

Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica

NÉSTOR P. SAGÜÉS*

SUMARIO:

- I. EL BINOMIO ORDEN/SEGURIDAD VARIANTES DE LA SEGURIDAD
- II. LOS GRADOS DE LA SEGURIDAD SEGURIDAD JURIDICA Y VALOR JUSTICIA
- III. LOS TOPES DE LA SEGURIDAD JURIDICA
- IV. PROTAGONISTAS DE LA SEGURIDAD. SEGURIDAD «EJECUTIVA»
- V. SEGURIDAD «LEGISLATIVA»
- VI. SEGURIDAD «JUDICIAL»
- VII. SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIABILIDAD EN LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL
- VIII. LOS VIRUS DE LA CONFIABILIDAD
- IX. CONCLUSIONES

I. EL BINOMIO ORDEN/SEGURIDAD. VARIANTES DE LA SEGURIDAD

La filosofía jurídica diferencia los valores «orden» y «seguridad», a los que asigna diferente cotización axiológica, distinto vigor jurídico y roles igualmente disímiles. Sin embargo, también se reconoce que ambos son valores primordiales; que entre ellos hay una relación ontológica, que están esencialmente ligados y que sin el primero no puede darse la segunda¹.

En este trabajo, dedicado a la «seguridad jurídica», los dos valores se con-

* El presente trabajo se basa en el anterior estudio del autor, titulado «Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales», presentado en Caracas, 1996, en el Seminario internacional organizado por la Fundación Konrad Adenauer. Se le han introducido cambios y adaptaciones para abordar específicamente el tema de la magistratura constitucional y la seguridad jurídica.

¹ Cfr. Cueto Rúa, Julio C., «Seguridad jurídica», en la Ley, 1994-a-742, continuando el pensamiento de Carlos Cossío (de éste, v. «Meditación sobre el orden y la seguridad», en la Ley 83-1023). Sobre el apareamiento entre orden y seguridad, v. también Aftalión Enrique, García Olano Fernando y Vilanova José, «Introducción al Derecho», 5a. ed. (Buenos Aires, 1956) Ed. El Ateneo, t. I p. 177.

siderarán yuxtapuestos. Por «seguridad jurídica» se entenderá aquí tanto la aptitud para predecir los acontecimientos jurídicos y de darle a éstos un curso estable, como la de controlar y neutralizar los riesgos que el sistema jurídico debe afrontar.

La idea de «seguridad jurídica» se inserta dentro del concepto genérico de «seguridad» en el mundo jurídico, que comprende muchas variables:

- a) «Seguridad del Estado», comprensiva de la «seguridad exterior» (relacionada con la integridad del Estado y con el respeto de sus derechos. A este subtipo de seguridad la Corte Suprema de Justicia Argentina, en el caso «Merck», la llamó la «suprema seguridad de la Nación»); y la «seguridad interior», vinculada a la noción de «orden público», o de tranquilidad social y respeto a los poderes del Estado².
- b) «Seguridad de las personas», que incluye un sistema de protección a los bienes y cuerpos de los habitantes («seguridad pública»), pero además el respeto a todos sus derechos y una tutela efectiva para el caso de amenazas, riesgos o lesiones hacia ellos. En sentido estricto, es aquí donde se aloja mejor la expresión «seguridad jurídica», según el significado usual actual de ella.

II. LOS GRADOS DE LA SEGURIDAD. SEGURIDAD JURIDICA Y VALOR JUSTICIA

Teóricamente es posible intentar la construcción del concepto de «seguridad jurídica», en su doble versión de pronóstico de conductas estables y neutralización de riesgos, haciendo abstracción del valor justicia. Actualmente, sin embargo, no es tan así.

a) Primer nivel de seguridad jurídica

Supóngase el caso de un régimen auténticamente despótico, que al decir de Montesquieu, es aquel donde el Gobernante puede decidir lo que quiera, sin otra sujeción que su propio capricho³. Supóngase, también, que en ese sistema la cuota de derechos personas es ínfima. En tal caso, podría sostenerse que de todos modos hay *algo* de «seguridad jurídica», porque las conductas son siempre predecibles: inexorablemente, en todo caso, se hará lo que el déspota decida. Ninguna ley es oponible a Su Voluntad, que por lo demás es la fuente del derecho; ni los jueces, desde luego, fallarán contra él. Los comportamientos, por ende, son predecibles. Desde otra perspectiva, podría añadirse que tampoco hay «riesgos», puesto que como nadie, en definitiva, tiene derechos oponibles al déspota, nadie corre tampoco el peligro de «perder» lo que no es suyo.

² Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, «Fallos», 211 :297. En cuanto las variables de la seguridad, nos remitimos a nuestros «Elementos de derecho constitucional» (Buenos Aires 1993), Ed. Astrea, t.2 p. 63 y ss.

³ Montesquieu, barón de, «Del Espíritu de las Leyes», trad. Por Nicolás Estévez (Buenos Aires, 1942), ed. Albatros, t. I pp. 11, 23, 36 y ss., 45. En el despotismo, el poder está en uno solo, «pero sin ley ni regla, pues gobierna el Soberano según su voluntad y caprichos». No hay otra ley que la voluntad del príncipe. En un régimen de intrínseca inestabilidad jurídica, máxima a la muerte del Soberano. Nos hemos ocupado del tema en Sagüés Néstor Pedro, «Evolución histórica del concepto de despotismo», en «Anales», Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Buenos Aires, 1982), t. XI, p. 335 y ss.

