

Martín Böhmer: “Uno puede cambiar la letra, pero lo que tiene que cambiar son las prácticas”

Martín Böhmer es abogado por la Universidad de Buenos Aires, Master en Derecho (L.L.M.) en la Universidad de Yale y Doctor en Derecho (J.S.D.) en esa misma institución. También es profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente, ejerce el cargo de Director Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

A lo largo de cincuenta minutos, tuvimos la posibilidad de dialogar con Martín acerca de sus perspectivas de la reforma constitucional de 1994 y el impacto que esta sigue generando en el derecho argentino. Especialmente, pudimos charlar sobre la disociación que se manifiesta entre los ideales que impulsaron la creación de ciertas instituciones y la manera en que estas se desarrollan actualmente. Asimismo, entre citas de Alberdi y de forma distendida, analizamos la crisis de legitimidad de las instituciones, las nuevas exigencias del derecho, la formación de abogados en nuestro país y la necesidad de implementar un lenguaje jurídico más llano para con los ciudadanos.

Revista Jurídica: Martín, para comenzar, la idea es que nos pongas en contexto sobre el lugar desde el que te tocó estar al momento de la última reforma constitucional.

Martín Böhmer: Mi vinculación con la idea de reforma constitucional es cercana a mi trabajo con Carlos Nino, A penas terminé la facultad de derecho, Nino me invitó a formar parte del Consejo de Consolidación para la Democracia en el 88, ya hacia el final.

Yo no soy parte, digamos, del primer grupo de asesores de Nino, llamados “Nino boys” [risas], pero sí pude trabajar con ellos hacia el final, en cuestiones de reforma judicial y reforma del Ministerio Público. Por eso, estaba cercano a la idea de Nino, y en última instancia de Alfonsín, respecto de la crítica al hiperpresidencialismo, sus falencias democráticas y federales, y la forma en que impedía tener una democracia deliberativa

robusta. Todo eso generaba poca legitimidad en las instituciones y poca flexibilidad en la política. Entonces, parte de nuestros golpes de Estado y de nuestra inestabilidad política está vinculada con nuestro diseño institucional. La propuesta “nineana” era un sistema más semi-parlamentario; yo entré en las cuestiones de la reforma constitucional por ese lado.

La otra cosa es que yo en el 89, también de la mano de Nino, me fui a Yale a hacer la maestría en derecho, volví en el 90 ya con Menem como presidente, y seguí trabajando con él en un Centro de Estudios Institucionales, desde donde seguíamos trabajando con el tema de la reforma constitucional. Sin embargo, ya en ese momento mi vinculación con esos temas era más cercana a la cuestión de la enseñanza del derecho y la formación de los abogados y abogadas, y a la creación de una maestría en derecho. Entonces yo estaba más vinculado con el proyecto de maestría que con cuestiones más institucionales. Además, trabajaba en el estudio de mi padre y no había encontrado la forma de convertirme en un profesor-investigador *full time*, cosa que no había en la Argentina. En el 93 muere Nino y el proyecto, por lo tanto, requiere de una atención más cercana, entonces con algunos colegas y el apoyo de Yale, seguimos tratando de armar ese proyecto que eventualmente va a terminar en la maestría de derecho en la Universidad de Palermo.

En el 94 surge la posibilidad de la reforma constitucional, sin Nino. Sin embargo, el Centro de Estudios Institucionales seguía trabajando en el tema y, por supuesto, Alfonsín conocía el proyecto de Constitución; y muchos de nosotros, aunque yo no, trabajaron con él en la comisión constituyente (Marcelo Alegre, Marcela Rodríguez, Gabriel Bouzat, entre otros). Esa es mi cercanía relativa con la reforma constitucional.

RJ: Si tuvieses que sintetizar las causas que impulsaron este proceso, ¿cuáles nombrarías?

MB: La reforma, como saben, tiene un lado de *realpolitik* y un lado ideal o crítico. El lado de *realpolitik* es que Menem quería la reelección y que Alfonsín negocia en una situación de debilidad –porque todos los argentinos seguramente iban a votar por Menem para la elección y para la reforma constitucional. Por ello, para por lo menos tomar esa

crisis y convertirla en una oportunidad, Alfonsín negocia el “pacto de olivos”: reelección por disminución del hiperpresidencialismo, por decirlo en términos generales.

