

# Revista Jurídica



Universidad de  
**San Andrés**

**N°2 | Dic 2015**

**ISSN 2314-3150**

**REVISTA JURÍDICA**  
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS 2015



Nº 2 | 2015

**CUERPO EDITOR**

**Directora**

*Sara M. Molina*

**Coordinador Artículo Principal**

*Sergio Giuliano*

**Coordinadora Notas y Jurisprudencia**

*Ana Liz Chiban*

**Coordinador Reseñas Bibliográficas**

*Ezequiel Zavattaro*

**Coordinadores Relaciones Institucionales**

*Santiago Mollis*

*Juan T. Morganti*

## **Asistentes de Relaciones Institucionales**

*Ana Hilbert*

*Ayrton D. Zazo Girod*

## **Editores**

*Agostina Allori*

*Sergio Urueña*

*Marcelo Boyle*

*Facundo M. González  
Bustamante*

*Bianca Rozental*

*Carolina Alamino*

ISSN 2314-3150

**AUTORIDADES DE SAN ANDRÉS**

**Rector**

*Carlos F. Rosenkrantz*

**Vicerrector**

*Roberto J. Bouzas*

**Director del Departamento de Derecho**

*Lucas S. Grosman*

# ÍNDICE

ARTÍCULOS | NOTAS Y JURISPRUDENCIA | RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

## ARTÍCULOS

---

Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema <b>Por Martín D. Farrell</b> .....	1
Reglas del juego y desarrollo <b>Por Carolina Fernández Blanco</b> .....	33
El Activismo judicial. Sus orígenes y la recepción en la doctrina nacional <b>Por Fernando M. Racimo</b> .....	89

## NOTAS Y JURISPRUDENCIA

---

Cuando los derechos no son universales: el caso del voto de los extranjeros <b>Por Mauro Benete y Camila Petrone</b> .....	158
Problemas constitucionales del <i>per saltum</i> <b>Por Hernán Víctor Gullco</b> .....	179

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

---

Bercovich, Luciana y Maurino, Gustavo, eds., Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires (Buenos Aires: Eudeba, 2013) <b>Por María Trevisani</b> .....	191
--	-----

## CARL SCHMITT, HANS KELSEN Y LA CORTE SUPREMA

*Martin D. Farrell\**

### Resumen<sup>†</sup>

El debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen durante la vida breve, dramática y agitada de la República de Weimar ha arrojado significativas contribuciones teóricas a la teoría general del derecho. La teoría normativista de Kelsen resuelve las situaciones normales, aquellas que constituyen la regla; mientras que la teoría decisionista de Schmitt resuelve las situaciones anormales, aquellas que constituyen la excepción.

El presente artículo compara el pensamiento de estos juristas en relación con aquellas decisiones que se encuentran en el límite de la esfera del derecho –entre la sujeción a un marco normativo y el libre ejercicio del poder soberano–. En especial, se concentra en la reacción del Poder Judicial frente a las decisiones más importantes adoptadas por el Poder Ejecutivo.

A través del análisis de cinco decisiones judiciales –dos de la Corte Suprema estadounidense y dos de la Corte Suprema argentina–, el artículo presenta una teoría descriptiva de la decisión judicial dentro de los límites de la teoría general del derecho de la República de Weimar, poniendo de manifiesto un elemento que no puede faltar en ninguna teoría de la decisión judicial: el correcto cálculo de las consecuencias de la decisión.

---

\* Es Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Fue designado profesor emérito de dicha universidad. Es Director de Investigaciones y Doctorado de la Universidad de Palermo. En 1996 obtuvo el premio Konex de Platino en Ética. Ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Desde el año 1986 es Investigador Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Anteriormente fue Vicepresidente de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, y ha sido Tesorero y Secretario de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Es autor de 17 libros sobre filosofía del derecho, moral y política, y de 70 artículos sobre dichos temas, en español, inglés, italiano y alemán.

<sup>†</sup> Este trabajo fue presentado en el Seminario de Teoría Jurídica de la Universidad de San Andrés y en el Seminario de Doctorado de la Universidad de Palermo, y se benefició grandemente de las discusiones posteriores.

