

Artículo de reflexión

“La justicia no siempre hace Justicia”: Sobre la influencia moral en la decisión judicial Argentina

“Justice does not always do Justice”: On the moral influence in Argentinian judicial decision

TOBÍAS DEMIAN ÁVILA PAVLICEK

Universidad de la Cuenca del Plata Ciudad de Corrientes (República Argentina)

tobiasavila17@gmail.com

RESUMEN

En el presente se pretende analizar dos casos jurisprudenciales que han despertado cierta polémica en nuestro país, “Muiña” y “Batalla”, tomando como punto de partida la visión de la tarea judicial del autor Duncan KENNEDY para explicar lo moral e ideológicamente influenciados que se ven los jueces a la hora de dictar sentencia. En primer lugar, se contextualizará a estos dos fallos para luego pasar a explicar qué aconteció en cada uno y cuál fue el veredicto en ambos casos, sin antes proveer un vistazo general a la teoría de los tres jueces del estandarte de los Critical Legal Studies. Por último, se realizará un encuadre teórico de los jueces que formaron parte de nuestro Alto Tribunal en los fallos ya mencionados en la clasificación propuesta por el autor, finalizando este trabajo con una hipótesis acerca de cómo la ideología, la moral y el consenso público imperante tienen un rol fundamental en la sala de máquinas de las sentencias judiciales.

Palabras clave: moral, política, razonamiento judicial.

ABSTRACT

In this work It is intended to analyze two jurisprudential cases that have aroused some controversy in our country, “Muiña” and “Batalla”, taking as a starting point the vision of the judicial task of the author Duncan KENNEDY to explain how morally and ideologically influenced judicial decisions are. In the first place, these two cases will be contextualized and then will be explained what happened in each one and what the Court decided in both, without first providing a general overview of the theory of the three judges of the protagonist of the Critical Legal Studies. Finally, a theoretical framework of the judges who were part of our Supreme Court in the decisions mentioned in the classification proposed by that author will be carried out, ending this work with a hypothesis about how ideology, morality and the prevailing public consensus have a critical role in the engineering room of judicial sentences.

Keywords: moral, politics, judicial reasoning.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Ávila Pavlicek, T. D. (2024). “La justicia no siempre hace Justicia”: Sobre la influencia moral en la decisión judicial Argentina.

Juris Studia, 1(1), pp. 28-39

“¡Guárdense también de los doctos! los odian, ¡porque ellos son estériles! Tienen ojos fríos y secos, ante ellos todo pájaro yace desplumado. Ellos se jactan de no mentir, pero incapacidad para la mentira no es ya, ni de lejos, amor a la verdad. ¡Estén en guardia! ¡Falta de fiebre no es ya, ni de lejos, conocimiento! A los espíritus resfriados yo no les creo. Quien no puede mentir no sabe qué es la verdad”

Friedrich Nietzsche, *Así habló Zaratustra*

I. INTRODUCCIÓN

I. A. Contextualización

(...) y todos saben que la teoría ingenua del imperio de la ley es una fábula, y aquellos que lo saben sospechan que las versiones sofisticadas de la filosofía del derecho contemporánea no son mucho mejores” (Kennedy, 2013, p. 54). Resulta, al menos en principio, osado coincidir con esta aseveración propuesta por Duncan Kennedy, sobre todo si consideramos que nuestro sistema jurídico (de raíces romanistas) exige precisamente que dicha *fábula* sea la regla. Sin embargo, la práctica judicial en nuestro país nos demuestra que dicha osadía no sería tal y que Kennedy podría estar en lo cierto.

Como lo indica el título del presente, mi interés se centra en la actividad judicial, precisamente en la injerencia de la valoración personal (moral si se quiere) de los jueces de los *materiales jurídicos* y como dicha valoración puede verse afectada por la opinión o consenso público imperante, desplazando aquel *supuesto* imperio de la ley escrita. No obstante, no pretendo escribir una tesis psicológica que explique las tendencias judiciales por inclinarse en favor de una u otra posición, sino relacionar ciertos conceptos provistos por el principal estandarte de los *Critical Legal Studies* (citado *ut supra*), con el accionar de los jueces de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos fallos en particular: “Muiña” y “Batalla”. Dichos pronunciamientos servirán de ejemplo para graficar como un juez puede cambiar de opinión sin basarse *exclusivamente* en el derecho positivo vigente.