Los ideales de la reforma constitucional eran muy cercanos a la idea “niniana” de la reforma: tratar de disminuir el juego “de suma cero” al que nos obligaba el hiperpresidencialismo (en el que el que ganaba la presidencia ganaba todo), multiplicar los espacios de poder, multiplicar los frenos y contrapesos del sistema, aumentar la participación de la gente en la política y aumentar la deliberación pública en muchos lugares. Eso es lo que se intentó en la reforma constitucional, desde el punto de vista de la organización del poder.

Después está la cuestión de derechos, que solo se explica por el éxito impresionante de los organismos de derechos humanos en la transición de la dictadura a la democracia; en particular las madres de plaza de mayo. Estos logran –desde luego, con Alfonsín y los juicios a los comandantes- poner a los derechos humanos en el centro de nuestro sistema político como nunca antes habían estado.

Los derechos humanos eran, hasta ese entonces, en nuestro sistema judicial y régimen jurídico, una cuestión marginal, no se estudiaban en la facultad, no eran parte de ninguna de las materias troncales del derecho, las materias de civil y comerciales ignoraban la Constitución, y lo propio sucedía con el derecho administrativo y penal. La Constitución Nacional no era una fuente de derecho tan fuerte como los códigos. De hecho, nuestra lucha fue que las universidades no enseñaran solamente el derecho positivo (las normas de memoria), sino que creíamos que era necesario basarse en otra concepción de la democracia constitucional. Creíamos que el derecho no era simplemente saber aplicar la ley, sino que la Constitución es un freno o, al menos, un lugar de discusión a las decisiones parlamentarias. Esa herencia de las Madres [de Plaza de Mayo] de decir que el problema de nuestra dictadura fue la violación masiva y sistemática de derechos humanos, es lo que explica la firma de todos los tratados internacionales de derechos humanos de la mano de Alfonsín y luego la incorporación de los tratados en la constitución. Este es un gesto hiperbólico, exagerado en algún sentido, que nadie más hizo en el planeta, solo nosotros. Solo se entiende porque los argentinos pensamos que, si el mundo nos deja solos y librados a lo que nosotros hacemos, desaparecemos y matamos a miles de personas.

Entonces los tratados son una forma de obligarnos internacionalmente y atarnos al mástil de los derechos humanos para que nunca más suceda algo así.

RJ: Esto es lo que podríamos llamar como “constitucionalización del derecho internacional”.

MB: Del derecho en general.

La nueva Corte constitucionaliza los códigos y piensen en casos como *Bazterrica* (Código Penal) o *Sejean* (Ley de Matrimonio, el Código Civil). La primera Corte de la democracia dice, sin ningún lugar a dudas, que no hay nada en el derecho que no sea jurisdicción constitucional, derribando ciertas doctrinas *de facto* y de cuestiones políticas no justiciables exageradas.

Entonces tenemos dos explicaciones fuertes: un diagnóstico respecto de los problemas institucionales de la Argentina basado en los problemas del hiperpresidencialismo, por un lado, y la lucha por la defensa de los derechos humanos y los derechos constitucionales en nuestro país, por el otro.

Hay una tercera cuestión muy importante, en la que ya hay una cuestión autobiográfica, y es que, a partir de esta invitación que hace la Corte de Alfonsín, de Carrió, de Bacqué, Petracchi, a constitucionalizar diferentes temas de nuestra vida institucional, la sociedad civil, también con el esquema de derechos humanos, empieza a crear ONGs como nunca antes habían sido creadas en la Argentina. ONGs que defienden los derechos más amplios y diversos (género, feminismo, consumidores, usuarios, medioambiente, salud, discriminación de todo tipo) y que de a poco empiezan a ver en el derecho una herramienta política para hacer valer sus intereses. Y, también de a poco, la jurisprudencia empieza a crear canales por los cuales algunos de estos derechos colectivos (antes llamados derechos difusos) pueden ser judicializados como nunca antes.

