor análisis sobre la Corte menemista, véase, Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte*, Buenos Aires: La Página, 2006.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, p.15.

que continuaron a principios de 2002, se desarrollaron en las puertas del Palacio de Justicia.<sup>79</sup>

Luego de haber logrado cierta estabilidad política, el Presidente Duhalde decidió acortar el mandato, convocando las elecciones presidenciales para abril de 2003 (en vez de realizarse en diciembre, cuando vencía el mandato de De la Rúa).

Finalmente y tras una crisis de liderazgo dentro del propio partido justicialista, Menem, Rodríguez Saá y Kirchner se presentaron a las elecciones presidenciales bajo el sistema de “neolema”, maniobra política diseñada por Duhalde para atraer el electorado menemista.<sup>80</sup>

### 3. El proceso de nombramiento de los nuevos integrantes de la Corte Suprema

El presidente Néstor Kirchner llegó al poder con un bajo 22% de los votos, tras la renuncia de Menem de presentarse a la segunda vuelta establecida por la Constitución y asumió la presidencia el 25 de mayo de 2003.<sup>81</sup>

44 En los inicios de su mandato, implementó una serie de medidas políticas, tales como la cancelación de la deuda con el Fondo Monetario Internacional; un nuevo sistema de nombramiento de jueces, junto con la renovación de la desprestigiada Corte Suprema y la utilización de un discurso y una simbología exaltadores de los derechos humanos y de la memoria —en relación con las atrocidades cometidas durante el último gobierno de facto (1976/83)— que lograron consolidar su poder. De todas esas medidas, las dos últimas me interesan particularmente. La primera de ellas será presentada a continuación y la segunda, será tratada en la próxima sección, en el análisis que realizo del caso *Mazzeo*.

Como bien señalan Llanos & Figueroa Schibber,<sup>82</sup> el proceso de designación de jueces, con aprobación del Senado cuenta de dos etapas: la primera de ellas, el “nombramiento”, transcurre en el ámbito del Poder Ejecutivo y su duración se extiende desde el momento en que surge una vacante, hasta la selección del

<sup>79</sup> Véase, International Transparency, supra nota 76; y, Barrera, Leticia, “Relocalizing the Judicial Space: Place, Acces and Mobilization in Judicial Practice in Post-crisis Argentina”, en: *Law, Culture and the Humanities*, pp. 1-24, 2010.

<sup>80</sup> Quiroga, Hugo, “La reconstrucción de la democracia argentina”, en: Suriano, Juan, *Dictadura y democracia (1976-2001)*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2005, p. 89-153.

<sup>81</sup> Menem había obtenido en la primera vuelta un 24,3%, mientras que Kirchner había alcanzado un 21,9%. La Constitución estipula una segunda vuelta, conocida como *ballotage*. Menem renunció a esta segunda vuelta, dejando a Kirchner como presidente.

<sup>82</sup> Llanos, Mariana y Figueroa Schibber, Constanza, “El Senado frente a los nombramientos del Poder Judicial en la Argentina democrática (1983-2006)”, GIGA working papers, No 54, julio de 2007, disponible en [www.giga-hamburg.de/workingpapers](http://www.giga-hamburg.de/workingpapers): <http://hdl.handle.net/10419/47740>, último acceso: 07 de junio de 2013.

funcionario que será enviado al Senado. La segunda, comienza con la entrega por parte del Ejecutivo del pliego de solicitud de acuerdo y finaliza con el veredicto de la Cámara; esta etapa es conocida como “prestación de acuerdo”. Hasta 1992, reinaba en el Senado un clima de secreto en torno a los procedimientos de nombramiento de los funcionarios. Llanos y Figueroa Schibber señalan:

*...De acuerdo con las primeras versiones del reglamento del Senado (1854-1877), las designaciones eran tratadas y aprobadas en sesiones públicas. Sin embargo, a propuesta del senador y ex-presidente Sarmiento, el Senado decidió seguir el ejemplo de un digesto del Senado norteamericano, que él mismo tradujo al español, que estipulaba que estas decisiones debían tomarse en sesiones secretas. La modificación al reglamento fue aprobada por la cámara alta en 1877. Desde entonces, el trámite de los acuerdos se realizó en sesiones secretas del plenario y de la comisión por más de un siglo, hasta que éstas fueron desechadas por la reforma del reglamento aprobada en el año 1992...<sup>83</sup>*

En 1992, se modificó el artículo 22 del Reglamento del Senado. La modificación proveía que los nombramientos realizados por el Poder Ejecutivo debían ser recibidos y aprobados en sesiones públicas, y que la Comisión de Acuerdos podía recibir vetos por parte de la ciudadanía durante los siete días siguientes a la presentación.<sup>84</sup> La reforma constitucional de 1994 estipulaba además que el nombramiento por parte del presidente de los magistrados de la Corte Suprema debía contar “con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto”.

La iniciativa del Presidente Kirchner<sup>85</sup> siguió la línea de las modificaciones mencionadas: incluyó nuevas garantías para la publicidad de los nombramientos y produjo un verdadero sentimiento de compromiso en el Senado con la difusión de los perfiles de los candidatos.<sup>86</sup> El 19 de junio de 2003 el primer mandatario

45

<sup>83</sup> Llanos y Figueroa Schibber, *supra* nota 82, p.12-13.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> En enero de 2002 un grupo de organizaciones sin fines de lucro (la Asociación por los Derechos Civiles, el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales y la Unión de Usuarios y Consumidores) hacía público un documento –*Una Corte para la democracia*– en el cual se afirmaba que, para lograr una democracia estable y consolidada, resultaba imperioso reconstruir el Poder Judicial. De esta manera, desde la sociedad civil y hacia las autoridades, surgieron una serie de propuestas y medidas con el objeto de recuperar y restaurar la legitimidad de los tribunales. Véase, CELS, “Una Corte para la Democracia”, Centro de Estudios Legales y Sociales, disponible en: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/corte\\_1.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/corte_1.pdf), último acceso: 07 de junio de 2013.

<sup>86</sup> Llanos y Figueroa Schibber, *supra* nota 82.

firmaba el Decreto 222/03, que regulaba el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución Nacional, en lo atinente al procedimiento de elección de los magistrados que integrarían la Corte Suprema de la Nación. El decreto estableció, entre otras cuestiones, que las vacantes serían ocupadas por jueces de renombrada trayectoria académica y experiencia en el mundo jurídico; que la diversidad regional, de género y el respeto por los valores democráticos serían criterios a tener en cuenta en las designaciones, a la vez que disponía de nuevos mecanismos y plazos de publicidad para que las organizaciones no gubernamentales, los colegios, las asociaciones, las entidades académicas y defensoras de los derechos humanos, y la ciudadanía en general, pudieran presentar por escrito y de manera fundada, sus objeciones hacia los postulantes ante el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. De esta manera, la Corte Suprema como institución, comenzaba a experimentar un importante recambio, alejándose de la Corte de la “mayoría automática” menemista.

Entre los años 2002 y 2005, siete de los nueve jueces dejaron la Corte. Eduardo Moliné O’Connor y Antonio Boggiano fueron removidos a través de juicio político; Julio Nazareno, Adolfo Vázquez y Guillermo López renunciaron ante la amenaza de destitución, Gustavo Bossert alegó motivos de “cansancio moral” y finalmente Augusto Belluscio renunció a los 75 años ante el nuevo límite de edad introducido por la reforma de 1994.<sup>87</sup> Como señalan estos autores, la Corte estaba compuesta por nueve jueces, razón por la cual el apartamiento de siete de ellos implicaba un viraje radical para una institución en la que el cambio de composición debe darse de manera paulatina.

En menos de dos años –octubre de 2003 y febrero de 2005– cuatro jueces nuevos fueron nombrados: Eugenio Raúl Zaffaroni, Elena Highton de Nolasco, Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen Argibay, inaugurándose con estas designaciones el nuevo procedimiento instaurado por el decreto 222/03 y aprobado en el Senado: una serie de reglas procedimentales y de plazos habían sido respetados, se hicieron públicos los perfiles de los candidatos y se dio lugar para las objeciones y los aportes que pudiera realizar la ciudadanía. Además, los jueces tuvieron la obligación de mostrar públicamente sus posturas frente a cuestiones institucionales propias del Tribunal y a los derechos constitucionales.<sup>88</sup> La Corte quedaría integrada, de esta manera, por los siguientes magistrados: Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni, Elena Highton de Nolasco, Carmen Argibay y Ricardo Luis Lorenzetti, su actual composición.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Herrero, Álvaro, Schwartzman, Sebastián, González Bertomeu, Juan y Aisenstein, Mariela, “Reformas institucionales en la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, en *Revista Sistemas Judiciales, Centro de estudios de Justicia de las Américas*, CEJA 13, 2008, p. 48-58.

<sup>88</sup> Herrero, Schwartzman, González Bertomeu y Aisenstein, *supra* nota 87.