I.B. Muiña y Batalla: dos caras ¿de la misma moneda?

Ahora bien, debemos dejar en claro qué aconteció en estos dos casos que servirán de hilo conductor en el análisis aquí pretendido.

En el primero (3 de mayo de 2017), nuestro Alto Tribunal revoca una sentencia anterior que decidía no aplicar el beneficio expuesto en la Ley 24.390 (más conocida como “Ley del 2x1”, hoy derogada) a condenados por crímenes de lesa humanidad, argumentando que si dicha ley no hacía distinciones, no correspondía a un tribunal hacerlo (efectivamente, dicha ley no realizaba distinción alguna). Este pronunciamiento generó cierta polémica y un gran debate público, que derivó en un escándalo social en el cual la sociedad reclamaba cierta “justicia” exigiendo que no se aplicara el beneficio del “2x1” a los imputados por crímenes de lesa humanidad.

Fue tal el descontento con dicho pronunciamiento que el Congreso Nacional en tiempo récord y prácticamente por unanimidad, sanciona la Ley 27.362 llamada de “interpretación auténtica” que disponía que el beneficio consagrado por la Ley 24.390 no sería aplicable a los condenados por aquel tipo de crimen.

Lo lógico, en un Estado de Derecho, sería pensar que si llegase a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia un caso en el cual se deba juzgar a un imputado por crímenes de lesa humanidad al cual resulte aplicable el beneficio propuesto por la Ley 24.390 y cuyo proceso tramita desde antes de la sanción de la Ley 23.762, se le compute (como en “Muiña”) el beneficio del 2x1, por el simple hecho de imperar el artículo 2 de nuestro Código Penal, el cual reza que “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

Muy lejos de eso está lo efectivamente acontecido, incluso la C.S.J.N. consideró válido, en “Batalla” (4 de diciembre de 2018), aplicar una ley que modifica sustancialmente (no solo “interpreta auténticamente”) una ley penal anterior y de forma más gravosa. Dicha decisión tiene una particularidad: los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz respetaron su pensamiento expuesto en “Muiña”, es decir, fueron coherentes (los dos primeros a favor de no aplicar el beneficio en casos de lesa humanidad y el segundo en disidencia); por otra parte, Rosatti y Highton de Nolasco revirtieron abruptamente lo dicho en “Muiña”, donde abogaron por la protección indistinta de las garantías penales fundamentales para pasar a considerar que la ley de interpretación auténtica era constitucional, aplicando una ley penal más gravosa.

I.C. Un enfoque kennedyano: El despertar de la moral

Análogamente en lo sucede en la séptima entrega de las Guerras de las Galaxias, en la decisión judicial (más allá de que se niegue a diestra y siniestra) suele despertarse algo que el juez (al igual que un jedi) sabe que lleva dentro hace mucho tiempo. En este caso no hablamos de la fuerza, sino de la moral. Y no solo eso, sino que también hay una influencia en la misma por parte del consenso público imperante.

Teniendo en cuenta la visión crítica de Kennedy de la actividad judicial como una tarea estratégica, considero que los jueces no solo aplican derecho, sino que a veces lo moldean para hacerlo coincidir con sus preferencias morales/políticas. También entiendo (partiendo de la base de que la moral ya forma parte efectiva del razonamiento judicial) que la opinión pública juega un papel crucial en estas preferencias, ya que el consenso efectivo, en palabras de Carlos NINO, puede ser considerado (y creo que así sucede) por los jueces como una “forma privilegiada de conocimiento moral [que trae consigo una] altísima probabilidad de que la solución sea efectivamente correcta” (2014, p. 79).

Tomando como punto de partida la propuesta de Kennedy de tres tipos de jueces que crean sus sentencias estratégicamente, es que pretendo analizar como los jueces (al menos en estos dos casos) pueden llegar a formar sus opiniones moralmente influenciadas (contrario sensu a lo exigido por nuestra Constitución Nacional y Códigos Procesales) y finalmente exponerlos como una aplicación objetiva del derecho positivo vigente, bajo el encuadre de aquellos tres tipos de magistrados.