Entonces vamos a ver en la Constitución Nacional del 94 la inclusión del amparo individual (que ya era una creación jurisprudencial de los 50), pero también del amparo colectivo y, además del colectivo, la legitimación para interponer amparos del Defensor

del Pueblo, los afectados y las organizaciones que hayan sido creadas para defender esos derechos.

Con todo ello en mente, podemos ver la multiplicación de los espacios de poder, la Jefatura de Gabinete, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pueblo, la institucionalización a los Decretos de Necesidad y Urgencia y, por otro lado, la irrupción de los derechos y la constitucionalización del derecho y los procedimientos para hacerlos efectivos. Allí tenemos las tres cosas que hace el derecho: organiza el poder, reconoce derechos y diseña procedimientos para hacerlos efectivos y controlar las instituciones que distribuyen el poder democráticamente. Estos fueron logros de la Constitución del 94.

RJ: Vayamos a la estructuración del poder a partir de la reforma. Hay una clara idea de descentralización del poder en la Constitución, pero vos en trabajos previos introdujiste una idea que va un poco más allá: la idea de co-gobierno ¿Cómo veríamos esto reflejado en el texto constitucional? Porque la descentralización del poder no necesariamente requiere cogobernar.

MB: Lo que yo decía en algún momento complicado de la Argentina era que la Constitución Nacional le da una oportunidad a la política para evitar colapsos como los del 2001. Cuando se produce que un presidente queda débil en una elección de medio término, o que llega débil a la presidencia, perfectamente podría ofrecer a la oposición alguna minoría, ofrecer espacios en el gobierno. Por supuesto lo más dramático es entregar la Jefatura del Gabinete de Ministros, en la medida en que esta jefatura tenga poder -porque se lo puede diluir, como hemos visto que jefes de gabinete que no cortan ni pinchan y que el presidente sigue siendo el de siempre-.

Pero un presidente que se auto limite, porque no tiene poder suficiente y tiene miedo de los quiebres brutales a los que acostumbramos, puede perfectamente entregar, tal vez, la jefatura de gabinete o, menos tremendo, a lo mejor, proponer que alguno de los espacios que su partido tiene asignado sea entregado a la oposición. Me parece que son cosas que esta Constitución brinda que la del 53 no, porque fue armada para, como decía Alberdi,

una monarquía unitaria disfrazada de república federal, y en ese esquema no había lugar para la oposición, como sí lo hay ahora.

RJ: ¿Por qué crees que varios de estos puestos de poder que creó la Constitución, como el Defensor del Pueblo, no han sido utilizados, al menos en los últimos años? ¿Qué incentivos se deberían generar para que funcionen apropiadamente?

MB: Yo creo que una parte importante de la política y del pueblo argentino no cree en una cuestión muy básica de la democracia constitucional que propone nuestra constitución: la obligación de convivir con gente diferente. La idea de convivir con gente que piensa diferente en forma razonable no nos queda claro aún. Hay una famosa frase de un juez norteamericano, Learned Hand, que dice que una de las cuestiones básicas para vivir en un sistema como este es no estar seguro de que uno tiene razón. Si es así, no se entiende por qué uno debería prestarle atención a los otros. Me parece que hay mucha idea de que cuando hablamos no entendemos cómo puede ser que alguien piense distinto a nosotros. Entonces entregarle a una persona, que uno no puede entender cómo piensa así, el poder, es como perder una batalla. No existe la idea de “qué maravilla tener un Defensor del Pueblo que me marque cosas que no vi, perspectivas que no imaginé y genere información que yo no tengo porque mi visión está sesgada”. Debemos celebrar la diversidad que pide la constitución, en lugar de tenerle miedo.

A lo anterior se suma la política brutal hiperpresidencial que no cambia porque cambia una norma, sino que debe cambiar porque cambia una cultura política entera, cosa que sí pasó con el derecho judicial. Ustedes están viviendo y van a vivir una práctica judicial muy diferente a la anterior porque hubo una transformación muy exitosa: la judicialización de la política en el mejor término posible, la idea de que uno puede defender sus intereses a través del derecho en el poder judicial y que el poder judicial es un poder político que tiene un rol en la política. Creo que en la práctica de los jueces y abogados hubo un cambio que en la política no. De hecho, la política se volvió más facciosa y, en ese sentido, el presidencialismo es perfecto porque ¿qué mejor que tener de dueño de todo el poder a una persona que comparte mis ideas? Esa es la ridícula ilusión

de los que creen que pueden convivir con gente que piensa igual, es decir, con ellos mismos.