En tan hipotético ejemplo, la inseguridad más absoluta es, paradójicamente, la muestra más trágica de «seguridad».

b) Segundo nivel

Se da un paso en adelante cuando en un sistema jurídico es posible pronosticar en buena medida el *contenido concreto* de las decisiones futuras de sus operadores. Esta «seguridad de contenido» implica saber, específicamente, *cómo y qué* van a resolver esos operadores. En el caso del primer nivel, se conocía *quién* emitía las respuestas jurídicas (el déspota), pero no, exactamente, *cuál* sería la respuesta, dado que ella dependía, substancialmente, de su voluble arbitrio. En el segundo nivel, en cambio, es factible predecir tanto el órgano y el tiempo de la decisión, como su posible mensaje.

En el segundo nivel, sintetizando, se requiere que las decisiones estatales sean adoptadas según el esquema constitucional de asignación de competencias, por los órganos respectivos, y de acuerdo a las directrices de contenido que también trae la Constitución.

c) Tercer nivel

En este tramo el concepto de seguridad jurídica es mucho más exigente: pretende augurar tanto el *quién*, el *cómo* y el *qué* del comportamiento de los sujetos jurídicos, como también una dosis mínima de razonabilidad, legitimidad o justicia en esas conductas.

Aquí situados, para que haya «seguridad jurídica» debe haber obviamente «orden», pero un «orden con justicia incipiente» (Werner Goldschmidt). Aunque la simbiosis plena entre «justicia» y «seguridad» solamente puede darse a nivel divino, el tercer nivel de seguridad jurídica aspira, de todos modos, a trabajar por una seguridad jurídica entendida como el resultado de que se realizan actos de justicia⁴.

Así entendida la seguridad jurídica, ella no se conforma con la necesidad de predecir eventos, de controlar los riesgos y de programar la estabilidad en las relaciones humanas. También requiere que ese mecanismo predictivo, esa neutralización de peligros y tal planificación de procesos humanos estables, brinde a la postre un producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos.

Actualmente, cuando se utiliza la expresión «seguridad jurídica», se la emplea, comúnmente, en la tercera versión o nivel.

III. LOS TOPES DE LA SEGURIDAD JURIDICA

Como cualquier valor del mundo jurídico-político, la seguridad jurídica –aún en su tercera acepción– tiene sus límites, que bueno es tener debidamente en cuenta.

⁴ Goldschmidt Werner, «Introducción filosófica al derecho», 4a. ed. (Buenos Aires, 1973), ed. Depalma, p. 415, «La ciencia de la Justicia. Diketología», 2a Ed. (Buenos Aires, 1986), ed. Depalme, p. 85.

Por supuesto, el problema del perímetro de la seguridad jurídica se conecta con el de la cotización de ese valor. A mayor valuación, más superficie y pretensiones de expansión, así como el consecuente acorralamiento de los otros valores jurídico-políticos.

Un ejemplo de hipercotización de la seguridad puede hallarse en Christian Wolf, quien en su *Jus Naturae* enseña que el fin del Estado es asegurar la «*vitae sufficientia, tranquillitas et securitas*», produciendo las dos últimas a la *felicitas*. La búsqueda de la libertad, la seguridad y el derecho es, además, el objetivo máspreciado de las corrientes liberales. Hermann Heller concluirá finalmente, que «la institución del Estado aparece... justificada por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica, y sólo por ello». Y Goethe dirá que el orden vale más que la justicia. La presencia del valor seguridad en la literatura filosófico-jurídico y política, como lo ha demostrado Rodolfo L. Vigo, es por cierto impresionante⁵.

Es interesante observar aquí que algunos documentos de la primera etapa del constitucionalismo no solamente asimilaron explícitamente al valor seguridad (así, Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, Art. 2º; Declaración de Derechos de Virginia de 1776, Art. 1º), sino que también algunas veces lo definieron, como en el Art. 173º de la constitución de Popayán (Colombia) de 1814: «La seguridad es la protección con que la sociedad garantiza la existencia y los derechos del ciudadano»; o el Art. 2º del Estatuto provisional argentino de 1816: la seguridad «es la garantía que concede el Estado a cada uno para que no se le viole la posesión de sus derechos, sin que primero se verifiquen aquellas condiciones que estén señaladas por ley para perderla». En otros casos, se reconoció que la existencia misma del Estado era en función de la seguridad: «Se instituye el Gobierno para asegurar el tranquilo goce de estos derechos» (personales): Art. 2º, constitución de Costa Rica de 1844.

En cambio, como antítesis de la exaltación de la seguridad, puede recordarse al pensamiento fascista y su tesis del «vivir peligrosamente», precisamente como desprecio al modelo liberal burgués de vida cómoda y segura; o la versión neomarxista del uso alternativo del derecho, que califica a la certeza jurídica como un «mito iluminista», basado en tres dogmas positivistas como son los de rigor, completud y coherencia del ordenamiento jurídico. Incluso, algunas posturas del alternativismo postulan una nueva versión del concepto de seguridad jurídica, entendiéndolo como

⁵ Sobre Christian Wolf, cfr. Jellinek, Georg. «*Teoría general del Estado*», trad. por Fernando de los Ríos (Buenos Aires, 1954), p. 181/3. Cfr. asimismo Heller Hermann, «*Teoría del Estado*», 4a. ed., trad. por Luis Tobio (México, 1961), Fondo de Cultura Económica, p. 240, aunque agrega que la justificación del Estado por la seguridad que brinda, lo es siempre que respete a los principios morales del derecho. Por lo demás, la frase de Goethe se toma de Goldschmidt Werner, «*Introducción filosófica al derecho*», p. 324. Cabe recordar aquí también a Hobbes, para quien la seguridad es el fin del Estado. Sobre esta postura, y las de Radbruch y Recaséns Siches, así como una presentación global del tema, cfr. Vigo Rodolfo L., «Aproximaciones a la seguridad jurídica», de próxima aparición en «*Derechos y Libertades*», Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid. Un texto de lectura igualmente recomendable es el de Pérez Luño Antonio E., «*La seguridad jurídica*», (Barcelona, 1991), ed. Ariel.