<sup>89</sup> Carlos S. Fayt y Enrique Petracchi fueron los únicos jueces que quedaron de Cortes anteriores, ambos designados en el año 1983 por el Presidente Alfonsín. Por su parte, Juan Carlos Maqueda fue nombrado por el Presidente Duhalde en diciembre de 2002. Además, en

La designación de académicos y juristas prestigiosos en el mundo del derecho, sumada a un transparente proceso de designación, generó nuevas esperanzas en torno al *modelo autoritativo* que la nueva Corte acogería. Los mismos magistrados eran conscientes del momento institucional en el que se encontraban y de que recaía sobre ellos la construcción de una nueva legitimidad perdida por su predecesora. En agosto de 2007, Ricardo Lorenzetti iniciaba el período que lo tendría como presidente emitiendo un escrito al que llamó “Políticas de Estado para el Poder Judicial”.<sup>90</sup> En ese documento, el magistrado hacía patente la misión de la Corte de reconstruir la legitimidad, reconocía la crisis vivida por el país entre los años 2001/02 y cómo esta había afectado al Poder Judicial. Al mismo tiempo, denominó el período 2002-2006 como un tiempo “de transición”, de búsqueda de la estabilidad; iniciándose a partir de su mandato un momento de “reconstrucción institucional”. En el año 2007 se inauguraba, para Lorenzetti, el momento propicio para “reconstruir los deteriorados vínculos entre el Poder Judicial y la sociedad”,<sup>91</sup> pero también para fortalecer y consolidar la propia identidad del Poder Judicial frente a los otros poderes del Estado. Igualmente, el magistrado hacía alusión a una crisis de confianza en la Justicia por parte de la ciudadanía, que era necesario “revertir con urgencia a través de gestos y medidas adecuadas, atento al delicado rol institucional que cabe a los jueces como garantes de los derechos de todos los habitantes”.<sup>92 93</sup>

El por entonces flamante presidente señalaba además que para la ciudadanía eran los jueces –y especialmente los del Supremo Tribunal– los responsables de revertir los saldos que había dejado la crisis y de achicar el hiato entre representantes y representados. En este sentido, Catalina Smulovitz<sup>94</sup> mostró que el Poder Judicial se emplazó –y se constituye hoy– en la Argentina como la nueva arena política donde diversos actores buscan dirimir no sólo los conflictos estrictamente

47

---

2006 se aprobó la Ley 26.183 en el Congreso para reducir el número de jueces de nueve a siete y posteriormente a cinco.

<sup>90</sup> Lorenzetti, Ricardo L., “Políticas de Estado para el poder judicial”, 2007, Pensamiento Penal, disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102007/Lorenzetti.pdf>, último acceso: 07 de junio de 2013.

<sup>91</sup> Lorenzetti, *supra* nota 90.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> De hecho, la afirmación de Lorenzetti tiene su correlato empírico en los datos recolectados por Latinobarómetro. De acuerdo con este, el nivel de nula/baja confianza en la justicia llegó a sus niveles más altos en 2002, alcanzando un 90, 3%; luego disminuyeron a un 81, 2 % en 2003 y a una 72, 4% en 2004 (Smulovitz, 2008). Al mismo tiempo, el Índice de Confianza en la Justicia desarrollado por la Universidad Torcuato di Tella muestra que, a pesar de las fluctuaciones en las mediciones, desde marzo de 2005 a marzo de 2010, nunca se ha alcanzado un índice de confianza superior al 50,5%. Véase, UTDT, *Índice de Confianza en la Justicia*, disponible en: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=521&id\\_item\\_menu=1601](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=521&id_item_menu=1601), último acceso: 07 de junio de 2013.

<sup>94</sup> Smulovitz, Catalina, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, en *Desarrollo Económico*, Vol.48, No 190/191, p. 287-305, 2008.

legales, sino también sociales y políticos; como un sendero alternativo para hacer política y conseguir resultados extralegales. Según la autora se ha producido una “judicialización de la política” o una “movilización legal”, en la cual se redefinen políticas públicas. En palabras de Smulovitz:

*... las cortes y los jueces están redefiniendo políticas públicas decididas por autoridades representativas (legislaturas y ejecutivos), y los ciudadanos y las organizaciones sociales están utilizando a las cortes y a la ley para realizar demandas privadas y sociales, y para regular interacciones cotidianas previamente organizadas según lazos de cooperación, confianza o parentesco...<sup>95</sup>*

Martin<sup>96</sup> por su parte, afirma que la recurrencia a los juzgados, en lo que él denomina “un nuevo giro judicial de la política”, puede interpretarse más ampliamente como la manera en que la ciudadanía se constituye en el espacio público. De esta manera, señala:

*... Ciudadanos, organizaciones y corporaciones de la sociedad recurren a la Justicia y al lenguaje del Derecho para solucionar problemas que tradicionalmente resolvían en otras esferas y con otras prácticas y palabras. Crean e impugnan legislaciones, influyen en las decisiones de gobierno y ponen en movimiento una gramática jurídica a la que los mismos representantes políticos se pliegan en búsqueda de legitimación (...) Como bien hemos sugerido antes, el giro judicial en la política constituye más bien un fenómeno denso cuya configuración se opera a la par de las mutaciones producidas en la representación y la ciudadanía y al calor de la eclosión y la ampliación del espacio público (...) Como se ha dicho, la Justicia aparece como una instancia de generación de legitimidad renovada que pone a los jueces como los garantes de las promesas de las democracias constitucionales...<sup>97</sup>*

Sin embargo, esta “judicialización de la política” o “giro judicial de la política” que tiene a los tribunales como protagonistas, no implica un correlato en la confianza que la ciudadanía tiene en el Poder Judicial. Por el contrario, y como señala Martin, este giro se da en un contexto en el que la desconfianza ha alcanzado incluso a los

<sup>95</sup> Smulovitz, *supra* nota 94, p. 287.

<sup>96</sup> Martin, Lucas G., “Giro judicial y legitimidad pública en la política argentina”, en: Cheresky, Isidoro, *Ciudadanía y legitimidad democrática en América Latina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Prometeo Libros, 2011, pp. 363-394.

<sup>97</sup> *Ibíd*, pp. 379-380.

jueces: “la justicia, sus instituciones y el discurso de los derechos no salen indemnes del viento de desconfianza ciudadana que caracteriza a la democracia actual”.<sup>98</sup>

De esta manera, el contexto de crisis, desconfianza y búsqueda de legitimidad refuerza la misión de los jueces, especialmente los de la Corte, de restaurar y reconstruir un modelo de autoridad legítima.

## V. Razones, resignificaciones y prácticas

En la segunda parte, realicé un repaso por la literatura que señala que la autoridad de los jueces y la consiguiente obediencia de los destinatarios del derecho, dependen en gran medida de la legitimidad de los magistrados. Al mismo tiempo, estas teorías sugieren que, los jueces, al no ser elegidos democráticamente, son los responsables de construir su propio prestigio. Por último, insinúan que la percepción que la gente tiene acerca de cómo es tratada por las autoridades, es primordial a la hora de moldear los juicios sobre legitimidad. Es decir, si las autoridades son objetivas, si brindan razones a las partes para decidir de determinada manera.

En la sección anterior, mostré cómo los miembros de la Corte en el período analizado, fueron nombrados en un contexto de crisis social y política, que tenía por blanco también a los jueces, especialmente a los de la Corte Suprema. Bajo este panorama, los magistrados debían asumir la tarea de recuperar la confianza en la Justicia y reconstruir la legitimidad del Poder Judicial.

Teniendo en cuenta las teorías descriptas y el contexto del país al momento del nombramiento de los jueces, en esta sección me propongo analizar, en un ensayo de *Derecho y Literatura*, las estrategias discursivas<sup>99</sup> empleadas por los jueces de la Corte—ya sea en el voto de la mayoría, o en el de algún juez particular—<sup>100</sup> en ciertas decisiones paradigmáticas. Los casos que elegí tratan diferentes cuestiones: en *Mazzeo*,<sup>101</sup> la Corte discute la constitucionalidad del indulto otorgado por el Presidente

<sup>98</sup> *Ibid*, p. 367.

<sup>99</sup> En este trabajo concibo “las estrategias discursivas” —parafraseando a White— como “actos de esperanza”, como aquellas pretensiones de *autoritatividad* que tienen los jueces cuando se convierten en sujetos de pensamiento y de argumento conscientes. En este sentido, el autor afirma: “...Cada acto discursivo es una forma de ser y actuar en el mundo, que proclama su propia legitimidad y que pedimos a otros que respeten...”. White, James Boyd, *Acts of Hope: Creating Authority in Literature, Law and Politics*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994, p. 11.

<sup>100</sup> Hago esta distinción ya que en *Mazzeo*, por las características particulares del caso y por la comprometida situación de la doctora Argibay (la cual describiré al momento de analizar el fallo), trataré su voto en disidencia. En los otros dos casos, *ALITT* y *CHA*, analizaré los votos mayoritarios.

<sup>101</sup> CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos: 330:3248, disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=630503>, último acceso: 07 de junio de 2013.