RJ: Pero vemos que no se trata solo de una postura adoptada por el gobierno de turno o incluso los políticos, sino que somos también los ciudadanos los que fallamos en exigir que ciertas instituciones funcionen adecuadamente. Siendo que hablamos de que la nueva Constitución se propuso fomentar la participación ciudadana, ¿por qué crees que se manifiesta esta pasividad?

MB: Porque yo creo que una de las consecuencias del hiperpresidencialismo, de la concentración de poder y de la corrupción que esto produce ha deslegitimado la autoridad en la Argentina. Y la prueba de la deslegitimación o la contracara de la falta de legitimidad es la falta de confianza. No hay legitimidad cuando la autoridad emite normas que no son cumplidas por la comunidad. Ahí está toda nuestra historia de anomia e incumplimiento de la ley. Pero también hay desconfianza en la política: ¿por qué la gente no pide Defensor del Pueblo? Si el defensor va a ser un muñeco de un ventrílocuo (que es el presidente), si nadie controla nada y lo único que hacen es cobrar un sueldo ridículo, la gente no va a luchar por algo que cree que no va a producir ningún tipo de efecto. Entonces, me parece que las instituciones se deben ganar su legitimidad, merecer que la gente las respete y cumpla con la ley.

Si bien estamos en una situación radicalmente diferente a la de la dictadura, una democracia constitucional necesita instituciones muy creíbles. Por eso, se habla de ética pública, judicial y profesional. Pero la gente sabe que no cumplimos con esa ética, que ni siquiera nos la enseñan en la facultad de derecho. Estamos en una situación en la que los que estamos del lado de la autoridad deberíamos decir algo sobre por qué la gente no confía en nosotros.

RJ: Entonces, ¿trazarías una distinción o una clara línea entre la idoneidad de las instituciones introducidas en la Constitución Nacional y los problemas que presentaron en la práctica los operadores?

MB: Sí, totalmente. Creo que el cambio de instituciones es una invitación de la política a adaptarse. Una cosa muy importante para mí es que en el derecho hay una confusión, dado que por mucho tiempo pensamos que el derecho eran las normas, pensamos que cambiando las normas cambiamos el derecho. El derecho no son las normas. El derecho es una práctica social muy compleja que, por supuesto, incluye a las normas y al lenguaje, la lectura y forma en que las interpretamos.

Pero, por supuesto, una cosa es la letra y otra es la práctica de la Constitución Nacional. Y para vivir la Constitución Nacional hay que ahondarse en la idea, que parece muy trillada, del cambio cultural, que es una cuestión profunda, un cambio de rutinas. Hay gente que ha nacido a la política viviéndola como un intercambio de favores, hay gente que ha nacido a la política viviéndola como beneficencia social, gente que ha nacido a la política viviéndola como una forma de clientelismo, la gente que entiende la legitimidad muchas veces basándose en cuántos “fierros” el presidente tiene (eso quiere decir cuántos gobernadores, cuánto dinero, cuánta capacidad de disciplinamiento tiene con el dinero y los cargos).

Entonces, por supuesto, uno puede cambiar la letra, pero lo que tiene que cambiar son las prácticas. La letra nos ofrece una práctica muy bonita, muy legítima y muy enraizada en lo mejor de la transición constitucional: el “nunca más”.

RJ: Imagino que piensas en un rol muy importante de la academia en este proceso...

MB: Bueno ahí no es que pienso que debe tener un rol muy importante; pienso que deberíamos tener una academia jurídica que no tenemos. No tenemos profesores *full time*, no tenemos investigación. En el Conicet somos solo un 0.4% de todos los investigadores del país, porque los jueces y los abogados son los que dan clase. No digo que tengan que ser solo profesores *full time*, pero por lo menos debe haber una masa crítica de gente que investigue, que forme y que critique, con independencia de la profesión y de la judicatura, a los poderes públicos y a la profesión. Si uno es abogado no va a criticar a los jueces y si uno es juez no va a criticar a sus pares. Entonces, se genera una cantidad de conflictos de interés muy brutal en la academia jurídica porque los abogados y los jueces están juntos; y en las facultades de derecho, sobre todo en las nacionales, los jueces y abogados

son los que administran la facultad, entonces no tienen ningún incentivo para crear una academia jurídica independiente. Además, los alumnos, que solo quieren recibirse lo antes posible, tampoco quieren que sus profesores y profesoras investiguen más, critiquen más, les enseñen mejor.