«consenso y participación del pueblo» en el derecho, idea vinculada con el de interpretación de la norma según los valores y requerimientos de los sectores mayoritarios, y generalmente marginados, de esa sociedad⁶.

Si el jurista intenta una cotización intermedia de los valores orden y seguridad, debe admitir que una de sus fronteras son las exigencias del cambio. Las mutaciones en el contexto de vida pueden requerir (y a veces imperiosamente) revisar los patrones formales de decisión y el contenido mismo de las decisiones. Un sistema jurídico que no sea capaz de afrontar tales transformaciones y de brindar respuestas jurídicas distintas a las tradicionales corre el riesgo de perder estabilidad y eficacia. Dicho en otras palabras, la continuidad o persistencia de un sistema no son incompatibles, sino todo lo contrario, con su aptitud de renovación. Por eso apunta inteligentemente Easton que la idea de persistencia del sistema se vincula con la de continuidad *en* el cambio, y que «el cambio es a todas luces compatible con la continuidad. Parece posible y es necesario decir que un sistema dura si, al mismo tiempo, sufre alteraciones sustanciales»⁷.

En momentos de cambio, por ende, no es fácil predecir todos los comportamientos. Además habrá que satisfacer los costos de ese cambio, en particular el abandono de soluciones anteriores, con lo que, naturalmente, aumenta la dosis de riesgo jurídico. Seguridad y cambio son conceptos que generalmente no se llevan del todo bien.

Otro tope al valor seguridad jurídica lo constituye el «estado de necesidad». De haber una auténtica situación tensiva, sustancialmente crítica, para el sistema jurídico-político, donde entren (o puedan entrar) en colapso las pautas corrientes de funcionalidad del sistema; o si el propio sistema enfrente la incógnita de su supervivencia, tal estado de necesidad, de ser genuino⁸, generará un «derecho de necesidad» inevitable, excepcional y generalmente transitorio, que quiebra los pronósticos habituales de comportamiento jurídico, y aumenta considerablemente las hipótesis de riesgo, ya que a menudo exige sacrificios duros.

«Derecho de necesidad» y «seguridad jurídica» son, asimismo, conceptos difíciles de coexistir.

Como balance final debe alertarse que el jurista no puede meritarse la idea de «seguridad jurídica» en abstracto, sino relacionándola con las coordenadas de estabilidad, de cambio y de estado de necesidad.

⁶ Respecto a la doctrina fascista del «vivir peligrosamente», v. Ros Clemente B., «Derecho Político», 2a. ed. (Buenos Aires, 1953), Ed. Sanna, t. II p. 362/3. En cuanto al concepto de seguridad en el uso alternativo del derecho. Especialmente en Achille Chiapetti y Luigi Ferrajoli, nos remitimos a Sagüés Néstor P., «La interpretación de la Constitución. Poder Judicial versus Poder constituyente», en Comisión Andina de Juristas, «*Lecturas sobre temas constitucionales*» (Lima, 1991), N° 7, pp. 114/5.

⁷ Easton, David, «Esquema para el análisis político», trad. por Aníbal C. Leal (Buenos Aires, 1973), ed. Amorrortu, p. 123.

⁸ Sobre el derecho de necesidad genuino y el espúreo, Sagüés, Néstor P., «Elementos de derecho constitucional», t. 1 p. 699 y ss., «Derecho constitucional y derecho de emergencia», en «La Ley», 1990-D-1049.

IV. PROTAGONISTAS DE LA SEGURIDAD. SEGURIDAD «EJECUTIVA»

Si un Estado practica una real división de poderes, la seguridad jurídica cuenta a su vez con distintos actores⁹.

Puede principiarse con la «seguridad ejecutiva», particularmente importante para países latinoamericanos tributarios, por lo común, de una Presidencia hipertrofiada. En este ámbito la seguridad demanda:

- a) Leal ejecución por parte del Poder Ejecutivo del programa constitucional, sobre todo por parte de las fuerzas de seguridad y en materias de los derechos de las personas.
- b) Declaración del estado de sitio o estados de excepción exclusivamente por los motivos previstos por la Constitución y por el término que ella contempla.
- c) Reglamentación de las leyes cuidando de no alterar su letra o espíritu.
- d) Utilización de los decretos de necesidad y urgencia para circunstancias terminales y conforme al trámite constitucional.
- e) Respeto de los contratos firmados con los particulares (concesiones, licitaciones, obras públicas, etc.).
- f) Leal auxilio a la magistratura constitucional y en general al Poder Judicial, especialmente en las investigaciones penales y en la ejecución de las sentencias dictadas contra el Estado. Si interviene en el proceso de reclutamiento de jueces, seleccionar y nombrar a magistrados dignos, idóneos e imparciales.

⁹ La seguridad jurídica puede estudiarse tanto desde el punto de vista de sus requerimientos o contenidos, como de los sujetos que deben actuar para que ella exista, cosa que hacemos en este trabajo. Siguiendo a Rodolfo L. Vigo («Aproximaciones a la seguridad jurídica», p. 4), en cuanto los primeros, pueden señalarse los siguientes:

- a) Existencia de reglas generales que determinen los derechos, deberes y permisiones.
- b) Promulgación de las reglas jurídicas,
- c) Acceso fácil y permanente a lo determinado jurídicamente,
- d) Comprensión de las determinaciones jurídicas,
- e) Estabilidad de las disposiciones jurídicas,
- f) Cumplimiento posible y fácil de las normas,
- g) Resolución de los conflictos jurídicos por terceros imparciales,
- h) Acceso fácil a los jueces,
- i) Resolución en tiempo oportuno de los conflictos,
- j) Posibilidad de defender pretensiones ante los jueces,
- k) Justificación de las normas jurídicas,
- l) Modos previstos de crearse y derogarse las normas,
- m) Eficacia de las normas jurídicas,
- n) Existencia en el derecho de un poder coercitivo,
- o) Poder político legitimado democráticamente,
- p) Tratamiento jurídico igualitario,
- q) Capacidad suficiente de respuestas del derecho vigente,
- r) Visión sistemática del derecho vigente,
- s) Disposición ciudadana al cumplimiento de sus deberes,
- t) Existencia de una moneda estable.