Menem a militares involucrados en la última dictadura militar; *ALITT*,<sup>102</sup> define si resulta constitucional negar la personería jurídica a una asociación que brega por los derechos de la comunidad travesti-trans; por último, *Arriola*,<sup>103</sup> determina si la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal supera el test de constitucionalidad. Sobre todas estas cuestiones se había expedido la Corte menemista y, en todos los casos, la Corte en su composición actual, revoca el precedente.<sup>104</sup>

En su libro *Constitutional Law as Fiction*, Lewis Henry LaRue,<sup>105</sup> señala que: “las opiniones judiciales deben ser persuasivas si la empresa de juzgar y crear derecho aspira a tener el poder que realmente tiene. Los abogados y los jueces necesitan creer en lo que hacen. El espíritu y la confianza en el Poder Judicial descansa en la convicción de la rectitud de su empresa”.<sup>106</sup> Por dicha razón, el autor sostiene la tesis de que las sentencias –y el derecho en general– no se construyen bajo la pétrea hegemonía de los hechos. Por el contrario, y ya que la finalidad de la opinión judicial es –en última instancia– la persuasión de las partes, el autor localiza tales cimientos en el terreno de la ficción. Por “ficción”, dice LaRue, no debe entenderse “falsedad”, ni tampoco debe creerse que “los hechos” sean los dueños de la verdad absoluta.<sup>107</sup> Lo que plantea el autor, más acertadamente, es que, al construir la opinión judicial, los jueces establecen una manera de contar la historia: eligen qué hechos narrar, los relatan de una determinada manera, traen ciertos argumentos a la discusión mientras que dejan otros de lado y citan autores y casos anteriores. En toda esa gimnasia puede encontrarse, en definitiva, algo de

50

<sup>102</sup> CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia”, sentencia del 21 de noviembre de 2006, Fallos 329:566, disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/juris/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&fallold=616>, último acceso: 07 de junio de 2013.

<sup>103</sup> CSJN, “Arriola Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, sentencia del 25 de agosto de 2009, Fallos: 332, 1963, disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=671140>, último acceso: 07 de junio de 2013.

<sup>104</sup> En *Mazzeo*, la Corte va incluso más allá, ya que no revoca un precedente, sino que reabre un caso cuya decisión había pasado en autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, en este caso no analizaré el voto de la mayoría, sino la disidencia de la jueza Argibay.

<sup>105</sup> LaRue, Henry L., *Constitutional Law as Fiction*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1995.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 11. Traducción propia.

<sup>107</sup> En este sentido el autor señala:

*...la relación realidad-ficción en una historia, no se corresponde con la relación verdad-falsedad en ella. Al fin y al cabo, no podemos conocer nunca los hechos con certeza; siempre nos encontramos sujetos a probabilidades. Como cualquier abogado sabe, los testigos pueden equivocarse e incluso hay un margen de error en las pruebas de laboratorio. Para decirlo brevemente, los hechos en una historia nunca son completamente ciertos, más bien, deben ser considerados como más o menos probables. Es más, incluso si fueran probables, pueden estar incompletos y ser por ello engañosos....*

LaRue, *supra* nota 105, p. 14. Traducción propia.



ficción, ya que: “los jueces nos cuentan estas historias para persuadirnos de que el camino que debe tomar el derecho es este y no otro” (LaRue, 1995:14).<sup>108</sup>

No pretendo en este trabajo juzgar el valor moral de las decisiones, ni si estas crean un mal o un buen derecho. La propuesta de esta sección es, más acertadamente, encontrar y revelar las estrategias retóricas que emplean los jueces para legitimar sus decisiones en la edificación de la opinión judicial. Me interesa mostrar cómo construyen la historia –“las ficciones”– cuál es el razonamiento empleado por los magistrados para invalidar el *leading case* en la materia e instalar una nueva doctrina<sup>109</sup> y al mismo tiempo –sin poner en jaque las garantías de independencia e imparcialidad, ni socavar la legitimidad del Poder Judicial– persuadir a las partes.<sup>110</sup>

Los párrafos siguientes se encuentran divididos en subtítulos, pero me gustaría remarcar que, a lo largo de esta sección, la estructura argumental del texto tomará dos rumbos distintos aunque estrechamente vinculados. Por un lado, analizaré las razones que brindan los jueces con el objeto de persuadir a las partes. Esta línea se verá con mayor claridad en el análisis del voto de Carmen Argibay en el caso *Mazzeo*. Por el otro, identificaré los momentos en los que la Corte como institución resignifica palabras –da nuevos valor y sentido a los términos jurídicos– y, vinculado con esto, inaugura nuevas prácticas. Esta segunda línea de análisis se verá reflejada con mayor profundidad en mis interpretaciones de *ALITT* y *Arriola*.

51

## 1. Mazzeo: las razones

*Mazzeo* es un caso particularmente paradigmático de esta Corte. En él, el Tribunal debía decidir la constitucionalidad del indulto<sup>111</sup> otorgado por el Presidente Menem a Santiago Omar Riveros, comandante de Institutos Militares entre 1975 y 1978, por su participación en diversos delitos durante el último gobierno de facto. Este fallo se inscribe en una línea jurisprudencial de la Corte,<sup>112</sup> que tendría su puntapié inicial en

<sup>108</sup> *Ibíd*, p. 14, traducción propia.

<sup>109</sup> O para votar en disidencia en el caso de la doctora Argibay en *Mazzeo*.

<sup>110</sup> Digo sin poner en jaque estos principios ya que la Corte, en todos estos casos, revoca doctrinas instaladas por su antecesora –como señalé, un tribunal señalado como “la Corte de Menem”. Entonces, el desafío es también, mostrar cómo hacen los jueces para invalidar el precedente, sin que la opinión pública la señale como la “Corte de Kirchner”.

<sup>111</sup> Entre 1989 y 1990, el Presidente Menem firmó una serie de decretos en los que indultaba tanto a militares como a civiles involucrados en crímenes cometidos durante la última dictadura militar (1976/83). El indulto se otorgó a personas que ya habían sido juzgadas, como a los ex miembros de la junta comandante, sentenciados en “el juicio a las juntas”. Pero también a personas que en ese momento estaban siendo procesadas, o frente a las cuales no había aún una sentencia. Santiago Omar Riveros, por ejemplo, fue indultado mediante el decreto 1002/89, en el momento en que la investigación judicial se estaba llevando a cabo.

<sup>112</sup> En el año 2004, la Corte decidió el caso *Arancibia Clavel* (CSJN, 2004), en el cual determinó que los delitos de lesa humanidad eran imprescriptibles y que la aplicación de la ley podía hacerse

la política estatal del Presidente Kirchner; una política de exaltación de los derechos humanos, búsqueda de la verdad y consolidación de la memoria, en relación con las atrocidades cometidas durante la última dictadura militar (1976/83).<sup>113</sup> Al mismo tiempo este caso es particularmente importante porque, a diferencia de los fallos que analizaré posteriormente, aquí la Corte reabre una causa cuya decisión había pasado en autoridad de cosa juzgada.<sup>114</sup>

En *Mazzeo*, el voto mayoritario —el fallo cuenta con dos disidencias—<sup>115</sup> declaró la inconstitucionalidad del indulto. El razonamiento que cohesionó este voto consistió esencialmente en que no declarar la inconstitucionalidad del indulto conllevaba “de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad”.<sup>116</sup> Para respaldar tal decisión, la Corte expuso toda la normativa de derecho internacional (*ius cogens*, derecho consuetudinario, tratados y fallos de tribunales internacionales) y la propia doctrina que, al tratarse de delitos de lesa humanidad, le prescribían decidir de esa manera. Sin embargo, mi análisis en este punto no se enfocará en el voto de la mayoría, sino en la disidencia que construye la doctora Carmen Argibay. Elijo este voto por la particular situación de la magistrada frente al dictado de este fallo y porque en

---

retroactivamente en virtud de ello. Más tarde, en 2005, la Corte declaró en *Simón* (CSJN, 2005) la inconstitucionalidad de las “leyes de la impunidad”, de obediencia debida y punto final, negándoles cualquier efecto jurídico. Cabe señalar que la Corte ya se había expedido al respecto en el caso *Camps* (CSJN, 1987), con lo cual revoca un precedente. Al mismo tiempo, en *Simón*, afirmó la constitucionalidad de la ley 25.779, sancionada en el año 2003 por el Congreso, con el fin de anular las leyes de obediencia debida y punto final. A partir de estas decisiones, un gran número de causas y de investigaciones se abrieron a lo largo de todo el país.

<sup>113</sup> Quiero aclarar que, no considero que los jueces de la Corte respondían a la voluntad del presidente, sino que mi intención es contextualizar el tratado de estas causas en el marco de una política de Estado más general.

En el año 2003, Patricia Walsh, diputada por la Izquierda Unida, presentó un proyecto de ley para anular las leyes mencionadas en la nota anterior. La iniciativa fue bienvenida y apoyada por el Presidente Kirchner. El 20 de Agosto de 2003, tras un largo debate, el Congreso anuló las leyes de obediencia debida y punto final. La ley fue promulgada por el presidente el 2 de septiembre de 2003. Comenzaba así una nueva etapa en la que la consolidación de la memoria, la búsqueda de la verdad y la exaltación de los derechos humanos se convertirían en política de Estado.

<sup>114</sup> El indulto a Santiago Omar Riveros fue otorgado en medio de las investigaciones iniciales del caso. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín rechazó los planteos de inconstitucionalidad presentados e hizo lugar al argumento de la defensa respecto del indulto. Frente a dicho pronunciamiento, los particulares damnificados interpusieron recurso extraordinario ante la Corte, y ésta, en su mayoría, lo rechazó por cuestiones formales (CSJN, 1990). Los jueces Petracchi y Oyhanarte incluso consideraron la cuestión de fondo.