Con todo esto en mente, hay una alianza complicada, difícil de mover para que, por lo menos, se genere una academia jurídica. La academia es un lugar donde se proveen pensamientos, se generan ideas para las políticas públicas y críticas a estas cuestiones. En el caso de la docencia, tiene que, nada más y nada menos, formar a los futuros y futuras líderes de nuestro país, porque los egresados de la facultad de derecho ocupan monopólicamente uno de los tres poderes. Los que discuten con ellos son egresados de la facultad de derecho monopólicamente. Casi todos los presidentes elegidos democráticamente han sido abogados (salvo Macri e Illia), y también gran parte del poder legislativo es ocupado por abogados. Entonces, yo creo que, efectivamente, la facultad de derecho tiene algo que explicar, porque le cabe una enorme responsabilidad en esta situación.

RJ: Ahora vamos a cambiar de tema. Desde diferentes lugares, en los últimos años estuviste trabajando en la idea de bajar al derecho un poco más a tierra, en la idea de darle accesibilidad al derecho y en la utilización de un lenguaje más llano. ¿Crees que en el texto constitucional esto se ve logrado? ¿La Constitución Nacional entabla un diálogo con los ciudadanos?

MB: Me parece que sí. No es el lenguaje jurídico más abstruso que uno puede encontrar. Cuando intentamos leer una sentencia o un escrito de un abogado o abogada promedio son más ininteligibles que la Constitución. Pero por supuesto la Constitución tiene sus tecnicismos complicados.

El lenguaje claro es un estilo de escritura y estamos tratando de formar gente en él para cambiar el lenguaje del derecho. Creo que es parte de un problema más general, el problema de la enseñanza del derecho. La enseñanza era la instrucción de textos (códigos, leyes y doctrina de memoria, en general). El cambio que queremos hacer es mostrar que el derecho no es eso y que, a pesar de que debemos incorporar ese conocimiento, también

debemos incorporar actitudes y aptitudes para hacer cosas, tales como leer, escribir, hablar, mediar, arbitrar, interrogar, entrevistar, persuadir, argumentar, negociar, sentenciar y gestionar, todo hecho éticamente. Estos verbos, y el último adverbio, no están en las carreras de derecho, o no lo estaban.

Entonces, el lenguaje como un estilo de hacer todas esas cosas no era parte de nuestra práctica. Yo creo que, a diferencia de la Constitución del 53, la del 94 pide lenguaje claro. La del 53 era una constitución para la construcción del Estado Nacional, Alberdi dijo que nos iba a servir para la transición y que iba a servirnos no más de veinte o treinta años. La usamos ciento cincuenta; y así nos fue. La del 94 es la de la verdadera transición y, con el amparo, la incorporación de tratados, la multiplicación de espacios del poder, con los medios de democracia directa o indirecta, me parece que dice que dejamos atrás la monarquía unitaria, el presidencialismo brutal que teníamos, y lo que queremos es que todo el mundo se haga responsable.

Acabamos de terminar con una dictadura y no queremos que suceda nunca más. Para eso debemos votar. Para votar hay que informarse. Para informarse hay que educarse. Para educarse hay que tener escuelas. Para tener escuelas hay que tener hospitales para que los chicos vayan saludables. Para todo eso hay que tener libertad de expresión, medios de comunicación. Es un proceso impresionantemente exigente. Para eso, el derecho debe ser de todos. Es absolutamente indispensable que la gente entienda por qué va presa, por qué pierde a sus hijos, por qué quiebra su empresa, por qué tiene que pagar lo que tiene que pagar. Y no puede estar a la merced de un abogado o abogada que le mienta o que le diga lo que quiere.