- g) Instrumentar con suma prudencia el otorgamiento de indultos, para no provocar sospechas de favoritismo o un descreimiento social en la operatividad del sistema punitivo.
- h) Bajo nivel de corrupción en la administración pública. No exigencia de dádivas o aportes análogos para la realización de trámites o el otorgamiento de permisos o autorizaciones legalmente procedentes.
- i) Cuidar, junto con el Poder Legislativo, que haya una moneda básicamente estable¹⁰.

V. SEGURIDAD «LEGISLATIVA»

Compete, claro está, al Congreso. Algunas recetas básicas son las siguientes:¹¹

- a) Sancionar leyes claras y armónicas, que no tengan preceptos ambiguos, poco inteligibles, de empalme trabajoso o contradictorios entre sí. Los galimatías legislativos, las normas contrapuestas o aquellas que guardan escasa concordancia son fuente permanente de confusiones para quienes deben cumplirlas.
- b) Evitar los cambios legislativos frecuentes, apresurados o irreflexivos. Atender con criterio restrictivo la sanción de normas de derecho transitorio.
- c) Disponer de modo nítido qué normas se encuentran en vigor, y cuáles derogadas.
- d) Como principio, no dar efecto retroactivo a las leyes.
- e) En el ámbito penal, huir de los tipos penales abiertos, merced a los cuales una serie difusa de conductas puede estar captada por la ilicitud, todo ello a merced de las autoridades públicas encargadas de aplicar esas normas, con lo que no siempre es fácil distinguir lo legal de lo ilegal.
- f) No delegar fácilmente competencias legislativas en el Presidente o en oficinas dependientes de él; y controlar los decretos de necesidad y urgencia que emita el Presidente.
- g) Sesionar regularmente, evitar las quiebras del quórum y aprobar en tiempo al presupuesto y las normas que requieren sanción impostergable.
- h) Dictar normas razonables y de cumplimiento sencillo y sensatamente posible.
- i) Habilitar los procesos constitucionales y ordinarios idóneos y el número de tribunales suficiente para brindar un efectivo servicio de justicia.
- j) Ser cauto en la sanción de leyes de amnistía que puedan, sin motivo valedero, que efectivamente las justifique, instaurar un clima de impunidad.
- k) no sancionar leyes secretas (en Argentina, v. gr., han pasado del centenar).

¹⁰ Las relaciones entre incertidumbre jurídica y la alteración del valor de la moneda fueron destacadas ya en el siglo XVI por Jean Bodin Cfr. «Los seis libros de la República», trad. Selección e introducción de Pedro Bravo (Caracas, 1966), Universidad Central de Venezuela, p. 369.

¹¹ V. Cueto Rúa, Julio C., «Seguridad jurídica», p. 746.

VI. SEGURIDAD «JUDICIAL»

El papel del Poder Judicial (y en especial, de la jurisdicción constitucional) en la configuración de una situación de seguridad jurídica es decisivo, a través, fundamentalmente, de dos papeles:

a) Roles represivos

En ese quehacer toca a la judicatura constitucional operar como órgano revisor del desempeño constitucional de los poderes Ejecutivo y Legislativo, fundamentalmente a través del control, por los procesos constitucionales (amparo, hábeas corpus, acción declarativa de inconstitucionalidad, etc.), de la gestión de los mismos. Al respecto, como «guardián de la Constitución», le toca primero invalidar los decretos y leyes, así como otras conductas activas u omisivas del Parlamento y de la Presidencia, contrarios a la Constitución.

El papel correctivo o represivo del juez en lo constitucional lo presenta también como guardián no sólo de la Constitución, sino también del proceso político, al dirimir los conflictos de poderes, cosa que importa hacer concluir las invasiones institucionales que puedan mutuamente perpetrarse el Presidente o el Congreso, o sobre el Poder Judicial.

De modo muy concreto, y como custodio de la Constitución, al juez constitucional le corresponde el clásico trabajo de tutelar a los particulares de los abusos del poder oficial, algo decisivo en lo que hace a la seguridad jurídica, en su múltiple acepción de regularidad de comportamientos, de prevenir riesgos y de reparar lesiones que se produzcan a los derechos individuales y sociales. En esa misión, los jueces constitucionales, y específicamente una Corte Constitucional, actúan materialmente como «tribunales de garantías constitucionales».

Digamos al mismo tiempo que la función de guardián de la Constitución implica para el juez constitucional controlar la constitucionalidad de los actos de los particulares, o de la comunidad en su conjunto. Como bien dijo la Corte Suprema de Iowa en «Hunter vs. Colfax», la constitución protege al pueblo de los excesos del Gobierno, pero también de los excesos del propio pueblo¹².

En conclusión, el juez constitucional es agente de la seguridad jurídica, en sus papeles represivos, al actuar como agente de *restauración* ante las infracciones del derecho.

b) Roles creativos

La seguridad jurídica impone aquí que la magistratura constitucional dirima los conflictos que puedan presentarse entre los particulares y el Estado, o entre los particulares entre sí, disipando las incoherencias, galimatías o confusiones que puedan

¹² Schwartz, Bernard, «Los poderes del Gobierno», trad. por José J. Olloqui (México, 1966), Universidad Nacional Autónoma de México, t. I, p. 25

contener las normas provenientes del Parlamento o del Poder Ejecutivo, y en su consecuencia, dando «a cada uno lo suyo», asignando potencias e impotencias.