No pretendo, vale aclarar, decir que los jueces actúan “corrompidos” por la moral o que mienten en sus sentencias, sino plantear la posibilidad de que la influencia efectivamente exista y forme parte de las decisiones judiciales, haciendo parecer, como dice Andrés Rosler, que hay un “Estado de Derecho caído en Batalla”.

II. PROFESOR KENNEDY: SUS TRES JUECES SUPERPODEROSOS

Al igual que el profesor Utonio (salvo por la parte en que se utiliza una caldera y elementos químicos de dudosa procedencia), Duncan Kennedy da a luz tres jueces, quienes, según este autor, representan el comportamiento judicial real. Considero que esta visión es muy certera, sobre todo en la realidad de nuestro país.

En primer lugar, entiendo (en consonancia con el profesor de Harvard) que los jueces actúan de manera estratégica escondiendo, a través del uso del lenguaje técnico-jurídico complementado con doctrina coincidente, la fuerte influencia ideológica que se vuelca en las palabras de una sentencia. Por supuesto, y como en todas las cosas, algunos magistrados se esfuerzan más (y otros menos) por buscar la imparcialidad (o al menos hacer parecer que así lo hacen).

Consecuentemente, teniendo en cuenta dicho esfuerzo y la importancia que un juez da a que se lo considere públicamente comprometido con tal o cual posición ideológica, es que Kennedy presenta sus tres tipos de juez, los cuales parecieran hechos a medida para describir el accionar real de los magistrados.

Tenemos, como primer componente en este esquema tripartito, al juez activista, quien invierte una importante cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente de la que en principio parecía la mejor para hacerla coincidir con su posición ideológica (Kennedy, 2013, p. 38). En otras palabras, inclina la balanza hacia la interpretación del caso que conduzca a un resultado ideológicamente coincidente con su tendencia.

Debe aclararse que el juez no está favoreciendo a una parte del litigio, sino que su preferencia está orientada hacia aquella norma que, de ser aplicada, llevaría al resultado que satisfaga su ideal de justicia conforme su preferencia ideológica.

Por otra parte, tenemos al juez mediador quien, visto desde fuera, es alguien más pasivo a la hora de formular su sentencia. Si bien este tipo de juez entiende el conflicto ideológico que se suscita en las decisiones judiciales, utiliza estas posiciones para poder ubicarse en una posición moderada (en el “medio” del debate); es decir, mostrando que es “imparcial” básicamente por tomar partido por una decisión que no se encuentra ni en un polo ni en otro.

A diferencia del juez activista que se encuentra restringido por su ideología, el juez moderado está controlado por la ideología, aun así; se trate de la ideología de los demás, aunque se abstenga de comprometerse con un bando u otro, “Ello se debe a que él media predeciblemente entre las diferencias de posición ideológica de otros. Deja que los ideólogos decidan indirectamente por él al plantear una elección y luego rechazarla eligiendo el medio” (Kennedy, 2013, p. 42).

Por último, pero no menos importante, tenemos al juez bipolar, una suerte de híbrido entre los otros dos. A veces trabaja duro para desarrollar una idea que favorezca a una posición ideológica en particular pareciendo incluso un juez

activista. Sin embargo, en el siguiente caso que se le presenta favorece con igual fuerza al bando contrario.

Será difícil distinguir su sentencia de la de un colega activista, excepto porque no buscará promover el proyecto ideológico (cualquiera sea) a lo largo de una serie de casos, sino que, para un observador externo, este juez estará buscando construir una carrera judicial mediadora, más que una sentencia mediadora para un caso particular (Kennedy, 2013, p. 43).

En pocas palabras y a diferencia del mediador, el juez bipolar “se deja ir” y participa activamente en la construcción de las teorías de un partido ideológico u otro (de los que se considera “independiente”), pero una vez habiendo aportado su sentencia, se retira del debate. La independencia resulta ser otra forma de compromiso (Kennedy, 2013, p. 43).

Dicho brevemente, en el esquema kennedyneano tenemos: un juez que lucha por hacer triunfar su posición ideológica a través de su argumentación, uno que considera a la imparcialidad como “ubicarse en el medio” de un debate ideológico y un último juez que interpreta ser objetivo a través del favorecimiento de distintos bandos ideológicos a lo largo del tiempo.