<sup>115</sup> El fallo cuenta con las disidencias del doctor Fayt y, como ya mencioné, la disidencia parcial de la doctora Argibay.

<sup>116</sup> CSJN, *supra* nota 101, considerando 29°.

él brinda una serie de razones a las que compararé con aquellas a las que recurre Palas Atenea en *La Orestíada* de Esquilo.<sup>117</sup>

### 1.1. *El voto de Argibay*<sup>118</sup>

Creo particularmente valioso analizar el razonamiento que la doctora Argibay emplea en la construcción de su opinión, no sólo por la calidad de esta, sino también porque el contexto del caso generaba ciertas condiciones que podían poner en juego la legitimidad de la jueza.

En primer lugar, podría haberse pensado que su pronunciamiento ponía en jaque el principio de imparcialidad, ya que durante el último gobierno de facto, Carmen Argibay había estado detenida, durante nueve meses, de manera clandestina en la cárcel de Devoto. En segundo lugar, un amplio sector de la opinión pública, mayormente vinculado con los sectores de derecha y con la Iglesia, había presentado fuertes críticas a la designación de la magistrada, debido a su condición de atea, su militancia feminista, y su postura frente a la despenalización del aborto.<sup>119</sup> Con todo ello en contra, después de este fallo, muchas posturas respecto a la jueza se moderaron.<sup>120</sup>

Ahora bien, volviendo al análisis, los hechos de *Mazzeo*, al igual que los que aquejan a Orestes<sup>121</sup> en *La Orestíada*, hacen que estas situaciones puedan ser definidas como casos difíciles. En este sentido esa obra es, ante todo y a pesar de su

53

<sup>117</sup> Esquilo, "La Orestíada", en: Esquilo, *Obras Completas*, Madrid, Editorial Planeta S.A., 1993.

<sup>118</sup> Muchas de las reflexiones que aquí expongo han sido tratadas en un trabajo previo (inédito), que presenté en el Seminario de "Derecho y Literatura" de la Universidad de San Andrés, en el año 2012, a cargo del Profesor Jaime Malamud Goti.

<sup>119</sup> De hecho, su nombramiento fue el que mayor tiempo requirió para aprobarse en el Senado (110 días) y su postulación recibió 2582 impugnaciones y 319 adhesiones, cuando su pliego fue puesto en observación en la Comisión de Acuerdos. Llanos & Figueroa Schibber, *supra* nota 82.

<sup>120</sup> En este sentido, el diario La Nación se presentaba crítico y después de este fallo, una de sus periodistas le realizó una "conmovedora" entrevista que fue publicada en el matutino. Véase, Di Marco, Laura, "Carmen Argibay: 'Puedo separar lo que es venganza de lo que es justicia'", *La Nación*, 22 de julio de 2007, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/927703-carmen-argibay-puedo-separar-lo-que-es-justicia-de-lo-que-es-venganza> y Barra, Rodolfo, "Un gran debate constitucional", *La Nación*, 5 de octubre de 2010, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1311722-un-gran-debate-constitucional>.

<sup>121</sup> Agamenón, padre de Orestes y líder atreo, regresa a casa tras su victoria en Troya. Clitemnestra, esposa resentida y madre del dolor (herida por la muerte de Ifigenia), da muerte a Agamenón junto con su nuevo amante, Egisto. Luego, el hijo mayor de Agamenón y Clitemnestra –Orestes– quien había sido alejado de su hogar de niño, regresa para vengar la muerte de su padre, cometiendo matricidio. Las Furias, movidas por la cólera que ha suscitado en ellas el asesinato de Clitemnestra en manos de su propio hijo, persiguen a Orestes, quien se refugia en Apolo. Las Eriñes buscan retribución y castigo. En algún sentido, vienen a encarnar la idea de justicia frente al matricidio cometido.

final, una tragedia: coexisten distintos valores en pugna y *a priori* no puede decirse que alguno de ellos goce de mayor jerarquía, que alguno deba prevalecer.<sup>122</sup> De esta manera, el filósofo Joseph Tussman señala:

*...No es un completo caos en el cual las categorías morales no tienen lugar; en donde no hay nociones de bien y de mal. Se parece más al mundo real. Juicios acerca de lo correcto e incorrecto exigen ser pronunciados. Acusamos o defendemos a Agamenón, Clitemnestra, Egisto, Orestes, pero no nos ponemos de acuerdo. Incluso los poderes más elevados discrepan, los principios colisionan. Para Apolo, Orestes procedió correctamente ejecutando a la asesina de su padre; para las Furias, Orestes actuó inmoralmente matando a su madre. El desacuerdo es fundamental, impermeable a la persuasión. Los juicios conflictivos, no son inciertos o tímidos. Por el contrario, son seguros e irreconciliables...*<sup>123</sup>

Las contradicciones axiológicas irreconciliables –inherentes a la condición humana– pueden verse en estos dos casos; tanto Apolo como las Furias están y no están al mismo tiempo en lo correcto; tanto el voto de la mayoría como la disidencia en *Mazzeo* pueden tener igual cabida. Pero el punto de inflexión se produce justamente porque la indignación de las Furias, el fervor moral, las emociones, son encausadas a través de una instancia de legalidad: un juicio imparcial, con jurado y reglas establecidas *ab initio*. Más allá del resultado final,<sup>124</sup> las partes logran ingresar en una conversación para llegar a un acuerdo. De esta manera, lo que resulta primordial de esta obra es cómo se desarrolla el proceso: los argumentos esbozados por la diosa, la forma en que busca persuadir a las Furias –brindándoles derechos e integrándolas a un *ethos*–. Atenea es capaz de brindar razones a las partes –razones extralegales, pero estrechamente vinculadas con el estado de derecho– destinadas

54

<sup>122</sup> De hecho, la jueza Argibay señalaba en una entrevista posterior al dictado del fallo que este caso: *...ilumina un dilema moral y político que ni siquiera llegó a abrirse en Argentina: la tensión entre lo que debería ser -la lucha contra la impunidad- y el principio constitucional que garantiza el derecho fundamental de las personas a no ser juzgadas dos veces por el mismo delito, lo que en derecho se llama "cosa juzgada"...*

Di Marco, *supra* nota 120.

<sup>123</sup> Tussman, Joseph, *The Burden of Office: Agamemnon and other Losers*, Vancouver, Talonbooks, 1989, p. 44. La traducción es propia.

<sup>124</sup> El resultado final en *La Orestíada* es ridículo y guardián del status quo. Como señala Tussman: *...El argumento legal, si vamos a intentar escapar a través de él, es menos convincente. No provee de luz, sólo brinda un escape. Es meramente técnico, estúpido. No vale la pena tomarlo en serio. Pero sirve para escapar de la justicia. Sirve para salvar a Orestes...*

*Ibíd*, p. 48.

a persuadirlas de que la decisión que se ha tomado es la correcta y, a través de este ejercicio, construir su autoridad.<sup>125</sup> En este sentido, creo que en su voto, la jueza Argibay realiza algo similar.

Tras describir los hechos y las cuestiones meramente formales del caso, brinda los argumentos legales. Así, desarrolla una retórica respetuosa de la garantía constitucional de la cosa juzgada y de la prohibición de doble persecución penal, *el ne bis in idem*. Luego, señala que, en su opinión, los indultos son inconstitucionales, pero que, tal ponderación no debe ser traída al debate, ya que la discusión había quedado zanjada en 1990 cuando “esta” Corte decidió convalidar el indulto. Por último, la magistrada despliega una defensa institucional del Tribunal: por un lado, recuerda que ésta ha mantenido por años una doctrina según la cual sus fallos tienen un “efecto final” para concluir una controversia. Pero más importante aún, la jueza esgrime razones “más profundas, vinculadas al funcionamiento mismo del Poder Judicial y del Estado de Derecho” [sic].<sup>126</sup> Al igual que Palas Atenea cuando busca persuadir a las Furias, brinda razones que sin ser estrictamente normativas, se encuentran íntimamente relacionadas con los valores democráticos. Esas razones tienen que ver con la autoridad que la Corte otorga a sus fallos y con la coherencia que esta debe asumir en un estado de derecho. Así, la jueza afirma:

*...Es que ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado (...) o la diferente concepción de la equidad o la justicia (...) que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos...<sup>127</sup>*

55

<sup>125</sup> En esta línea, Martín Böhmer señala:

*...Las furias están irritadas, pero el trabajo de Atenea no termina con el solo anuncio de la sentencia. Ella no sólo brinda ese texto. El diálogo continúa con Atenea persuadiendo a las Furias de que se queden en Atenas, para hacer cumplir la justicia con sus terribles poderes. El discurso de la diosa es una pieza oratoria de clásica persuasión política que consiste en amenazas, promesas de recompensa y amable pero firme lenguaje, en términos que el interlocutor puede entender. Ella despliega las habilidades de una personalidad pública, propias de la sabiduría práctica: empatía y distancia...*

Böhmer, *supra* nota 57, p. 111, traducción propia.

<sup>126</sup> CSJN, *supra* nota 101, considerando 6° del voto de la Dra. Argibay.

<sup>127</sup> CSJN, *supra* nota 101, considerando 6° del voto de la Dra. Argibay.

De esta manera, al igual que la Corte norteamericana en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, Argibay despliega una teoría de la legitimidad: la jueza invalida discursivamente una potencial presunción de parcialidad a través de la apelación a la institucionalidad esperable de una Corte en una democracia consolidada.