También le toca cubrir las lagunas del ordenamiento positivo constitucional, elaborando para el caso o con efectos «erga omnes» (según corresponda) las reglas faltantes, y dar categoría constitucional a los derechos no enumerados en la Constitución pero que tienen rango de derechos constitucionales implícitos, conforme lo exija la conciencia jurídica prevaleciente, todo ello en consonancia con los instrumentos internacionales que suscriba el Estado y con la interpretación que a esos derechos den los tribunales supranacionales que pueda haber (v. gr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, habiendo el Estado admitido su jurisdicción).

Paralelamente, al juez constitucional le cabe una relectura constante de la Constitución, en particular en cuanto a sus «cláusulas abiertas» y a las que contengan conceptos jurídicos indeterminados. Tal tarea de precisión y de determinación de la Constitución es generalmente inevitable, debido a la brevedad y el laconismo del documento constitucional, a la aparición de nuevos problemas jurídicos y a la mutación en el sistema de creencias sociales.

En resumen, en todo esto la judicatura constitucional cumple una misión de esclarecimiento jurídico, presupuesto básico para que se configure una situación de seguridad jurídica.

Cabe añadir que la seguridad jurídica solicita que el juez constitucional desempeñe sus funciones represivas y creativas de modo ordenado, mediante respuestas jurídicas coherentes y, en lo posible, persistentes. Ello implica una respetable dosis de continuidad jurídica en el razonamiento y en las decisiones judiciales, con un marcado respeto por los precedentes y la doctrina jurisprudencial pacíficamente aceptada. Ello conduce, asimismo, a imaginar vías legales o jurisprudenciales de uniformización de la jurisprudencia, para evitar veredictos divergentes. No obstante, en períodos de cambio y de emergencia tal continuidad tendrá sus obligadas dispensas y excepciones, admisibles y hasta alentables en cuanto sean legítimas y logren, por su mérito intrínseco, consenso social. En los estados federales, por lo demás, la estructura política del país justifica en alguna medida la legitimidad de lo diverso (de no ser así, si la sociedad lo demanda, se impondría la modificación del sistema y la unitarización de su judicatura).

El tema de la continuidad y coherencia de los pronunciamientos tribunales asume una dimensión mayor en el caso de una Corte Suprema o Tribunal Constitucional, ya que sus sentencias, ordinariamente, o tienen efectos «erga omnes», o gozan de una eficacia vinculante habitualmente más intensa que las de otros órganos tribunales. En resumen, proporcionan más «seguridad jurídica», por lo que es recomendable que posean cierta persistencia, y que solamente razones de peso justifiquen el apartamiento de los precedentes¹³.

¹³ Cfr. sobre el tema Garay, Alberto F., «La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes», En «Jurisprudencia Argentina», 1991-II-870.

Sin embargo, recientemente se ha puesto en duda las ventajas de ese continuismo. Por un lado se constata que muchas Cortes constitucionales o Cortes Supremas no son consistentes consigo mismas, ya que fallan con criterios a menudo disímiles, y que muchos principios o doctrinas son «de vida relativamente corta». Por otro lado, se sostiene que es bueno que ello sea así, ya que si el derecho constitucional se ocupa del proceso político, y éste es intrínsecamente dinámico, obviamente exigirá respuestas no siempre iguales ni sostenidas. La Corte Suprema, además, escribe Lief Carter, no es una institución académica; no interpreta para profesores de Derecho, y el cambio y la relatividad en el derecho no amenazan su legitimidad. Antes bien, valen las soluciones pragmáticas, adecuadas para la solución de los conflictos sometidos a la decisión de la Corte¹⁴.

La oposición entre pragmatismo y seguridad es de sumo interés, aunque poco trabajada. En principio, no deberían ser ideas incompatibles, ya que la seguridad busca también utilidad y es práctica, ya que permite predecir comportamientos, y así ajustar conductas en función de lo que muy probablemente va a ocurrir, evitando para el futuro episodios dañinos. De todos modos, si el mundo se vuelve complejo, cambiante y problemático, a la par que la historia se acelera, las respuestas jurídicas de ayer, por parte de una Corte Suprema o de una Corte Constitucional, pueden resultar no idóneos hoy.

Es factible que en un proceso de tal tipo los principios jurídicos más o menos estables demanden ser corregidos mediante «excepciones», y que éstas, a su turno, de ser muy sólidas o abundantes, generen con el tiempo —que puede ser corto— un «*jus singulare*» o nuevo principio, a su turno también excepcionado; y así sucesivamente¹⁵. La legitimidad judicial de estas mutaciones dependerá de la habilidad de los tribunales para asumir sensata y cautamente los cambios, detectar cuándo un principio o doctrina deja de ser ya funcional (es decir, cuando su mantenimiento causa más problemas que su reemplazo), y escoger en caso de obsolescencia entre la alternativa de formular excepciones o formular un nuevo «*jus singulare*» o un principio que sea mejor que el sustituido.

VII. SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIABILIDAD EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Puede constatarse así que el rol del juez constitucional es harto importante y definitorio para que en un Estado concreto haya o no seguridad jurídica.

En tal sentido, una observación liminar es que no todo juez constitucional está habilitado en los hechos para asumir y cumplir adecuadamente aquellas funciones represivas y activas. La experiencia muestra que hay presupuestos inexorables, que si no se conjugan en el ámbito de las realidades frustrarán la hipótesis de una judicatura confiable para proporcionar seguridad jurídica.