Veo venir la objeción de que mi planteamiento al inicio del presente artículo gira en torno a la influencia moral de los jueces, no habiendo mencionado a la ideología. Sin embargo, invito al lector ahora a cambiar, en los anteriores párrafos, la palabra “ideología” por “moral”. He mantenido la locución ideología para ser fiel a la concepción de Kennedy; no obstante, cuando he dicho ideología, he dicho moral, entendiendo a aquella como una derivación de esta última.

Ahora bien, habiendo expuesto ya el marco teórico que nos servirá para luego analizar el comportamiento de los jueces de nuestra C.S.J.N. en los fallos “Muiña” y “Batalla”, es momento de responder a la interrogante: ¿qué hicieron Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz en estos fallos?

III. LA BATALLA SOBRE UNA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

No es mi intención (ya que de hacerlo alargaría innecesariamente el presente) resumir en su totalidad los postulados de los fallos “Muiña” y “Batalla”, sino contrastar las decisiones en uno y otro fallo para ilustrar como nuestra C.S.J.N. cambia su forma de pensar abruptamente en dos casos que versan, básicamente, sobre lo mismo. Para este cometido, repasaré los que son, a mi juicio, los argumentos más representativos esgrimidos por los magistrados de nuestro Alto Tribunal para fundamentar sus decisiones en uno y otro.

Empero, antes, me gustaría dejar en claro el contexto social que se dio entre medio de ambos pronunciamientos. Claro está que en toda sociedad moderna (o que quiera jactarse de serlo) impera la libertad de expresión, lo que da la posibilidad a quien sea a decir lo que sea.

Sin embargo, y coincidiendo con uno de mis primeros profesores en la carrera de Derecho, parecería que la materia en la cual todos se encuentran cómodos para emitir opiniones es, justamente, la jurídica. Basta para corroborar este hecho revisar las noticias, programas, notas de la época en la cual al hablar de

la “injusticia” de “Muiña” no se comenta ni una sola vez las leyes en juego, lo que significa la irretroactividad de la ley penal o, por lo menos, la protección de los Derechos Humanos que tanto se invoca hoy en día, al menos cuando conviene.

Digo esto porque no debe entenderse el dictado de ambas sentencias como surgidas en un mismo momento. No es casualidad la sanción de la ley “de interpretación auténtica”, sino que responde a un grito social, malinformado, pero a un grito social en fin. Y sostengo firmemente que este es el caso del abrupto cambio acontecido en “Batalla”, la influencia social en los magistrados, no solo el cumplimiento de su labor: “aplicar la ley”.

III. A. *Ubi lex non distinguit, nec noc distinguere debemus: “Muiña”*

Mucha atención merece comprender lo que dice nuestra Corte en su voto mayoritario, sobre todo entendiendo que la integran dos jueces que seis meses más tarde defenderían la posición contraria.

Grosso modo, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que integraron la mayoría en ese entonces, Carlos Rosenkrantz, Elena Highton y Horacio Rosatti, resolvieron habilitar la posibilidad de que un condenado por delitos de lesa humanidad pudiera beneficiarse de la aplicación del llamado “2x1” establecido por el artículo 7° de la Ley 24.390, la cual es considerada la Ley más benigna y que debe haber sido tenido en cuenta desde el principio por el *a quo*.

Teniendo como base al principio de aplicación de la ley penal más benigna y de ultraactividad de la ley penal, la mayoría de estos ministros consideró en aquel fallo que el beneficio del 2x1 era aplicable incluso a crímenes de lesa humanidad, ya que el legislador cuando estipuló dichos derechos en la Ley 24.390 no hizo alusión alguna a su aplicación o no para este tipo de delitos.