El voto finaliza con una reflexión dirigida tanto a la parte que no ha sido favorecida por su decisión, como a los damnificados que en un futuro quieran presentarse ante la Corte para cuestionar los indultos. En su estrategia se reconoce la empatía, ya que personalmente le disgustan las consecuencias de la decisión, pero también la distancia, al señalar que “en este caso en particular” y por tratarse de una causa ya decidida, debe prevalecer dicha solución, si lo que queremos como sociedad es reafirmar los valores democráticos y defender las instituciones de ataques como los que ya hemos vivido.<sup>128</sup>

## 2. ALITT: las definiciones y resignificaciones

Probablemente muchas personas estén orgullosas hoy de vivir en un suelo en el que el matrimonio entre hombres y mujeres del mismo sexo sea un derecho, y en el que la identidad de género tenga protección legal. Sin embargo, la pelea que desembocó en tales hitos, estuvo compuesta por numerosos *rounds*. Los casos de los que trataré en los párrafos siguientes pueden ser leídos como dos de ellos.

56

El caso *ALITT*, cuenta la historia de una asociación –la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual (ALITT)– a la que, el organismo estatal encargado de reglamentar las cuestiones vinculadas con asociaciones y sociedades –la Inspección General de Justicia (IGJ)– le deniega la autorización para funcionar como persona jurídica. La IGJ respaldó su decisión amparándose en la norma que regía la cuestión, el artículo 33 del Código Civil. El organismo interpretó que, de acuerdo con esta disposición, sólo podían solicitar la personería jurídica aquellas asociaciones que tengan por objeto principal el bien común y entendió que ALITT no cumplía con ese requisito.

Bajo este panorama, la Corte debía decidir si tal denegación constituía una restricción del derecho de asociación con fines útiles, protegido constitucionalmente por el artículo 14 de la Constitución Nacional e igualmente amparado por los tratados internacionales de jerarquía constitucional. El Tribunal respondió por la afirmativa y revocó una postura consagrada en el fallo *CHA*.<sup>129</sup> Tomar tal decisión implicaba para la Corte dotar de significado al término jurídico “bien común” y dar virtualidad al “derecho a la igualdad”, sin que dichas empresas se encuentren justificadas únicamente por un cambio de composición en sus miembros.

<sup>128</sup> *Ibid*, considerando 7°.

<sup>129</sup> CSJN, “Comunidad Homosexual Argentina s/ recurso de casación”, sentencia del 4 de agosto de 2009, Fallos: 314:1531, disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=669412>.

## 2.1. CHA, el precedente

En el año 1896, la Corte norteamericana consagró, en el caso *Plessy v. Ferguson* (1896), la constitucionalidad de la segregación racial en lugares públicos y estableció la doctrina “*separate but equal*”. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos debía decidir si las leyes segregacionistas del Estado de Luisiana violaban la *equal protection clause*, contenida en la decimocuarta enmienda. La Corte arribó a la decisión de que tales normas no comportaban una violación constitucional, ya que la separación de las razas no implicaba una inferioridad de la población afroamericana, sino una cuestión de política pública. De esta manera, instaló una interpretación primitiva y soez del derecho a la igualdad, que se mantendría como doctrina judicial por 58 años.

En 1991, ante hechos similares a los acontecidos en *ALITT*, la Corte argentina concluyó que la decisión de denegar la autorización a una asociación –la Comunidad Homosexual Argentina (CHA)– cuyo objeto social era bregar para que no exista discriminación en virtud de la condición de homosexual,<sup>130</sup> no representaba una violación a la constitución, ni carecía de razonabilidad. Los votos mayoritarios versaron sobre dos cuestiones. La primera tenía que ver con la ponderación que debía realizar la Corte, de si tal negación resultaba, a sus ojos, razonable. Yo voy a enmarcar esta respuesta como la interpretación que brinda la Corte del concepto de “igualdad”. La segunda, tenía que ver con el significado que el Tribunal brindaba al término jurídico “bien común”.

57

¿Por qué a la Corte le resultó razonable la denegatoria de la IGJ? Responder a este interrogante implica, una vez más, volver a la noción de ficción que propone LaRue.

El Código Civil argentino estipula diferentes tipos de sujetos de derecho: las asociaciones de hecho, las asociaciones simples y las que cuentan con personería jurídica, e impone una serie de requisitos diferentes a las últimas dos. Para el desempeño como asociación simple, sólo basta que esta se haya constituido por escritura pública o instrumento privado. Mientras que, para lograr la personería jurídica, la asociación requiere de una autorización estatal.

En *CHA*, los magistrados que compusieron la decisión mayoritaria, señalaron que la negación de la IGJ no le impedía a la asociación seguir actuando como una asociación simple y por tanto consideraron que no se había restringido el derecho a “asociarse con fines útiles”. Sin embargo, al redactar la decisión, seleccionaron qué datos poner sobre la mesa: insistieron en que la CHA continuaba siendo un

<sup>130</sup> De manera más precisa, el objeto social de la CHA era:

...a) Bregar por que la condición de homosexual no sea motivo de discriminación en lo familiar, social, moral, religioso, laboral, ni en ninguna otra índole; b) Generar ámbitos de reflexión y estudios multidisciplinarios sobre la problemática sexual y difundirlos; c) Luchar por la plena vigencia de los Derechos Humanos en todo el territorio de la República Argentina...

CSJN, *supra* nota 129, voto del Dr. Boggiano.

sujeto de derecho, pero dejaron de lado aquellos los beneficios que traía consigo la obtención de la personería jurídica –poder adquirir bienes por legado o herencia y tener la posibilidad de limitar la responsabilidad de sus miembros–. Tal como lo había hecho la Corte norteamericana en *Plessy v. Ferguson*, la Corte argentina, consagró una definición de “igualdad”, valga la redundancia, igualmente soez.

Ahora bien, ¿Cómo definió el “bien común” la Corte argentina en 1991? La Corte brindó una definición sustentadora del *status quo* y contra minoritaria, apoyada en los valores de la mayoría.<sup>131</sup> El juez Boggiano dejó clara esta postura al considerar que sólo la unidad, los valores compartidos –y no la pluralidad– otorgaba contenido a este término jurídico. En su voto decía:

*Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen en tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de esos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior, pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso de poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución.*<sup>132</sup>

58

Al mismo tiempo, la Corte señaló que, el artículo 33 del Código Civil, preveía que los objetos sociales de las asociaciones solicitantes implicasen un beneficio “positivo” para el bien común y no una mera no interferencia. Bajo esta luz, los jueces consideraron que la aprobación de una asociación que tenía por objeto evitar la discriminación de los homosexuales, no conllevaba beneficio alguno para el bien común,<sup>133</sup> sino solamente para los miembros integrantes, es decir, ponderó la importancia del bien común, por sobre la vida digna de los individuos.

## 2.2. Redefinir, resignificar: “bien común” e “igualdad”

En el año 2006, la Corte decidió revocar lo resuelto en el fallo *CHA* al considerar que la negación de la IGJ restringía el derecho de asociación con fines útiles. Por un lado, el Tribunal reconocía que delimitar la actuación de ALITT como asociación

<sup>131</sup> El doctor Boggiano define el término de la siguiente manera: “...los principios familiares, sociales, morales, religiosos, jurídicos del país y aún del extranjero...” (CSJN, *supra* nota 129, voto de Boggiano).

<sup>132</sup> *Ibíd.*

<sup>133</sup> En palabras del doctor Belluscio: “no se advierte cuál es la perfección que pueda alcanzarse mediante el desarrollo de la homosexualidad” (CSJN, *supra* nota 129, voto de Belluscio).



de hecho o asociación simple, socavaba este derecho e impedía que sea ejercido con plenitud. Rompía, así, con el razonamiento de su antecesora en CHA –el cual comparé en el apartado anterior con la fórmula norteamericana “*separate but equal*”– y brindaba una noción plena del concepto de “igualdad”. Por el otro, determinó que sólo bajo una circunstancia resultaba permisible restringir este derecho y tal circunstancia era la siguiente:

*...sólo la ilicitud de promover la asociación de un objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 de la Constitución Nacional, o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del pacto fundacional de la República vigente desde 1853 (art.1 y 33 de la Ley Suprema), podría justificar una restricción al derecho de asociación...*<sup>134</sup>

Al mismo tiempo, la Corte realizó una nueva interpretación del término “bien común”. Señaló que el mismo debía definirse a la luz de valores democráticos y que tal definición sólo podía concebirse desde una perspectiva pluralista. En el considerando 15, el Tribunal afirmaba:

*...Que el “bien común” no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere “común” excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas...*<sup>135</sup>

59

Luego, en el considerando 19 reforzaba la idea de que, lo esencial para definir el “bien común” en una sociedad democrática, es “la coexistencia social pacífica” y que esta concepción no se basa en la presencia de valores homogeneizadores, sino en la coexistencia de diferentes principios y creencias. El sentido de la igualdad en una democracia, decía la Corte, implica un “derecho a ser diferente”, el cual se distingue del “ideal igualador” y “homogeneizador”, propio de los gobiernos totalitarios. De esta manera, la decisión de revocar CHA se ve justificada por la necesidad de aprender a vivir en democracia, la necesidad de aprender a resolver los conflictos de manera tolerante. Para ello, resultaba imperioso resignificar los términos “bien común” e “igualdad” a la luz de valores democráticos.