¹⁴ Carter, Lief H., «Derecho constitucional contemporáneo» (Buenos Aires, 1992), Ed. Abeleo-Perrot, pp. 163, 172, 174.

¹⁵ Sobre las distinciones entre «principios», «excepciones» y «*jussingulare*» cfr. Bielsa, Rafael, «Metodología Jurídica» (Santa Fe, 1961). Ed. Castellví, p. 91.

a) Imparcialidad

Este primer recaudo hace a la condición misma de «juez». En términos contundentes, el juez o es imparcial, o no es juez. En términos más relativos y terrenales (puesto que la imparcialidad perfecta solamente podría darse a nivel de justicia divina), puede decirse que en la medida en que el juez se parcializa, en esa misma proporción pierde condición de «juez», asumiendo la de «parte».

La imparcialidad de la magistratura constitucional no es un regalo del cielo, sino algo que se obtiene mediante procedimientos específicos. Incluso, cabe preguntarse primero si la clase política de un Estado quiere o no tener una judicatura imparcial. La respuesta, en muchos lugares, por debajo de declaraciones teóricas y proclamas hipócritas, es tristemente negativa. Si resulta lealmente positiva, cabe anticipar que esa imparcialidad es más fácil de lograr en un país donde prevalecen las lealtades institucionales sobre las personales, que en otro donde pasa lo inverso (en esta última situación, el favoritismo y el amiguismo pueden tumbar cualquier iniciativa seria de imparcialidad).

Entre las técnicas más habituales para intentar una judicatura aceptablemente imparcial figuran métodos profesionalizados de reclutamiento de jueces, principalmente por medio de una escuela judicial que a través de cursos obligatorios y previos al nombramiento opere como ente de formación y de preselección (lo que equivale a escoger a los mejores y a excluir a los incapaces, que generalmente son los que tienen más vocación por la parcialidad); los concursos, como instrumento de evaluación siguiendo las pautas de selección por la idoneidad y de igualdad de oportunidades; y un consejo de la magistratura, siempre que esté rectamente integrado y que sus vocales actúen honestamente, a fin de operar como jurado en tales concursos y calificador para las promociones en la carrera judicial.

Desde ya que tales concursos deben meritarse no exclusivamente los antecedentes académicos o el nivel de conocimiento de cada aspirante, sino también otras calidades que hacen, y decisivamente, a su desempeño profesional, como salud psicofísica, sentido común, prudencia, aptitud para asumir las responsabilidades judiciales, laboriosidad, don de gentes, aspecto personal y conducta pública y privada aceptable.

Lo dicho vale, fundamentalmente, para las escalas medias e inferiores de una magistratura constitucional, aunque generalmente no se utiliza para las designaciones de una Corte constitucional. Algunas veces, la Constitución toma ciertos recaudos, como exigir que los jueces de ésta «deberán ser nombrados entre Magistrados y fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional» (Art. 159º inc. 2 de la Constitución española). También suelen demandarse mayorías especiales, en el Parlamento, para esos nombramientos. Sin embargo, ¿Por qué no arbitrar algún tipo de concurso previo, sin perjuicio de la posterior aprobación del Poder Legislativo?

b) Calidad técnica y ética

Estas dos condiciones surgen espontáneamente de un acertado método de nombramiento de jueces, pero necesitan reforzarse con otros dispositivos. Por ejemplo, mediante buenas remuneraciones que tornen atractiva a la carrera judicial, permitan erigir cuadros estables de jueces y disipen la tentación de la corrupción. La tesis, por cierto, es vieja, y fue anticipada por Montesquieu en «del Espíritu de las leyes», cuando advertía que las magistraturas públicas no debían ofrecer compensaciones inferiores a las que proporcionaba la actividad privada.

Estadísticamente hablando, las malas remuneraciones judiciales producen habitualmente malos jueces (en términos de calidad técnica), pocos dedicados a su trabajo, permanentemente avizores de otros empleos más apetecibles, profundamente disconformes con su situación e inclinados a requerir o aceptar complementos «non sanctos» a su magro sueldo judicial.

Al mismo tiempo, una judicatura constitucional confiable necesita de un eficiente régimen de control, interno y externo, que premie a los magistrados probos y dedicados y que sancione y hasta desplace a quienes no lo son. Lamentablemente, ese sistema de control eficiente está emparentado con los otros presupuestos de confiabilidad en el juez constitucional. Si el método de designación es perverso y no fomenta una judicatura imparcial y calificada, y si además ella no se encuentra correctamente remunerada, los mecanismos de control tienden inevitablemente a relajarse, en parte porque los controladores procuran también sumarse fácilmente a ese cuadro de ilegitimidades, y en parte porque son nombrados para que, de hecho, cumplan muy indulgentemente su misión.

VIII. LOS VIRUS DE LA CONFIABILIDAD

Conviene alertar contra ciertas situaciones de hecho, o algunas doctrinas que pretenden legitimar lo ilegítimo, vale decir, que oblicuamente derrumban los supuestos necesarios para erigir una judicatura apta para generar seguridad jurídica.

a) La «ética de la pleitesía» entiende que en el plano de las relaciones humanas, es correcto que el juez designado guarde una deuda moral con aquél que lo nombró, y que como «hombre de bien» le responda cuando llegue el caso. Desde luego, esta posición entiende que el cargo judicial es una especie de obsequio por parte de quien designa, en favor del designado¹⁶, una suerte de «donación con cargo», que genera obligaciones y gratitudes para el juez en cuestión. A la postre, provoca clientelismos y elencos judiciales dependientes de un sujeto o de un grupo, con la consiguiente crisis de imparcialidad. Paralelamente, como por lo común esa «gratitud» es más intensa cuanto menos cualidades tiene el nombrado para acceder al cargo, la «ética de la