Aun así, resulta imperioso repasar ciertas consideraciones que no se refieren únicamente a normas jurídicas, sino que hacen referencia a ciertos principios:

Más aun, la mejor respuesta que una sociedad respetuosa de la ley puede darle a la comisión de delitos de lesa humanidad y la única manera efectiva y principista de no parecerse a aquello que se combate y se reprueba es el estricto cumplimiento de las leyes y de los principios que caracterizan el Estado de Derecho, lo que en este caso requiere decidir con absoluto apego a lo que está claramente ordenado por el art. 2° del Código Penal, en razón de lo dispuesto por el arto 18 de la Constitución Nacional y por los arts. 9° de la CADH y 15.1 del PIDCP, convenciones internacionales que cuentan ambas con jerarquía constitucional por así disponerlo el arto 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.” Dice, por su parte, Rosatti (y en un tono aún más filosófico y citando a Carlos NINO, es decir, no refiriéndose expresamente a normas jurídicas) que aplicar la normativa como se debe (es decir, sin hacer distinción en los delitos de lesa humanidad),

...no supone desconocer que los delitos de lesa humanidad expresan el estadio más degradado en que ha caído la naturaleza humana, y tampoco conlleva ignorar que el régimen durante el cual se perpetraron los ilícitos probados en esta causa descendió a niveles de inhumanidad nunca vistos en nuestro país desde la sanción de la Constitución Nacional

Continúa el ministro:

Pero un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico [dejando de aplicar una Ley que a todas luces resulta, por benigna, aplicable al caso] sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes. En referencia a este tema, se ha dicho con razón que “cuando los juicios tienen lugar ante tribunales imparciales, con una amplia oportunidad para que el acusado sea escuchado, con profunda consideración de sus defensas, y el estricto cumplimiento de los procedimientos gobierna la prueba y la imposición del castigo, los beneficios del Estado de Derecho se demuestran públicamente. En el marco de un juicio, el valor del Estado de Derecho es aún más contrastante cuando se contraponen a la conducta ilegal de los imputados (Nino, 1997, p. 228).

Vemos como estos jueces se refieren no solamente a la pertinencia o no de la aplicación de la ley que se encuentra en juego, sino que también (para fundamentar su decisión) hacen alusión a conceptos tales como “principios”, “naturaleza humana”, “niveles de inhumanidad”, entre otros. Resulta, quizá, redundante decir que el contenido de dichos conceptos varía con el tiempo, sobre todo en una sociedad tan cambiante como la de nuestro país.

No obstante, lo que se espera (por lo general) es que un juez resuelva conforme a derecho, y no se aparte del mismo por ciertas valoraciones que muchas veces quedan supeditadas a un cambio social, o a un acontecimiento de dichas características. Rosenkrantz, al menos de los tres magistrados que comparten postura en “Muiña”, entendió esto, aquí y en “Batalla”.

Pasando ahora a la minoría, Lorenzetti y Maqueda también recurren a ciertas concepciones valorativas para rechazar la aplicación de la Ley del “2x1”, invocando tácitamente cierta criminalidad ínsita en los crímenes de lesa humanidad:

Resulta indiscutible que la prohibición de sancionar en forma inadecuada a los delitos de lesa humanidad constituye fundamento objetivo y suficiente para rechazar la aplicación extensiva de una norma vinculada al cómputo de pena que no solo no resulta formalmente aplicable al recurrente sino que, además, traería como resultado que merced a un mero cálculo aritmético, se redujera en forma automática sustancialmente la pena de prisión que le fuera impuesta.

Dicen, a su vez y a lo largo del fallo, que la “valoración social” de los delitos de lesa humanidad no se ha modificado y permanece inalterable en todo el poder judicial, a tal punto que se ha convertido en una política de Estado ratificada por los tres poderes en diversas épocas el hecho de perseguir los mismos. A su vez, se extrae de dicho voto que, si bien nuestro sistema establece la retroactividad de la norma más benigna, lo hace con miras a un criterio legislativo de mayor lenidad con respecto a la conducta en cuestión, situación que “no se ve verificada” en los delitos de lesa humanidad.

Como vemos, tanto de un voto como del otro se pueden encontrar conceptos no plenamente jurídicos, lo que da sustento a la apreciación inicial de esta exposición,

es decir, que los jueces no solo se encuentran orientados por los materiales jurídicos, sino por su moral y su ideología. Y vaya si eso sucede en “Batalla”.