<sup>134</sup> CSJN, *supra* nota 102, considerando 12°.

<sup>135</sup> CSJN, *supra* nota 102, considerando 15°.

### 3. Arriola: las prácticas interpretativas

El camino que ha transitado la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta llegar al fallo Arriola no ha sido lineal ni uniforme. Por el contrario, este se ha presentado zigzagueante y como el corolario de la anomia en las instituciones argentinas bajo las cuales depositamos el deber de hacer cumplir el derecho.<sup>136</sup>

En 1978, bajo un gobierno de facto, la Corte consideró que la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal resultaba constitucional, en el fallo *Colavini*.<sup>137</sup> Ocho años más tarde, en el fallo *Bazterrica*<sup>138</sup> una Corte en democracia consideró que tal prohibición resultaba inadmisibles para la nueva Argentina. Sin embargo, en 1990, la Corte menemista revocó en *Montalvo*<sup>139</sup> el precedente establecido por *Bazterrica* y retornó a *Colavini*. Finalmente, en 2009, el Tribunal en su actual composición, reflató la doctrina de *Bazterrica* en *Arriola*.

¿Qué dice la Corte para invalidar *Montalvo* y volver a *Bazterrica*?, ¿qué significado darle a lo que dice?, ¿a quién le habla?, ¿qué práctica instaaura?, ¿qué espera del abogado que litiga ante ella? Estas son las preguntas que trataré de contestar a lo largo de esta sección.

#### 3.1. ¿Qué dice la Corte?

60

El Tribunal debía decidir si la norma que prohibía la tenencia de estupefacientes para el consumo personal contaba con el amparo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Para ello debía determinar si la tenencia de estupefacientes constituía una acción privada (es decir, si tales acciones “estaban sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”) o no.

En 36 considerandos compartidos por todos los magistrados,<sup>140</sup> la Corte afirma la decisión de volver a *Bazterrica* –principalmente al voto del doctor Petracchi– y por tanto reconoce que la acción bajo cuestión es una acción privada. Para ello, brinda dos argumentos que parecen ser los centrales a primera vista. El primero, tiene que ver con la ineficacia de *Montalvo*: han pasado dieciocho años desde su

<sup>136</sup> Böhmer, *supra* nota 55.

<sup>137</sup> CSJN, “Ariel Omar Colavini”, sentencia del 28 de marzo de 1978, Fallos: 300:254, disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=76466>.

<sup>138</sup> CSJN, “Bazterrica Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes”, sentencia del 29 de agosto de 1986, Fallos: 308:1392.

<sup>139</sup> CSJN, “Montalvo Ernesto A. s/ tenencia de estupefacientes”, sentencia del 11 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1333.

<sup>140</sup> Debo señalar que la Corte decide este fallo de manera unánime aunque no homogénea. Puede decirse que coexiste una multiplicidad de voces ya que, cada magistrado –con excepción del Dr. Maqueda– emite un voto diferente. A pesar de las distintas voces que se hacen presentes, en este apartado me voy a concentrar en los 36 considerandos compartidos por los siete jueces.

dictado y la doctrina establecida en él no ha contribuido a la disminución del tráfico de drogas, objetivo que se proponía. El segundo argumento se relaciona con los cambios introducidos por la reforma de 1994 en la Constitución, al incorporar tratados y pactos internacionales, dotándolos de igual jerarquía normativa. A pesar de ello, sostendré que lo que la Corte “dice”, no se limita a esos dos argumentos, sino que el significado va un poco más allá. ¿Qué quiere decir “más allá”? ¿qué quiere decir que la Corte “haya vuelto” a *Bazterrica*?

El Tribunal establece en *Arriola* un diálogo con sus precedentes, un camino de idas y vueltas y en ese camino intenta resolver el problema de su errática jurisprudencia. La decisión de volver a *Bazterrica* no se limita a la reforma del ‘94 o a la inefectividad de *Montalvo*. Hay razones mayores, vinculadas con las acciones que podemos y queremos tolerar como sociedad en la Argentina democrática y con el lugar que ocupan las instituciones en un estado de derecho, en los albores del siglo XXI. Por tal razón, vuelve también al voto de Petracchi en *Bazterrica*.

### 3.2. Los sentidos y significados

Analizaré dos cuestiones en este apartado. La primera de ellas es que, como bien menciona la Corte, su decisión en *Arriola* no se limita a convalidar *Bazterrica*, sino que “habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen”<sup>141</sup> retorna con especial énfasis al voto que en ese fallo emite el doctor Petracchi. La segunda, es que, en el caso bajo análisis, la opinión judicial se construye sin que el Tribunal haga mención, en momento alguno, de la fórmula “esta Corte en su nueva composición”; dicho de otro modo, bajo ninguna circunstancia trae a la mesa el hecho de que nuevos integrantes componen el estrado.

Para introducirnos en la primera cuestión, basta decir que *Bazterrica* se estudia en las facultades de derecho como la decisión paradigmática de la Corte de la década de los ‘80. En él, el Tribunal consagra los valores en boga durante el retorno a la democracia: la importancia de la autonomía de la voluntad en un estado de derecho –al circunscribir como límite de las acciones privadas el orden y la moral pública, entendidas moral intersubjetiva– el rechazo del peligrosismo como política criminal y del perfeccionismo como política de Estado.<sup>142</sup> En ese contexto, el voto del juez Petracchi resulta de gran valor conceptual y político.

Puedo brindar dos motivos por los que considero que el voto del doctor Petracchi es especialmente valioso. El primero de ellos, es que, el juez desarrolla y delimita –

<sup>141</sup> CSJN, supra nota 103, considerando 10° *in fine*.

<sup>142</sup> Las discusiones en boga por esos años se encuentran plasmadas en el trabajo de Nino, «¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”?». Véase, Nino, Carlos S., “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las ‘acciones privadas de los hombres’?”, en: *La Ley*, D-743, 1979.

mejor que en los considerandos compartidos— los alcances del artículo 19: el concepto de acción privada, orden y moral pública. El magistrado logra con éxitos redefinir lo que, hasta ese momento, significaban dichas palabras para el pueblo argentino. Construye una nueva acepción del concepto de acción privada, resignifica el término jurídico al señalar que la característica esencial de ésta —lo que la distingue— es que no represente un daño concreto para un tercero, y no que ésta sea realizada en la soledad del propio hogar. Al mismo tiempo —al circunscribirlos al ámbito de la moral intersubjetiva— da vida y contenido a los conceptos abstractos de orden y moral pública. De esta manera, deja en evidencia la imposibilidad en la Argentina democrática de un Estado perfeccionista, capaz de inmiscuirse en los planes de vida de los ciudadanos y la poca cabida a una política criminal *peligrosista*. El segundo es que, para realizar tal argumentación, Petracchi presta especial atención a la coyuntura histórica del país, lo cual reafirma la menesterosa necesidad de regresar a los valores democráticos fundacionales. Así, reflexiona en el considerando 25:

62 *...Nuestro país está resurgiendo de 50 años de vaivenes políticos, durante la mayoría de los cuales primó el autoritarismo y la intolerancia en las normas de organización social, que han puesto en serio riesgo la posibilidad de volver a colocarnos como Nación en el marco de los ideales que le dieron fundamento. Esa sucesión de períodos autoritarios se caracterizó por la proliferación de prohibiciones como único recurso para el control de las relaciones sociales: Así, por razones de la misma índole, podían castigarse no sólo la tenencia de una cantidad de droga correspondiente al consumo personal, sino también la circulación de ciertos libros y publicaciones, el acceso a la exhibición de ciertas vistas cinematográficas, el uso de faldas cortas o pelos largos, y toda una amplia ristra de prohibiciones que determinaron, al cabo, que nadie tuviera muy claro en qué consistía, de existir, el marco de su libertad individual. Deberán buscarse, pues, procedimientos para contener el lacerante fenómeno de la drogadicción sin renunciar, en esta etapa de refundación de la República, a consolidar los principios de nuestra organización social que hacen por sí mismos valioso el intento de conservarla y que permitan en su seno el desarrollo de los individuos con la amplitud y riqueza de sus potencialidades personales...*<sup>143</sup>

Se puede decir, entonces, que en *Arriola* la Corte apela al respeto y a la madurez. Si en *Montalvo* alguna parte de la sociedad creía permisible invocar a la salud pública y a los delitos abstractos, hoy ya no puede hacerlo. El mundo y el país han cambiado y con ellos, también el derecho. Porque estamos ante una democracia consolidada, con ciudadanos autónomos y maduros, capaces de elegir y hacer respetar sus propios

<sup>143</sup> CSJN, *supra* nota 138, considerando 25°, voto del Dr. Petracchi.

planes de vida. Porque los valores *in abstracto* de “orden” y “moral pública” hacen ruido y nos recuerda un pasado irrespetuoso al cual no queremos volver. En este marco, volver a *Bazterrica* implica retornar a la democracia, consolidar la autonomía de la voluntad, rechazar el perfeccionismo, releer Nino, reafirmar el estado de derecho. Bajo esta luz, el voto de Petracchi, ahora en *Arriola*, es el sueño encarnado de una práctica que, aunque ajena a nuestra tradición continental, podemos aspirar en una democracia madura e institucionalizada.

