

# Democracia: 40 años ininterrumpidos

Por Juan Pablo Cafiero

**Es esta una propuesta para revisar y proyectar un debate sobre el tema del poder donde los juristas tendrían que ser más escuchados, a propósito de los cuarenta años de democracia transcurridos.**

**Tras un pormenorizado análisis del dilema del poder, el derecho, la política y el control judicial pondera a la colegiación como recurso válido ante cualquier intento de autoritarismo, interpelando a la contribución con los deberes ciudadanos inspirados en nuestra Constitución.**

## Retorno de la democracia

Las crónicas de diciembre de 1983 son demostrativas del alto grado de participación de la sociedad en el retorno de la democracia. El fervor por los partidos políticos, las adhesiones masivas, y los debates que se abrieron en cada ámbito político, académico o de prensa fueron denominadores comunes del conjunto social.

El sujeto "pueblo" hacía visible el estado de necesidad para salir de la vida aprisionada por los miedos colectivos que generaba el último gobierno autoritario de facto en la Argentina. Los acontecimientos en torno a la guerra por las Islas Malvinas habían sellado el final de una etapa oscura.

## Demandas sociales

La sociedad se hacía cargo de la diversidad de las demandas sociales.

En el campo del derecho se hicieron sentir con fuerza los reclamos por la vigencia de los derechos humanos, y la tragedia de la represión ilegal se corporizó al interior de las reivindicaciones de la restauración plena de la democracia, iniciando un ciclo de reconstrucción progresiva del estado de derecho.

No en vano se siguen citando en los tribunales del mundo las conclusiones de la sociedad civil desarrolladas en el informe de la CONADEP y los fundamentos de la sentencia dictada por la Cámara Federal N° 13/84, que han hecho historia, confirmando el compromiso democrático que asumió el Presidente Raúl Ricardo Alfonsín con gran coraje cívico.

## Esperanza democrática

Esa primavera fue el entusiasmo de todas las generaciones, con independencia de la tendencia política o ideológica, quienes se volcaron a una masiva participación ciudadana en todos los órdenes de la vida.

Sólo los poderes fácticos se mantuvieron distantes a ese contagio y renovado cambio por afirmar la esperanza democrática. Los hombres y mujeres del derecho estuvieron en la vanguardia de muchas de las iniciativas que afloraron con la nueva etapa.

El cambio de época, la vuelta de página del autoritarismo, el revisionismo del pasado reciente, la salida del estado totalitario al estado de derecho, hizo de nuestra profesión una referencia ineludible para entender que se ingresaba a una etapa de consensos y de debate dentro de los lineamientos de la Constitución Nacional y del estado de derecho en vías de restaurarse.

Entre los nombres de personas que habían desaparecido, sufrido

torturas y cárceles se encontraban colegas abogados y estudiantes de derecho.

## Nuevas agendas

Surgieron en ese momento nuevas agendas con nuevos derechos ampliamente legitimados por la sociedad. Los que hoy llamaríamos "colectivos" se agrupaban con independencia de sus orígenes y hasta con visiones no enteramente compartidas.

Las nuevas metas sociales fueron naturalizando el retorno de una democracia con alto sentido social y garante de la participación ciudadana.

También los debates sobre el poder y su ejercicio se mantuvieron bajo la lupa de las ideas de la filosofía del derecho donde hubo muchos aportes tanto desde la academia como desde la colegiación. En ese terreno, es dónde voy a enmarcar este artículo. No por desconocer los innumerables desafíos que la democracia como programa social de gobierno tiene por delante, sino porque creo que es una oportunidad para revisar, hacer un balance, y proyectar un debate sobre el tema del poder donde los juristas tendrían que ser más escuchados.

## Poder | Derecho

En primer lugar, tanto el poder como el derecho son dos conceptos íntimamente relacionados, si bien puestos en contraste, se genera la dialéctica entre los científicos políticos y quienes provienen de la filosofía jurídica.

Como se verá en realidad son observaciones sobre un mismo objeto de investigación.

Así el filósofo político tratará de distinguir el poder de hecho del poder de derecho, por su lado nuestro jurista se ajustará a decirnos cuál es la norma válida y cuál es la norma eficaz.

Las distintas razones de esta divergencia encuentran los aportes de grandes teóricos quienes han desarrollado en sus obras todos los engranajes para saber cuál está antes o por encima del otro, verificando si es verdad que el poder sin derecho es ciego y por otro lado que el derecho sin poder puede resultar vacío.

Los autores clásicos que se estudian en las ciencias políticas contienen los aportes de Max Weber y Hans Kelsen.

Como abogados hemos sido formados en la teoría de norma fundamental de Kelsen, pero como ciudadanos que vivimos las instituciones, en particular la de la Justicia, no podemos soslayar los aportes del primero.

### Visiones de debate. Fines de la política

Así es, como partiendo de visiones de debate distintas, nuestra noción del poder es que debe estar regulado por normas para obtener legitimidad. Y que dichas normas le deberían dar fuerza para volverlo efectivo.