¹⁶ Es interesante observar cómo algunas veces el derecho positivo recepciona ingenuamente la tesis de la designación-obsequio. Así el Art. 33º de la constitución de 1856 de la provincia de San Juan (Argentina), dijo: «Son inamovibles los miembros de la Cámara de Justicia, durante su buena comportamiento, *deben* su nombramiento al Gobernador».

pleitesía» provoca nominaciones de sujetos de poca calidad técnica y menos calidad moral.

b) La doctrina del «juez comprometido» pretende emparentarse con el legitimismo democrático, y apunta que el juez debe seguir atentamente las transformaciones que en materia de creencias y de valores hay en un medio social; y si es posible, que tiene que acompañarlas. En buen romance, sugiere que el juez guarde una conexión bastante estrecha con los últimos resultados comiciales, vale decir con el partido victorioso¹⁷.

La doctrina del «juez comprometido» parte de un supuesto bastante aceptable, en el sentido que el juez constitucional no debe ser indiferente ni ignorar las creencias sociales existentes en una sociedad, cuyas valoraciones actuales bien pueden iluminar las dudas de la Constitución, o aún provocar adaptaciones de ella a las circunstancias del presente. Más todavía: no es malo, sino provechoso, que las sentencias judiciales gocen de prestigio social y consenso, en particular por su acierto y consonancia con los deseos –siempre que fueren legítimos– de una comunidad.

Sin embargo, la doctrina del «juez comprometido» apunta en verdad a otra cosa, como es doblegar al magistrado en pro del partido oficialista. Con ese propósito, contenta tanto al vencedor en las urnas como al juez involucrado, que generalmente no tardará en obtener recompensas tangibles, v. gr. En el sistema de ascensos. Por supuesto, la seguridad jurídica brilla aquí por su ausencia.

c) El «vedettismo» judicial es otro factor que perjudica a la seguridad jurídica. Aparece cuando los magistrados, traspasando las fronteras de un prudente activismo jurisdiccional (el que demanda, desde luego, una respetable dosis de creativismo en la judicatura), ocupan áreas que competen a otros poderes y de controladores de la Constitución pasan a convertirse en verdaderos legisladores, descalificando como inconstitucional aquellos actos del Congreso o de la Presidencia que no les conformen, e imponiendo soluciones propias, a menudo teñidas de manías ideológicas, excentricidades o caprichos personales.

Debe tenerse muy presente que la Constitución deja generalmente en manos del Poder Legislativo, o de la reglamentación que dicte el ejecutivo, una serie de variables normativas. La opción entre una u otra de esas variables es un acto característico de política legislativa, o en su caso de discrecionalidad ejecutiva, sobre cuyo acierto

¹⁷ La doctrina del «juez comprometido», se vincula además con la teoría del papel político del Poder Judicial (o de una magistratura constitucional). Esta teoría tiene dos versiones. La primera, correcta, advierte que la judicatura siempre desempeñará roles políticos, al ser órgano del Estado, disciplinar el comportamiento social a través de sus sentencias, y controlar a los demás poderes mediante la revisión de constitucionalidad de sus actos u omisiones. La segunda, patológica, enseña que si el Poder Judicial o un Tribunal Constitucional es «político», debe ser designado por órganos «políticos» (Poder Ejecutivo, Legislativo), y guardar una estrecha afinidad con ellos. Esta segunda variable es una simple estrategia de sometimiento de la judicatura al partido gobernante, aunque, desde luego, debe subrayarse que la función de control de la magistratura constitucional no significa que deba ser indiferente a los requerimientos sociales, ni que tenga que perfilarse como un «poder opositor» al Congreso o al Presidente. Una cosa es controlar (desde el ángulo de la Constitución) la tarea de gobierno de los poderes Ejecutivo y Legislativo, y otra sabotear su gestión.

o conveniencia no es bueno que los jueces se entrometan. A los magistrados judiciales les toca averiguar si la respuesta legislativa o ejecutiva se conforma o no con la Constitución, y en su caso si satisface un mínimo de razonabilidad, pero no fijar cuál de aquellas opciones legislativas o ejecutivas posibles según la Constitución, es la mejor, y menos presentar a esta respuesta judicial como la «única» constitucionalmente válida. De pecar de vedettismo, esa «única» solución judicial, llamativa de por sí al invadir áreas de los otros poderes, es más sensacionalista todavía si resulta ultranedada, extravagante o sofisticada.

Cabe aclarar también que el vedettismo judicial tiene otra variante ante el comportamiento cada vez más apremiante de los medios de difusión. Apurados por la presión de estos, o por la fácil popularidad que produce la aparición ante un canal de televisión, un periódico o una radioemisora, ciertos jueces abandonan la circunspección que debe caracterizar su gestión y adoptan poses más propias del mundo del espectáculo que de un tribunal. Se multiplican así casos de prejuizgamientos, de manifestaciones imprudentes o no sometidas al adecuado control de las partes (ya que raras veces se hacen constar en el expediente respectivo), o de decisiones y actos inspirados más en el deseo de impactar en la sociedad que de emitir veredictos sometidos al derecho.

En resumen, si las teorías del juez comprometido y de la ética de la pleitesía conducen a un poder judicial poco controlador en materia de seguridad jurídica, el vedettismo judicial, caracterizado por un excesivo protagonismo —a menudo caprichoso— de los magistrados, también acarrea inseguridad, ya que tampoco promete un régimen jurídico predecible, confiable y sensato.