III.B. Si mis conciudadanos quieren ir al infierno, les daré una mano: “Batalla”

Andrés Rosler, al repasar la interpretación de la ley penal en “Batalla”, recuerda la famosa frase de Holmes (a través de Sustain): “Si mis conciudadanos quieren irse al infierno, yo los voy a ayudar. Ese es mi trabajo” (2022, p. 71). Con el título de este apartado lo que quiero dejar en claro (por si aún no ha sido el caso), es que, el hecho de que en el fallo “Muiña” se haya definido la cuestión con una decisión de tres a dos, optando por la protección de las garantías penales de un ciudadano, y que luego en “Batalla” tengamos un arrasador cuatro a uno (con un decisorio que toma un giro de ciento ochenta grados), no puede obedecer sólo al hecho de la sanción de una ley que lo que hace en teoría es una “interpretación auténtica”, aquí hay algo más.

Ese “algo más” es la presión social que no sólo hizo sancionar una ley en tiempo récord y por unanimidad, sino que contribuyó a que dos jueces cambiaran rotundamente de opinión acerca de un mismo asunto (en seis meses). Ahora bien, ¿qué se decidió en “Batalla”?

En este fallo, lisa y llanamente, se retrotrae la iniciativa tomada en “Muiña” donde se tomó partido por no distinguir cuando la misma ley no lo hacía, aplicando (como manda la Constitución) la norma penal más benigna a un condenado. En “Batalla” se afirma que la ley “de interpretación auténtica” demarca un nuevo camino a seguir para los jueces, lo que despierta el interrogante: si esta ley “interpretativa” hace que los jueces decidan distinto, ¿es una interpretación o le da un sentido totalmente nuevo a una situación jurídica? Me inclino por pensar lo segundo.

Si bien, desde mi perspectiva, no habría problemas en que el legislador sancione una ley que retacee los supuestos en los cuales un beneficio penal puede ser aplicado (al fin y al cabo, los legisladores son elegidos para tomar ese tipo de decisiones), el aprieto surge cuando pretendemos aplicar retroactivamente una ley penal. Que avasalla garantías penales. Que contradice al mismo Código Penal. Que conculca principios sentados por nuestra Constitución.

No hace falta explicar mucho la posición de Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz, ya que los tres magistrados sostuvieron sus posturas sentadas en “Muiña”, motivo por el cual ROSLER denomina el accionar de los primeros como interpretativismo coherente, denominación que tranquilamente puede otorgársele a Rosenkrantz.

En resumidas cuentas, Lorenzetti y Maqueda repiten párrafos de Muiña, citan otra vez la criminalidad ínsita de los delitos de lesa humanidad e invocan la nueva ley para definir la cuestión. Rosenkrantz, en cambio, hace uso del artículo 2 del Código Penal para aplicar el beneficio del “2x1” a Batalla por la sencilla razón de que entre los hechos y el dictado de la sentencia, la ley que propiciaba la aplicación de dicho beneficio resultaba la más benigna para el acusado.

Harina de otro costal es la estrategia jurídica (hablando en términos de Kennedy asumida por Rosatti y Highton en “Batalla”. Ya se adelantó que estos dos jueces “se pasan al bando” de Lorenzetti y Maqueda. Queda ahora ver algunos de los fundamentos esgrimidos por estos dos jueces.

Renunciando a todo intento de originalidad, recurriré al agudo análisis que realiza Andrés Rosler de los considerandos de los dos magistrados en “Batalla”, siempre en contraste con “Muiña”, aclarando primero el carácter de interpretativistas incoherentes que aquel autor les atribuye.

Para empezar, llama la atención el hecho de que Rosatti y Highton dividan su voto en dos cuestiones: “jurídico–doctrinarias” y “político–institucionales”. En teoría, los jueces deberían tener en cuenta solo normas jurídicas, es decir, cuestiones meramente jurídicas, situación que no surge si denominamos “política–institucional” a una cuestión. Por contraposición (y aplicando un silogismo de Sócrates) si para el juez (en teoría) las cuestiones que deben interesarle son jurídicas, y lo “político–institucional” no es estrictamente jurídica, no debería interesarle al juez.