En tanto parece discutirse la prelación si resulta primera la norma y luego la soberanía del poder, se puede sostener (como lo hace Norberto Bobbio) que estamos ante dos caras de una misma moneda.

Por su parte, cabe analizar los fines de la política.

Cuando esta es formateada por las ciencias, ingresamos al concepto de la política científica. Es el pensamiento de los positivistas. Desde Comte hasta Marx. Su base es un mito basado en el concepto del progreso irreversible, de forma que la ciencia toma de la mano a la política y la hace subordinar ante el sueño visionario que surge de sus propias observaciones.

Pongamos el ojo en los avances cibernéticos y reflexionemos sobre las distintas velocidades de marcha. Si por un momento proyectamos esa relación entre teoría y praxis, sabremos que el científico puede optar por el largo plazo, pero el político, aún en el error, no puede demorar, trabaja sobre las urgencias y debe tomar decisiones. Desde la ética del científico puede admitirse que sus dudas hagan insoluble un problema.

Reflexionemos, a modo de ejemplo, sobre las técnicas que invaden la privacidad y los derechos personalísimos. Al mismo tiempo, **toda sociedad democrática debe garantizar la libertad científica. Ésta prosperará si hay libertad política suficientemente afirmada.**

El avance de las ciencias sociales contribuye a la formación de los ciudadanos activos, quienes son, a su vez, el sostén permanente del sistema de libertades y derechos.

Por ello la política no tiene un fin permanente, sino en función de los grupos sociales, que alternándose, van fijando nuevos desafíos y objetivos sobre el hilo imprescindible del consenso social y la legitimidad de sus actos.

### Democracia | Requisitos mínimos | Tecnocracia

Los requisitos mínimos de una democracia son formales o de procedimiento. Básicamente es la selección de dirigentes políticos a través de elecciones.

Pero esta definición es absolutamente insuficiente si esos procesos no conducen a debatir los temas sustanciales que dan valores sólidos a las democracias: la igualdad, la libertad, la justicia social y la solución pacífica de los conflictos sociales.

A ciencia cierta no sabemos hacia donde avanza la humanidad, reconocemos la avalancha de herramientas de control o de poder que dan las ciencias y las tecnologías modernas, pero en el sustrato es difícil afirmarse en lo impensado de cada innovación. Por ello, **cada vez más, es mayor la necesidad de que todo lo que se resuelva sea de forma transparente y no hay herramienta que supere lo que la democracia, aún la básica y formal, nos otorga.** Clausurar ese proceso de nuestra historia es entregarnos al despotismo, fenómeno político de igual envergadura que la esclavitud.

Retomo la distinción entre la tecnocracia y la democracia. Es cierto que la complejidad de los problemas actuales requiere de conocimientos técnicos. Pero admitido ello, lejos estamos de instalar el arcana imperii que no involucra a la sociedad en el debate y sus consecuencias en los hechos. No olvidemos que las democracias acotadas a sus moldes formales permitieron el ascenso de los sistemas totalitarios que regaron de sangre en el siglo pasado a Europa y el mundo.

### Capacitación y educación

No hay mejor antídoto para ello que la capacitación y la educación. Educar para la responsabilidad es educar para ser libres. La libertad se alcanza en un medio social con las condiciones económicas, sociales y culturales donde se incorpora la conciencia del propio valor de esa libertad.

Las instituciones democráticas que nazcan de ese formato agregan un valor continuo para que la sociedad se libere de los poderes fácticos que la ahogan y de los burócratas que les dicen lo que deben hacer, sin que ellos mismos estén dispuestos éticamente a hacer lo que ordenan.

### ¿Es la igualdad un freno a la libertad?

Eurípides decía que el peor enemigo de la ciudad es el tirano, un hombre con todo el poder, sin vigencia de leyes generales, sin perspectiva de la equidad. El poeta afirmaba que cuando hay leyes escritas tanto el pobre como el rico tiene igual derecho (Las suplicantes 400 aC). Más tarde la igualdad ante la ley encontró gran receptividad en las constituciones que dieron lugar a los estados modernos, y se constituyó en un principio universal: la igual protección de las leyes.

La eficacia de este principio desde la órbita de la teoría jurídica genera dos interpretaciones.

Una de igual tenor al principio de imparcialidad de los jueces.

Y la otra que señala que es una interpelación dirigida a los legisladores. En particular a los derechos sociales, culturales, ambientales, allí

donde su enunciación provoca un mayor debate social. También atraviesa el principio como una reacción contra toda forma de discriminación.

### Igualdad de derechos

Así la igualdad en los derechos es más vasta que el concepto de igualdad ante la ley, ya que invoca a gozar para toda la sociedad de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente.

La fórmula de las Declaraciones Universales tomadas con enunciados de un principio de alcance universal, dicen en 1789: "Todos los hombres nacen libres e iguales en los derechos" y en 1948 declara que "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

### Poder | Derecho

Entro aquí en el meollo de este breve artículo:



La subordinación del poder al derecho como una tarea permanente de la democracia.

Al decir de Hobbes el derecho es la negación de la guerra característica del estado de naturaleza.