La segunda cuestión está íntimamente relacionada con la última oración del párrafo anterior. Si bien la defensa en *Arriola* postula como un argumento plausible la revisión de lo decidido en *Montalvo* “a partir de la nueva composición de la Corte”,<sup>144</sup> las palabras que el Tribunal utiliza no parecen dar lugar a dicho argumento. En ningún momento el Tribunal hace suya la fórmula “esta Corte en su nueva composición”, como sí lo había hecho en *Montalvo*.<sup>145</sup> Por el contrario, nos dice que “el carácter institucional de la Corte Suprema, llevan hoy a dar las razones de este nuevo cambio”.<sup>146</sup> Al mismo tiempo en un ejercicio retórico, repite los demostrativos “este” y “esta” numerosas veces: nos habla de “*este* Tribunal”, “*esta* Corte Suprema”, “*esta* Corte”. La Corte necesita, como dice LaRue, que su opinión judicial posea en los hechos el poder al que aspira, que sea tomada como una verdadera doctrina institucional. Esto explica la utilización de esta estrategia, la repetición de los demostrativos. La Corte es consciente de que en un estado de derecho –respetuoso de las instituciones democráticas– hablar de dos establecimientos diferentes socava la legitimidad del Poder Judicial.

63

### 3.3. *A quiénes les habla: los auditorios*

Los creadores de *La nueva retórica*, Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca definen el auditorio como “...*el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir en su argumentación...*”<sup>147</sup> y afirman que “...cada orador piensa de forma más o menos consciente, en aquellos a los que intenta persuadir y que constituyen el auditorio al que se dirigen sus discurso...”<sup>148</sup> Al mismo tiempo, señalan que –para que la argumentación sea efectiva– la manera de concebir al auditorio debe ser lo más cercana posible a la realidad. Para los autores, la argumentación sólo puede tener éxito bajo esta premisa, es decir, si el discurso logra adecuarse a su auditorio: “...en esta materia, sólo existe una regla: la adaptación del discurso al auditorio,

<sup>144</sup> CSJN, *supra* nota 103, considerando 5°.

<sup>145</sup> CSJN, *supra* nota 139, considerando 6°.

<sup>146</sup> CSJN, *supra* nota 103, considerando 12°.

<sup>147</sup> Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989, p.55.

<sup>148</sup> Perelman y Olbrechts-Tyteca, *supra* nota 147.

cualquiera que sea: pues, el fondo y la forma de ciertos argumentos, que son apropiados para ciertas circunstancias, pueden parecer ridículos en otras...”.<sup>149</sup>

Ahora bien, ¿cuál es el auditorio al que se dirige la Corte en este caso? Me atrevo a pensar que en un caso judicial, la parte que requiere ser persuadida es justamente la que no ha sido favorecida por los resultados de la sentencia. Al pertenecer *Arriola* al ámbito del derecho penal, la parte desfavorecida puede ser leída como dos audiencias diferentes. Por un lado, el Estado; por el otro, la sociedad argentina en su totalidad. El Tribunal es consciente de esto y eficaz al dirigirse hacia ella: habla a “todos los habitantes” y al mismo tiempo hace especial énfasis en los jóvenes. También, se reconoce como cabeza del Poder Judicial, y por tanto es consciente del poder disciplinador y de las repercusiones de sus declaraciones.

Al reconocer dos destinatarios: Estado y sociedad puede pensarse, entonces, que la apelación al respeto y a la madurez funciona en dos planos. Por un lado, prescribe al Estado el cese de acciones que ya no podemos tolerar y exhorta a éste a respetar diferentes planes de vida. Por el otro, le habla a una sociedad en la que reconoce ciudadanos maduros y responsables, capaces de comprender y receptor tal decisión.

### 3.4. La práctica: interpretar el derecho como un juego literario

64

Ronald Dworkin plantea un modo de interpretar el derecho, similar al ejercicio que realiza la crítica literaria al analizar una novela. El autor señala que la lectura de este tipo de relatos nos proporciona una cantidad de datos e información con respecto a los hechos y a los personajes, que nos llevan a concebir ciertas proposiciones y determinadas interpretaciones como las más plausibles. Esto nos conduce, al mismo tiempo, a desechar otras que tienen menos asidero en la disposición de aquel. El autor afirma que, al igual que en este juego literario, al igual que en una novela, en el derecho pueden encontrarse las respuestas más adecuadas si se analizan todos los “materiales jurídicos” que componen el *background*: qué prescribe la constitución, qué dicen las leyes, cómo es la práctica judicial, qué tipo de gobierno, qué teoría política.

La Corte en *Arriola* realiza un ejercicio similar al que propone Dworkin. El regreso a *Bazterrica* se explica por una serie de razones que no se reducen al cambio de miembros en la Corte ni a una decisión conforme a la moral de estos. Las justificaciones, por el contrario, se insertan en un marco más complejo: en la valoración de un derecho que ha cambiado en virtud de una reforma constitucional, en el reconocimiento de prohibiciones que ya no pueden ser aceptadas, en la resignificación de palabras, en la refundación de valores democráticos que empapan la vida de los ciudadanos bajo un estado de derecho maduro y de instituciones que aspiran a consolidarse y seguir funcionando. Bajo esta luz, el derecho es una “práctica

---

<sup>149</sup> *Ibíd.*, p. 63.

social compleja”, y la Corte parece esperar que el abogado que se presente ante su estrado, conozca las reglas de este juego, de esta nueva manera de concebir el derecho.

## VI. Conclusión

White señala que cuando las autoridades se convierten en sujetos de pensamiento y argumento conscientes, sus decisiones son “actos de esperanza”, aspiran a ser autoritativas, se convierten en formas de ser y actuar en el mundo.<sup>150</sup>

En este trabajo intenté mostrar –teniendo en cuenta las discusiones teóricas en torno a la legitimidad y autoritatividad del Poder Judicial y la coyuntura de desconfianza en la Justicia al momento de su nombramiento– las diferentes estrategias discursivas a las que recurrieron los jueces en su afán de legitimar las decisiones –producir “actos de esperanza”– al invalidar un precedente e instalar una nueva doctrina.

En este sentido, si la preocupación de Carmen Argibay en *Mazzeo* era la de una posible presunción de parcialidad en su contra debido a su comprometida situación frente a los hechos del caso, entonces resuelve discursivamente la controversia –al modo de Palas Atenea– brindando razones que sin ser estrictamente normativas se encuentran estrechamente vinculadas al estado de derecho: el respeto por las garantías constitucionales; el carácter final y vinculante de sus decisiones; pero, sobre todo, la coherencia que debe guardar una institución que quiere mantener su prestigio y aspira a que sus decisiones sean fuente de autoridad legítima.

En *ALITT*, la decisión de revocar *CHA* se ve justificada retóricamente por la necesidad de aprender a vivir en democracia, la necesidad de aprender a resolver los conflictos de manera tolerante. Por ello, los magistrados resignifican y dan nuevo contenido a los términos “bien común” e “igualdad”, a la luz de valores y principios propios de una democracia constitucional.

Por último, al igual que el voto de Argibay en *Mazzeo*, la decisión de Arriola busca ser una solución institucional a la errática y anómica jurisprudencia del Tribunal. Para hacer esto, la Corte propone una práctica fundada en valores democráticos, sugiere interpretar el derecho como un juego literario, con todas sus complejidades. Así, da cuenta de los cambios en el mundo jurídico, reflota el voto de Petracchi, resignifica –como en *ALITT*– términos jurídicos, y apela a la madurez de la sociedad y al respeto del Estado por los planes de vida diferentes. Pero, más importante aún, la Corte invoca nuevamente razones vinculadas al estado de derecho y a la institucionalidad: en un ejercicio retórico, y hablando en primera persona, nos hace saber que “*esta Corte*”, “*este Tribunal*”, “*esta Corte Suprema*”, como cabeza de un poder estatal –sin importar los miembros que circunstancialmente la conformen– tiene la misión de construir y consolidar el prestigio del Poder Judicial.

---

<sup>150</sup> White, *supra* nota 99.

## VII. Bibliografía

### 1. General

Aristóteles, *La Política*, Buenos Aires, Centro Editor de Cultura, 335-323 a.C./ 2003

Barra, Rodolfo, “Un gran debate constitucional”, *La Nación*, 5 de octubre de 2010.

Barrera, Leticia, “Relocalizing the Judicial Space: Place, Acces and Mobilization in Judicial Practice in Post-crisis Argentina”, en: *Law, Culture and the Humanities*, 2010.

Bitzer, Lloyd F., “The Rhetorical Situation”, en: *Philosophy and Rhetoric*, 1968.

Böhmer, Martín F., “An Oresteia for Argentina: Between the Fraternity and the Rule of Law”, en: H. J. Powell, & J. B. White, *Law and Democracy in the Empire of Force*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2009.

Böhmer, Martín F., “Lusus Naturae”, en: Rodríguez Garavito, César, *El derecho en América Latina: los retos del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

66 Casper, Jonathan D., Tyler, Tom R., y Fisher, Bonnie, “Procedural Justice in Felony Cases”, en: *Law & Society Review*, Vol. 22, No 3, 1988.