Rosatti y Highton, a mi entender, traen a colación nociones ideológicas y morales más que jurídicas enmascaradas como políticas institucionales (como bien señala Rosler) citando incluso al Juicio al mal absoluto de Nino, obra que no se caracteriza precisamente por tratar sólo de derecho positivo:

cuando la legislación democrática se refiere a cuestiones de moral colectiva, como las que están involucradas en la justicia retroactiva por violaciones masivas de derechos humanos, la conciencia colectiva es relevante para nuestro razonamiento práctico dado que provee razones epistémicas para determinar los principios de moral sustantiva sobre los que el razonamiento práctico debe basarse. (2022, p. 67)

Parecería que Rosatti y Highton necesitan aclarar (sin antes oscurecer) que hay “algo” en la moral colectiva que les “da razones” para fallar de un modo u otro. Claro está, que esa moral colectiva cambió desde el fallo “Muiña” hasta el momento de sentenciar en “Batalla” (o, al menos, se visibilizó).

Finalmente (y lo más ilustrativo que puede decirse para pasar al encuadre Kennedyneano de estos cinco magistrados), Rosatti y Highton, como vimos, señalan cierta gravedad y criminalidad ínsita en los delitos de lesa humanidad en “Muiña”, llegando a través de dicha conclusión de que el Estado debe regirse por normas distintas a la de tal barbarie y condenar a los acusados conforme a derecho, es decir, teniendo en cuenta desde la Constitución hasta el artículo segundo del Código Penal, reforzando lo que finalmente se decide en dicho fallo. En “Batalla” se dice lo mismo, pero para justificar lo contrario, como dice Rosler,

Por alguna razón, sin embargo, mientras que en “Muña” esta consideración antropológico-moral no impidió, sino que reforzó la convicción de Rosatti y de Highton acerca de la necesidad de aplicar el derecho, en “Batalla” se convirtió en la razón principal por la cual se apartaron de la Constitución. (2022, p. 81)

En definitiva, vemos entonces como con dos fallos (y una explosión mediática de por medio) puede visualizarse la utilización de los materiales jurídicos de dos maneras distintas: para mantener una posición o para sustentar la contraria. Resta ver ahora como encuadramos esta cuestión dentro de los 3 jueces de Kennedy.

I.V. ENCUADRAR O NO ENCUADRAR, ESA ES LA CUESTIÓN: LOS JUECES DE LA C.S.J.N. BAJO LA ÓPTICA DE KENNEDY

No resulta complicado, habiendo repasado ya la clasificación de jueces expuesta por el autor norteamericano y las decisiones hilvanadas en “Muiña” y “Batalla”, predecir el encuadre que daré a los cinco magistrados involucrados. Sobre todo, considerando las similitudes del accionar de “los dos bandos” inmiscuidos en los dos fallos.

Tenemos por un lado a Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz. Los dos primeros hacen todo lo posible por impedir la aplicación del beneficio del “2x1” en casos de lesa humanidad, invocando desde principios hasta valoraciones sociales colectivas, y Rosenkrantz se avoca a aplicar el derecho positivo vigente, sin miramientos.

En otras palabras, podríamos decir que Lorenzetti y Maqueda invierten una importante cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente de la que en principio parecía la mejor (aplicar el beneficio del “2x1”, en “Muiña” por no existir fundamento que permita la restricción a los crímenes de lesa humanidad y en “Batalla” por tratarse de una cuestión de irretroactividad) para hacerla coincidir con su posición ideológica, que podemos denominar punitivista.

Del otro lado tenemos a Rosenkrantz, que tanto en “Muiña” como en “Batalla” provee un ferviente discurso jurídico en defensa de la aplicación del derecho positivo vigente, sin dejar entrar consideraciones morales o ideológicas a la sala de máquinas de su voto (si podemos considerar que esta “devoción” por aplicar el derecho positivo no es ya una consideración ideológica). Llamaré a Rosenkrantz “garantista”.

Está claro que los tres jueces (ya sea en defensa de uno u otro argumento) son jueces activistas restringidos por sus consideraciones ideológicas, en el caso de Lorenzetti y Maqueda en contra de la aplicación del beneficio ya nombrado y, Rosenkrantz, a favor.

En cuanto a Rosatti y a Highton, la ecuación es distinta. Si bien ambos invierten grandes cantidades de energía en defender sus posiciones, se ha dejado en claro que en “Muiña” asumen una posición garantista (coincidiendo con Rosenkrantz) y en “Batalla” se vuelven punitivistas (“pasándose al equipo” de Lorenzetti y Maqueda). Este activismo, en un fallo por una posición y en otro, seis meses más tarde, por otra, me hace llegar a la conclusión de que Rosatti y Highton son dos claros ejemplos de lo que para Kennedy es un juez bipolar.