Por tanto el derecho es un instrumento de regulación y de minimización de los poderes ilimitados de aquel Estado que no se funda en Derecho.

El Derecho es el límite que aún puede ir contra la ley cuando ésta impera en su ausencia.

En el Estado de Naturaleza el poder de coacción deviene de la ley del más fuerte, en vez el Derecho vendría a ser la ley del más débil.

Así, se enuncia que el derecho penal protege a las víctimas de los delitos violentos, en el derecho procesal a los acusados frente a la arbitrariedad o los castigos excesivos, en el derecho del trabajo en la tutela de los trabajadores, en el derecho de familia a los más vulnerables, en el derecho a la propiedad protege a los débiles frente al poder de apropiación de los más fuertes, el derecho de usuarios y consumidores nos tutela frente a los abusos de actores económicos.

Pero a su vez el poder es el presupuesto del derecho y asimismo el Derecho es la fuente del poder.

Como dice Luigi Ferrajoli: no existe ningún derecho sin un poder capaz de hacerlo respetar.

### Función de control del poder judicial

El mismo autor señala un dato importante de las democracias: la expansión extraordinaria de la función de control del poder judicial. Ello se explica por dos motivos, el primero es la evolución del derecho hacia el Estado Constitucional de Derecho, y por otro lado la transformación del sistema político institucional que promueve el Estado Social y por ende irá requiriendo de una mayor intervención estatal en la economía y en la sociedad.

### Programa

El tránsito de la constitución de los estados modernos con sus codificaciones selló la forma jurídica de imperio de la ley, centrando en ella el principio de legalidad y junto a esa columna se sumó la de la omnipotencia del legislador. Esa omnipotencia se trasladó a la política, porque al ser la legislación un ámbito exclusivo de la política, también se empoderó al político por encima del derecho.

El segundo tránsito intentó subordinar al derecho no sólo a los procedimientos para sancionar las leyes sino también a sus contenidos. De forma tal que el Derecho no pueda ser concebido como un instrumento en manos de la política, sino que la política es una herramienta para la realización del derecho, en especial al respeto a los principios de los derechos fundamentales de las personas. Saliendo entonces de su viejo paradigma paleo positivista, que llevaba a los jueces a la sujeción de la letra de la ley, se pretende como programa permanente del derecho la atadura a la ley en la medida que esta convalide, es decir que sea coherente, con el programa constitucional.

### Modelo constitucional

Todo consenso democrático inspirado en la Constitución tiene como

presupuesto que los derechos fundamentales como la vida y la libertad no pueden ser sacrificados ante ninguna mayoría o interés general.

La dimensión de la democracia no queda prisionera de las formas o de mayorías electorales, va a la sustancia, es decir a su significado y contenido.

Este modelo constitucional y social de derecho interpela a la cultura jurídica de nuestro ámbito profesional.

El poder judicial no lleva adelante un genérico control de legalidad, invadiendo esferas de otros poderes, cuando es la política la que debe decidir y resolver el dilema que se le presente.

La Justicia interviene porque en esa decisión política no se corrigieron o anulaban actos inválidos o ilícitos. Esta conceptualización da cuenta del por qué el llamado riesgo de la judicialización de la política se asienta en una reducción conceptual. Al contrario, **los jueces dejan**

**de hacer política en el momento en que empiezan a cumplir con su obligación de control de la actuación ilegal del poder.**

### Garantías penales y procesales

Ciertamente que esa expansión de la función judicial, debe estar acompañada con un reforzamiento de las garantías penales. Ya que no se puede sancionar el uso arbitrario o corrupto del poder con el uso de un poder igual o de mayor fuerza discrecional por parte de la magistratura.

Recordemos que las garantías penales y procesales son de orden legislativo, esos

actos limitan el poder de los jueces, y en esa limitación nace su legitimidad. En estos tiempos donde la tentación de reformas de las normas penales y procesales parece tener una acogida política favorable, como respuesta a la desorientación y desinformación sobre el rol de la justicia, nuestra profesión a través de la colegiatura debería aportar sus conocimientos y experiencia.

### Avance de la IA

Hago un aparte reflexivo sobre el avance de la IA como herramienta de poder. La cuarta revolución industrial conlleva genéticamente un avance acelerado de la ciencia. La utilización de algoritmos en la predicción delictiva como recurso podría significar un retroceso si su sesgo implicara una desviación del debido proceso legal. La ampliación a escala de este fenómeno nos pondrá a prueba como sistema.

Los derechos alcanzados en la era de la libertad y la ampliación de derechos, podrían verse amenazados por los criterios de eficacia y velocidad.

### Colegiación

En resumen, **nuestra colegiación es una valla frente a todo intento de autoritarismo y discrecionalidad del poder.**

Pero para no ser sólo los frenos de un sistema que se expande con naturalidad, también debemos contribuir con los deberes ciudadanos del programa democrático inspirados en nuestra Constitución.

**“...cada vez más, es mayor la necesidad de que todo lo que se resuelva sea de forma transparente y no hay herramienta que supere lo que la democracia, aún la básica y formal, nos otorga.”**