## I. Introducción

La vida breve, dramática y agitada de la República de Weimar (1919 – 1933) no le impidió albergar a varios de los juristas de mayor influencia en el siglo veinte, dos de los cuales voy a ocuparme centralmente aquí: Carl Schmitt y Hans Kelsen. Las comparaciones que voy a efectuar entre ambos se referirán solo a sus contribuciones teóricas dentro del ámbito filosófico y no me ocuparé entonces de sus profundas diferencias políticas. Schmitt fue un nazi, desde su afiliación al partido en 1933 hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial en 1945, mientras que Kelsen fue un social demócrata liberal, que debió abandonar su cargo en la Universidad de Colonia con la llegada del nazismo. Estas profundas diferencias políticas conllevan una gran dificultad para evaluar los aportes teóricos de ambos, por lo que es imprescindible extremar en este caso la cautela. Políticamente, la actuación de Schmitt fue deplorable, y debió pagarlo con una etapa en prisión al terminar la guerra; por contraste, la actuación política de Kelsen, finalmente exiliado en los Estados Unidos, fue –por cierto– impecable.

Pero este no es mi tema. Schmitt y Kelsen fueron dos grandes juristas, y como tales –pero únicamente como tales, desde luego– merecen el mismo respeto. Yo voy a estudiarlos precisamente como juristas, de donde cuando clasifique a alguna opinión como schmittiana, por ejemplo, esta clasificación no debe ser vista como un juicio evaluativo crítico sino –por el contrario– como un juicio descriptivo. A la inversa, ser clasificado como kelseniano no se entiende tampoco como un elogio de esa posición en particular.

Durante la existencia de la República de Weimar Schmitt produjo dos de las obras centrales que voy a considerar aquí (aunque no serán las únicas de ese período que utilizaré): *Political Theology* y *The Concept of the Political*, en ese orden cronológico; después de la guerra, la producción de Schmitt fue de menor cuantía. Kelsen, por el contrario, siguió produciendo con un gran nivel de calidad durante la posguerra, y esto obliga a una selección de sus obras para que la comparación con Schmitt sea equitativa. Voy a descartar la obra última de Kelsen, a partir de su residencia en Estados Unidos, que revela una cierta influencia de la filosofía empirista, y a concentrarme en el Kelsen influenciado por Kant, que se muestra con más claridad en su obra de 1934. De esta manera, entonces, voy a comparar dos filósofos de la República de Weimar.

Me interesa el pensamiento de Schmitt y de Kelsen en relación a aquellas decisiones que se encuentran en el límite de la esfera del derecho (en qué lado del límite se encuentran

depende muchas veces –por supuesto– de que uno concuerde con Schmitt o con Kelsen). Son las decisiones más importantes que se adoptan por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, de donde me interesa especialmente la reacción del Poder Judicial frente a la actitud del Poder Ejecutivo. Me limitaré, en este caso, a la última instancia del Poder Judicial, esto es, a la Corte Suprema, ya que los tribunales inferiores tienden muchas veces a descartar las dificultades en la ejecución de sus decisiones, suponiendo –no sin razón– que ellas serán recurridas ante la Corte.

Una vez que haya establecido las diferencias entre la teoría de Schmitt y la de Kelsen, voy a examinar cinco decisiones judiciales que pueden describirse de acuerdo a alguna de esas dos teorías; dos de esas decisiones provienen de la Corte Suprema de Estados Unidos, y tres de nuestra propia Corte Suprema. Hay veces en las que los ciudadanos demandan de la Corte más de lo que la Corte puede dar, pero también hay veces en que la Corte cree que posee menos opciones de las que en realidad tiene disponibles; estudiar las teorías de Schmitt y de Kelsen puede ayudarnos a precisar mejor esas opciones. Téngase en cuenta que solo estoy en busca de la mejor solución disponible dentro de los confines de la teoría general del derecho de la República de Weimar.

Recuerdo –una vez más– que ajustarse a la teoría schmittiana no constituye un defecto *per se*, ni ajustarse a la teoría kelseniana constituye una virtud *per se*. Supongamos que alguien pregunta si es mejor la teoría de la verdad por correspondencia o la teoría de la verdad por coherencia. La respuesta solo puede consistir en otra pregunta: ¿en qué ámbito piensa utilizar la teoría? Si el ámbito es la física, la teoría de la correspondencia es superior, pero si el ámbito es la aritmética, es superior la teoría de la coherencia. En este caso ocurre lo mismo: si alguien pregunta si es mejor la teoría de Schmitt o la de Kelsen la respuesta es otra pregunta: ¿en qué situaciones piensa recurrir a la teoría? En situaciones de normalidad, la teoría de Kelsen da cuenta perfectamente del derecho, pero en situaciones de excepción es mejor –como veremos– recurrir a la teoría de Schmitt.