CELS, “Una Corte para la Democracia”, *Centro de Estudios Legales y Sociales*, disponible en: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/corte\\_I.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/corte_I.pdf), último acceso: 23 de agosto 2015.

Chayer, Héctor Mario, Di Salvo, Nina y Jutard, Milagros, *Ética judicial y sociedad civil: técnicas de incidencia*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

Cheresky, Isidoro, *De la ilusión reformista al descontento ciudadano: las elecciones en Argentina, 1999-2001*, Rosario, Homo Sapiens, 2003.

Del Cuetto, C., & Luzzi, M., *Rompecabezas: transformaciones en la estructura social argentina (1983-2008)*, Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2008.

Di Marco, Laura, “Carmen Argibay: ‘Puedo separar lo que es venganza de lo que es justicia’”, *La Nación*, 22 de julio de 2007.

Dworkin, Ronald, “No Right Answer?”, en: *New York University Law Review*, 1978.

Dworkin, Ronald, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en: Rodríguez Ga-



- ravito, César, *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- Esquilo, *Obras Completas*, Madrid, Editorial Planeta S.A., 458 a.C./1993.
- Fiss, Owen, “Objectivity and Interpretation”, en: Fiss, Owen, *The Law as It Could Be*, New York, New York University Press, 1981/2003.
- García Villegas, Mauricio, *Normas de papel*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y De justicia, 2009.
- Hart, Herbert L., *El Concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961/98.
- Herrero, Álvaro y otros, “Reformas institucionales en la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, en: *Revista Sistemas Judiciales, Centro de estudios de Justicia de las américas*, CEJA 13, 2008.
- Transparencia Internacional, “Informe global de la corrupción”, Buenos Aires, Prometeo libros, 2004.
- Jost, John T. y Major, Brenda, “Emerging Perspectives on the Psychology of Legitimacy”, en: Jost, John T. y Major, Brenda (coord.), *The Psychology of Legitimacy: Emerging Perspectives on Ideology, Justice, and Intergroup Relations*, New York, Cambridge University Press, 2001.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Ética de los jueces. Análisis pragmático”, comunicación efectuada por la académica, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de junio de 2004.
- LaRue, Henry L., *Constitutional Law as Fiction*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1995.
- Llanos, Mariana y Figueroa Schibber, Constanza, “El Senado frente a los nombramientos del Poder Judicial en la Argentina democrática (1983-2006)”, *GIGA working papers*, julio de 2007, disponible en: [www.giga-hamburg.de/workingpapers](http://www.giga-hamburg.de/workingpapers): <http://hdl.handle.net/10419/47740>, último acceso: 23 de abril de 2013.
- Lorenzetti, Ricardo L., *Políticas de Estado para el poder judicial*, 2007, disponible en: Pensamiento Penal <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102007/Lorenzetti.pdf>, último acceso: 14 mayo de 2013.
- Maquiavelo, *El Príncipe*, Madrid, EDAF, 1532/1984.

- Martin, Lucas G., “Giro judicial y legitimidad pública en la política argentina”, en: Cheresky, Isidoro, *Ciudadanía y legitimidad democrática en América Latina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Prometeo Libros, 2011.
- Mera Salguero, A. L., “La concepción es un concepto moral”, *Diario Judicial*, 13 de noviembre de 2012.
- Nino, Carlos S., “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las ‘acciones privadas de los hombres’?”, *La Ley*, D-743, 1979.
- Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992.
- Perelman, Chäim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.
- Peruzzotti, Enrique, “Civic Engagement in Argentina. From the Human Rights Movements to the ‘Cacerolazos’”, Washington, D.C., Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2002, disponible en: <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/perrozutti.pdf>, último acceso: 07 de junio de 2013.
- Platón, *La República*, Barcelona, Altaya, 390 a.C./1993.
- Prieto Castillo, D., *El juego del discurso: manual de análisis de estrategias discursivas*, Buenos Aires, Lumen Humanitas, 1999.
- Quiroga, Hugo, “La reconstrucción de la democracia argentina”, en: Suriano, Juan, *Dictadura y democracia (1976-2001)*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2005.
- Roggero, Jorge, “Derecho c/Literatura”, en *Revista Filosofía del Derecho*, Año I, No 1, CABA, Infojus, 2012, p. 173, disponible en: [http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacfl20075-roggero-derecho\\_c\\_literatura.htm](http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacfl20075-roggero-derecho_c_literatura.htm), último acceso: 07 de junio de 2013.
- Rousseau, *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 1762/1998.
- Smulovitz, Catalina, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, en: *Desarrollo Económico*, Vol.48, No190/191, 2008.
- Sullivan, Kathleen M., “Foreword: The Justice of Rules and Standards”, en: K. M. Sullivan, & A. R. Amar, “The Supreme Court, 1991 Term”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 106, No. 1, Nov., 19-161, 1992.

- Svampa, Maristella, “Las fronteras del gobierno de Kirchner”, *Revista Crisis, Número 0*, 2006, disponible en: <http://www.maristellasvampa.net/archivos/period15.pdf>, último acceso: 07 de junio de 2013.
- Torre, Juan Carlos, “Los huérfanos de la política de partidos. Sobre los alcances y la naturaleza de la crisis de representación partidaria”, *Desarrollo Económico*, vol. 42, N° 168 (enero-marzo), 2003.
- Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Madrid, Librería del Perlado, Paéz, 423 a.C./1913.
- Tussman, Joseph, *The Burden of Office: Agamemnon and other Losers*, Vancouver, Talonbooks, 1989.
- Tyler, Tom R. y Mitchell, Gregory, “Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: the United States Supreme Court and Abortion Rights”, en: *Duke Law Journal*, Vol. 43, No. 4, 1994.
- Tyler, Tom R., “A Psychological Perspective on the Legitimacy of Institutions and Authorities”, en: Jost, John T. y Major, Brenda (coord.), *The Psychology of Legitimacy: Emerging Perspectives on Ideology, Justice, and Intergroup Relations*, New York, Cambridge University Press, 2001.
- Tyler, Tom R., “Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform”, en: *The American Journal of Comparative Law*, Vol.45, No. 4, 1997.
- Tyler, Tom R., “Enhancing Police Legitimacy”, en: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 593, 2004.
- Tyler, Tom R. y Mitchell, Gregory, “Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: the United States Supreme Court and Abortion Rights”, en: *Duke Law Journal*, Vol. 43, No. 4, 1994.
- Tyler, Tom R., “Procedural Justice, Institutional Legitimacy and the Acceptance of Unpopular U.S. Supreme Court Decisions: A Reply to Gibson”, en: *Law & Society Review*, Vol.25, No. 3, 1991.
- Tyler, Tom R., “Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law”, en: *Crime and Justice*, Vol. 30, 2003.
- Tyler, Tom R., “The Role of Perceived Injustice in Defendant's Evaluations of their Courtroom Experience”, en: *Law & Society Review*, Vol. 18, No. 1, 1984.

Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*, New Haven, Yale University Press, 1990.

Tyler, Tom R., “Public Trust and Confidence in Legal Authorities: What Do Majority and Minority Group Members Want from Legal Authorities?”, en: *Behavioral Sciences and the Law*, Vol. 19, 2001 a.

UTDT, *Indice de Confianza en la Justicia*, disponible en: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=521&id\\_item\\_menu=1601](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=521&id_item_menu=1601), último acceso: 07 de junio de 2013.

Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte*, Buenos Aires, La Página, 2006.

Weber, Max, “Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva”, en: Johannes Winckelmann, *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura, 2002.

White, James Boyd, *Acts of Hope: Creating Authority in Literature, Law and Politics*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

White, James Boyd, *From Expectation to Experience: Essays on Law & Legal Education*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000.

White, James Boyd, *Heracle's Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985.

White, James Boyd, *Justice as Translation: an Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

White, James Boyd, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston, Little, Brown and Co., 1973.

Zelditch, Morris, “Theories of Legitimacy”, en: Jost, John T. y Major, Brenda (coord.), *The Psychology of Legitimacy: Emerging Perspectives on Ideology, Justice, and Intergroup Relations*, New York: Cambridge University Press, 2001.

## 2. Jurisprudencia (en orden cronológico ascendente)

### 2.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Colavini, Ariel Omar”, *Fallos* 300:254 (1978).

“Bazterrica, Gustavo M.”, *Fallos* 308:1392 (1986).

“Camps, Ramón Juan Alberto”, *Fallos* 310:1162 (1987).

“Montalvo, Ernesto A.”, *Fallos* 313:1333 (1990).

“Riveros, Santiago O. y otros”, *Fallos* 313:1392 (1990).

“CHA c. Resolución Inspección General de Justicia”, *Fallos* 314:1531 (1991).

“Arancibia Clavel, Enrique L.”, *Fallos* 327:3312 (2004).

“Simón, Julio Héctor y otros”, *Fallos* 328:2056 (2005).

“ALITT c. Inspección General de Justicia”, *Fallos* 329:566 (2006).

“Mazzeo, Julio L. y otros”, *Fallos* 330:3248 (2007).

“Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080”, *Fallos* 332:1963 (2009).

## ***2.2. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos***

“*Plessy v. Ferguson*”, 163 U.S. 537, (1896).

“*Roe v. Wade*”, 410 U.S.113, (1973).

“*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*”, 505 U.S.833, (1992).