No es fácil vacunarse contra el virus del vedettismo, aunque la receta más correcta parte de una previa y severa selección de los cuadros judiciales, tarea que involucra, como dijimos, no solamente evaluar méritos jurídicos sino también un correcto comportamiento social y una buena salud físico-psíquica. De cualquier manera, si el problema aparece encontrándose el juez en funciones, el sistema debe contar con mecanismos ágiles y eficientes de corrección y hasta —llegado el caso extremo— de exclusión de quien padezca del virus aludido.

d) Otro virus recurrente es el de la corrupción, que en algunos países del área latinoamericana parece comprender incluso a magistrados de tribunales de alto grado.

Hemos advertido que la mejor prevención de la corrupción es un exigente régimen de reclutamiento de jueces, acompañado de un excelente sistema de remuneraciones. Si se designa a los mejores juristas, y se los compensa en proporción a sus cualidades, las posibilidades de corrupción son mínimas.

El problema se acentúa en países que tienen una larga tradición corruptiva en lo judicial, ya que allí —por un problema de ceguera axiológica lo «malo» puede no ser visto como «tan malo»; y además, porque a los corrompidos se suma una abultada lista de corruptores, que puede involucrar a muchos abogados litigantes, empresas de grandes dimensiones, etc. En definitiva, si los partícipes del sistema corruptivo lindan con la mayoría de los miembros de la comunidad forense, la corrupción, y su inmediata

secuela, la inseguridad jurídica (porque las respuestas de los tribunales no dependerán de las normas, sino del mejor postor) serán endémicos, y quizá no erradicables.

En este escenario, la eliminación de la corrupción judicial, una vez que se instauren las recetas iniciales de rigurosa y legítima selección de jueces, acompañadas de buenos sueldos (sin ellas, la corrupción será invulnerable), debe correr pareja con una verdadera campaña de reeducación social que abarque universidades, colegios de profesionales, partidos políticos y medios de difusión, a fin de denunciar el problema y lograr su descrédito social. Ello importa una profunda «revolución cultural», necesaria de emprender pero que no siempre tendrá garantías de éxito.

e) Desde luego, la mora es un ingrediente bastante común para perjudicar a la seguridad jurídica. Si la resolución judicial no tiene fecha cierta de emisión, o si ella es a largo plazo, la incertidumbre consecuente es otra muestra, y muy grave, de falta de definición en el derecho.

La mora judicial latinoamericana es un mal que existe desde hace siglos. En parte es producto del ocio, pero también de procedimientos arcaicos y sumamente complicados, y de la falta de juzgados suficientes para atender y resolver en plazos breves a los litigios. En otros casos se supone que una Corte Suprema o un Tribunal Constitucional es un órgano «curalotodo» que mágicamente puede absorber una cantidad infinita de causas. Si se conjugan estos elementos, el resultado final no puede ser sino deplorable.

Además, es del caso subrayar que a los jueces, por lo común, no se les entrena para resolver expeditivamente sus causas. Algunos confunden cantidad con calidad, pronunciando fallos larguísimos, recargados de citas históricas, doctrinarias o jurisprudenciales, con poco *holding* y mucho *obiter dictum*, como si ese barroquismo jurídico (en todo caso, propio de un tratado científico del derecho, pero no de una sentencia), legitimara de por sí a un fallo. A su turno, tampoco los abogados instan presurosamente a los expedientes. Como el resto de la administración pública (y a menudo la privada también) es habitualmente morosa, la lentitud termina por ser un pecado global y, a la postre, muy comprendido por una sociedad harto permisiva con él.

En un orden paralelo de ideas, interesa recordar que ciertos tribunales han autorecargado sus tareas de tal modo que ellos mismos han preparado su entrapamiento. Con la doctrina de las sentencias arbitrarias, por ejemplo, que ella misma creó pretorianamente, la Corte Suprema de Justicia de Argentina aumentó elefantiásicamente sus tareas y tuvo que resolver cerca de ocho mil causas anuales, en tanto que su colega de los EE.UU. decidía poco más de doscientas, en igual período anual.

La solución de la mora judicial requiere coraje e inteligencia. Vale decir, voluntad de trabajo, procesos judiciales ingeniosamente diseñados, el número necesario de sedes judiciales, y jueces con criterios prácticos. La empresa convoca a magistrados, fiscales y abogados; pero también a legisladores y al Poder Ejecutivo. Lamentablemente, laboriosidad, pragmatismo y aptitud organizativa no son insumos que abunden en nuestro mercado social.

IX. CONCLUSIONES

El concepto de «seguridad jurídica» es hoy complejo. Demanda la aptitud para prever comportamientos estatales y privados de modo bastante preciso, conforme a un derecho vigente claro y estable, pero también que esas conductas pronosticables tengan una cuota mínima de razonabilidad, y que los riesgos eventuales de infracción sean bajos, como que, de haberlos, que sean convenientemente castigados e indemnizados.

La idea de «seguridad jurídica» compromete a todos los poderes del Estado; pero obliga especialmente al Judicial, y a la magistratura constitucional, que básicamente es un poder de control. Es la «última seguridad» que prevé el sistema jurídico-político.

Para que la jurisdicción constitucional cumpla confiablemente sus papeles en materia de seguridad jurídica tienen que conjugarse determinados factores, como ser una judicatura imparcial e idónea, técnica y éticamente hablando. A su vez, ello requiere un muy buen régimen de nominación y de ascensos, remuneraciones apetecibles, un sistema adecuado de capacitación y de organización judicial, así como un régimen operativo de vigilancia de la judicatura constitucional. Por ello, es necesario que el sistema tenga aquellos suficientes anticuerpos o, en su caso, remedios, para prevenir y afrontar ciertos virus como la doctrina del «juez comprometido», la «ética de la pleitesía», el vedettismo, la corrupción o la mora. No siempre se dan tales condiciones en la experiencia jurídico-política. No siempre quiere la clase política que se den.