## II. Las teorías en juego

### A. El enfoque de Schmitt

El concepto de soberanía es esencial en la teoría de Schmitt; el soberano es el que decide en situaciones críticas, en situaciones de excepción,<sup>1</sup> y son precisamente las situaciones de excepción las que le interesan a Schmitt, quien entiende la soberanía como el ejercicio del poder por parte del Estado<sup>2</sup>.

La teoría de Schmitt no niega –obviamente– que existan normas, pero cree que ellas son válidas solo en situaciones normales: todas las normas presuponen una situación normal, y ninguna norma puede ser válida en una situación completamente anormal.<sup>3</sup> Que el caso extremo aparezca como una excepción no niega, sino que confirma, su carácter decisivo.<sup>4</sup> Schmitt cita con aprobación a von Stein cuando dice que, una vez que la Constitución es atacada, la batalla debe ser librada fuera de la Constitución y del derecho, y –así– decidida por el soberano, y cita con igual aprobación a Hobbes cuando dice que la soberanía del derecho significa solo la soberanía de los hombres que redactan y administran ese derecho.<sup>5</sup> Kahn caracteriza bien la posición de Schmitt: no el derecho, sino la excepción; no el juez, sino el soberano; no la razón, sino la decisión; el juez y la norma han sido empujados fuera de la vista.<sup>6</sup>

Schmitt escribió *The Concept of the Political* en 1932, pero seguía manteniendo allí intacta la idea formulada diez años antes en *Political Theology*, en el sentido de que las fórmulas legales acerca de la omnipotencia del Estado solo son –de hecho– secularizaciones superficiales respecto de fórmulas teológicas acerca de la omnipotencia de Dios.<sup>7</sup> Volvamos atrás en el tiempo, entonces, para analizar este libro temprano, que resulta decisivo para la comprensión de su teoría.

El título de la obra ya nos dice mucho acerca del propósito de Schmitt: se ha dicho, en efecto, que la teología política es una forma de investigación que comienza allí donde el derecho termina.<sup>8</sup> El primer párrafo del libro contiene la hoy famosa definición de Schmitt:

---

<sup>1</sup> Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (Chicago: The University of Chicago Press, 2007), 38.

<sup>2</sup> Tracy B. Strong, “Foreword”, en Schmitt, *The Concept of the Political*, cit., xx.

<sup>3</sup> Schmitt, *The Concept of the Political*, 46.

<sup>4</sup> Schmitt, *The Concept of the Political*, 35.

<sup>5</sup> Schmitt, *The Concept of the Political*, 67.

<sup>6</sup> Paul W. Kahn, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty* (Nueva York: Columbia University Press, 2011), 31-32.

<sup>7</sup> Schmitt, *The Concept of the Political*, 42.

<sup>8</sup> Kahn, *Political Theology*, 2.

“El soberano es el que decide respecto de la excepción” [traducción propia]<sup>9</sup>. Aunque no es sencillo precisar la idea de excepción, ella puede ser caracterizada como cualquier tipo de perturbación política o económica severa que requiere la aplicación de medidas extraordinarias.<sup>10</sup> Esas medidas extraordinarias, por supuesto, deben ser elegidas y aplicadas por el soberano.

La excepción, y esto es crucial para la tesis de Schmitt, no se puede derivar de la norma, no se encuentra codificada en el orden jurídico existente, ni puede ser adecuada a una ley previa.<sup>11</sup> Como dice Kahn, “si convertimos a la excepción en una instancia de la norma, perdemos completamente el concepto” [traducción propia]<sup>12</sup>. Porque la excepción se corresponde a un estado de emergencia, y los detalles precisos de la emergencia no pueden ser anticipados; por lo tanto, la excepción se encuentra fuera del sistema jurídico normalmente válido.<sup>13</sup> No hay manera de predecir la excepción, de donde la excepción no puede integrar el sistema jurídico. El Schmitt temprano ya anticipa esta idea cuando sostiene que hay decisiones que deben ser hechas aparte del derecho, y a veces en contra del derecho, pero que sin embargo deben ser definidas como correctas.<sup>14</sup>

Cada norma presupone una situación normal, y se convierte en un sinsentido cuando esta situación normal deja de existir.<sup>15</sup> Consecuente con el título de su libro, Schmitt sostiene que “la excepción en la teoría del derecho es análoga al milagro en teología” [traducción propia]<sup>16</sup>. El soberano, como he dicho, decide si nos encontramos frente a un estado de excepción, y decide también cómo entendernos con él.<sup>17</sup>

El rasgo central de la soberanía –entonces– consiste en la autoridad para suspender el derecho válido, puesto que lo que caracteriza a la excepción es la presencia de una autoridad ilimitada, lo que implica –a su vez– la suspensión del orden existente: una teoría del derecho preocupada por cuestiones usuales (como es el caso de la teoría kelseniana) no

---

<sup>9</sup> Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (Chicago: The University of Chicago Press, 2005), 5.