Me parece que este sistema de democracia constitucional es una forma de resolver conflictos charlando -la promesa de la modernidad-. Si el derecho es una forma para resolver conflictos cuando la ley del Congreso, los reglamentos del Ejecutivo o la gente por sí sola (charlando educadamente) no pueden hacerlo, entonces debe resolver conflictos. No puede terminar en una sentencia y la gente incendiar Tribunales porque no la entendió, porque le pareció injusta o ilegítima. Es una buena pregunta. Creo que efectivamente los propósitos de la reforma del 94 piden acceso a la justicia y al lenguaje del derecho.

RJ: La Constitución Nacional de Alberdi la usamos durante ciento cincuenta años y, en algún sentido, la del 94 fue la primera vez en que se modificó el texto constitucional siguiendo estrictamente todos los procedimientos legales ¿Crees que esto es sano para una democracia constitucional o te parece que no deberíamos atarnos cientos de años a una ley del pasado que fue elegida muchas generaciones antes que nosotros?

MB: Yo creo que hay algo muy bueno en tener anclas constitucionales, acuerdos generales. Uno de los problemas de Latinoamérica es que las constituciones nacionales se cambiaron con la velocidad en que se cambia una ley. La Constitución del 53, como dice inmortalmente Alperín Donghi, fue una constitución para el desierto argentino. Era una constitución para terminar con el desierto. Lo dice Alberdi con todas las letras: “¿cuál es la mejor constitución para un desierto? La que termine con él”. Y nosotros en algún sentido acabamos con el desierto entre 1880 y 1890. Terminó el desierto, tal como se entendía, con la llegada de las oleadas inmigratorias. Entonces, cuando el radicalismo nace entre 1900/1905, nace porque las grandes mayorías piden entrar en la política. Pedían una reforma constitucional. Lo único que lograron, sin embargo, fue el cambio de sistema electoral, pero no cambiaron el hiperpresidencialismo ni la lógica de concentración de poder, porque a las elites les gustaba la concentración, tener más poder. Y el radicalismo, en sus tres periodos, el último trunco, ejerció poder como se hizo toda la vida: con un presidente y una liga de gobernadores que más o menos lo bancaba.

Eso fue en el momento de reforma constitucional. Después pasaron los golpes. Cuando teníamos Constitución, teníamos esa misma Constitución, porque la Constitución del 49, por lo menos en el ámbito del poder no cambiaba nada (sí en el de los derechos). A su vez, cada dictadura hacía peor el hiperpresidencialismo, ya que cerraba el Congreso. Lo único que quedaba como piso de estado de derecho eran los códigos. El poder judicial no se modificaba, así que, increíblemente, el piso mínimo que teníamos de estado de derecho, con o sin dictadura, eran los códigos (civil, comercial y penal).

Esto explotó con la dictadura, cuando la gente iba con el código penal a pedir *habeas corpus* y los jueces iban a preguntarle a Videla dónde estaban los desaparecidos. Al no

recibir respuestas, el juez no ofrecía remedio alguno a las familias. Ese fue el final de la “traición” de nuestros colegas del poder judicial y abogados a la democracia del estado de derecho en la Argentina. Cada vez que una dictadura nos pedía que con el Código resolvamos los problemas de conflictividad en el país no tuvimos problemas, siempre seguimos siendo parte de todos los golpes de estado. Finalmente, todo se termina con la dictadura del 76, y empieza en el 83 otra historia.

Entonces, ¿esta constitución debería durar mucho? Me gustaría que dure lo suficiente como para que se “haga carne”. Para que siga tensionando a presidentes, políticos, legisladores y jueces que no quieren honrar la Constitución del 94. Ojalá que la gente siga interponiendo amparos y pidiendo por defensores del pueblo que sean objetivamente críticos de las políticas públicas que violan derechos. Ojalá que haya una jefatura de gabinete con más poder y que en un momento de crisis sea el jefe de gabinete o la jefa de gabinete la que tome el poder. Ojalá que el Consejo de la Magistratura estuviera a la altura de las circunstancias y no sea simplemente un espacio para politizar a los colegios de abogados, a las asociaciones de magistrados y a las universidades. Pero ese “ojalá” solo es posible porque está la Constitución del 94. Si no estuviera, no podríamos criticarlos a todos ellos por no estar haciendo política a la altura de los ideales de nuestra Constitución.