Definitivamente, estos dos fallos son teórica y epistemológicamente ideales para ejemplificar los tipos de jueces de Kennedy.

V. DUM SPIRO SPERO: CONCLUSIONES

“Muiña” y “Batalla” son, sin lugar a dudas, un ejemplo de cómo la ideología, la moral y, sobre todo, la influencia de la sociedad termina por influir inexorablemente en las decisiones judiciales. También está claro que esto no siempre significa asegurar un peso mayor en la balanza de la justicia en favor de esta última, sobre todo si las decisiones terminan por afectar una de las máximas jurídicas que con más recelo se protege hoy en día, incluso por los Tratados de Derechos Humanos elevados a jerarquía constitucional.

No puedo dejar pasar la oportunidad para plantear una misma pregunta que puede inferirse del texto de Rosler, ¿por qué los jueces no aclaran en sus decisiones el momento en el cual dejan de inspirarse exclusivamente por el derecho para dejarse llevar por sus convicciones ideológicas?

Kennedy recurre a la teoría de que los jueces son negadores, tomando como herramienta principal el aporte científico de Anna Freud, pero no quiero desplegar aquí innecesarias citas sobre psicología, sino tomar precisamente la respuesta que Kennedy encuentra a dicha pregunta.

Aceptar que el juez actúa en constante contradicción con el derecho vigente, buscando incluso a veces cambiar el sentido de una norma para que la decisión pueda coincidir con cierto ideal de justicia, dice Kennedy, generaría angustia. Nos sería imperdonable saber que el juez (quien a veces es tomado por autómatas, como decía Alf Ross) no es a prueba de influencias morales y que de hecho las aplica. ¿Quién podría dormir tranquilo sabiendo que los jueces son básicamente dueños de la verdad enmascarando su propia visión de las cosas detrás de largas citas doctrinarias e inclinando las interpretaciones legales?

El juez es consciente de esto, es precisamente por ello que se encuentra permanentemente en un conflicto de roles, teniendo que pensar cómo no mostrar que sus decisiones no sólo tienen como pilar la legislación, sino también su moral/ideología. Los jueces terminan siendo víctimas de su propia naturaleza, deben crear complejas estrategias argumentativas para enmascarar esa influencia moral. No significa que nos mientan, pero tampoco significa que nos sean del todo sinceros.

Este escrito no tuvo como objetivo criticar una u otra postura (más allá de lo que pueda considerar correcto e incorrecto quien escribe) sino plantear la posibilidad de que la influencia extra-jurídica en verdad existe, es palpable, y autores como Kennedy y Rosler son capaces de hacerla más visible aún.

De todas formas, toda garantía jurídica, todo derecho, obedece a razones morales y políticas, ya que es por razones de este tipo que no queremos que el Derecho se convierta en una actividad en la cual el juez es amo y señor de la verdad absoluta. En ese sentido y con gran acierto es que Rosler cita a Robespierre en el cierre de su trabajo ya citado:

Finalmente, las ideas mismas de juicio legal, debido proceso, etc., obedecen a razones morales y políticas, ya que es por razones morales y políticas que no queremos que los juicios se conviertan en farsas debido a la intromisión de cuestiones morales o políticas, sobre todo si nos interesa proteger los derechos humanos de todos los seres humanos, particularmente los de aquellos que son llevados a juicio. Un juicio genuino no es un espectáculo, ni una ocasión para enviar un mensaje, sino un ritual que solo tiene sentido si cumplimos rigurosamente con todas sus formas. De otro modo, como muy bien dice Robespierre, no ofreceríamos “al Universo sino una comedia ridícula”. (2022, p. 235)

VI. BIBLIOGRAFÍA

Kennedy, D. (2013). *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Nino, C. (2014). *Derecho, moral y política*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada..., FLP 91003389/2012/T01/93/1/RH11 (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 4 de Diciembre de 2018).

Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro sobre recurso extraordinario, 1574/2014/RH1 (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 3 de mayo de 2017).

Rosler, A. (2022). *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Editores del Sur.