<sup>10</sup> George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936* (Nueva York: Greenwood Press, 1989), 7.

<sup>11</sup> Schmitt, *Political Theology*, 6.

<sup>12</sup> Kahn, *Political Theology*, 15.

<sup>13</sup> Schmitt, *Political Theology*, 6-7.

<sup>14</sup> Carl Schmitt, “Statute and Judgment”, en *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, eds. Arthur J. Jacobson y Bernard Schlink (Berkeley: University of California Press, 2000), 64. El artículo original fue publicado en 1912.

<sup>15</sup> Schwab, *The Challenge of the Exception*, 49.

<sup>16</sup> Schmitt, *Political Theology*, 36.

<sup>17</sup> David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 42.

tiene interés en el concepto de soberanía. La norma, que permanece desde luego dentro de la estructura de lo jurídico, es destruida en la excepción.<sup>18</sup> Después de la declaración del estado de excepción, y para restaurar la paz y el orden, el soberano puede infringir el orden jurídico:<sup>19</sup> el poder del soberano opera más allá del derecho, para crear y proteger el derecho.<sup>20</sup> El soberano advierte la presencia de una situación de emergencia, decide que se trata de una excepción, deja entonces de estar sujeto al orden jurídico diseñado para entenderse con situaciones normales, y elige los medios adecuados para volver a la normalidad.

Schmitt pensaba que incluso los liberales debían advertir que la soberanía trasciende cualquier sistema normativo.<sup>21</sup> La soberanía, entonces, consiste en la capacidad de elevar a su sujeto por encima del orden jurídico constituido: todo el sistema de legalidad es así relativizado por un poder que se encuentra afuera de, y por sobre, él. La soberanía no puede ser adscripta al sistema jurídico mismo;<sup>22</sup> se encuentra por encima de él, y aparece claramente en el origen del sistema jurídico mismo, y en cada una de sus situaciones excepcionales. Es por eso que la decisión del soberano es la decisión final, respecto de la cual no existe apelación alguna. El poder del soberano –por otra parte– no reside solamente en identificar la excepción, sino en decidir respecto de ella: la excepción solo puede ser reconocida en la decisión respecto de la misma.<sup>23</sup>

La teoría de Schmitt es claramente “decisionista”: todo orden jurídico está basado en una decisión, y descansa últimamente en ella, no en una norma.<sup>24</sup> Este es el punto central de la discrepancia entre Schmitt y Kelsen, ya que este último remueve a la decisión del ámbito del derecho y la confina al ámbito de la sociología jurídica. Schmitt, por el contrario, piensa que constituiría una distorsión decir que la excepción no tiene importancia jurídica y es, en consecuencia, sociología, puesto que considera que la esencia de la soberanía del Estado no consiste en el monopolio de la coerción sino en el monopolio de la decisión. Schmitt rechaza, entonces, que todos los elementos sociológicos sean dejados fuera del derecho, y por eso mismo pregunta en qué descansan la necesidad

---

<sup>18</sup> Schmitt, *Political Theology*, 12-13.

<sup>19</sup> Schwab, *The Challenge of the Exception*, 44.

<sup>20</sup> Kahn, *Political Theology*, 53.

<sup>21</sup> Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, 73.

<sup>22</sup> Véase Renato Cristi, “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power”, en *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus (Durham: Duke University Press, 1998), 179 - 183.

<sup>23</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, “The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory”, en *Law as Politics*, ed. Dyzenhaus, 42. Kahn, *Political Theology*, 40 y 45.

<sup>24</sup> Schmitt, *Political Theology*, 10.

intelectual y la objetividad de las diversas imputaciones con los diversos puntos de imputación (que es claramente la descripción que Kelsen hace del derecho) sino en una determinación positiva, esto es, en una orden, por lo que concluye que Kelsen resolvió el problema de la soberanía negándolo.<sup>25</sup>

Obviamente, Schmitt reconoce que para que pueda existir una excepción es necesario tener una regla, y no cuestiona que la teoría de Kelsen sea apta para describir situaciones usuales, y no excepcionales; lo que objeta, en cambio, es que Kelsen descarte completamente las excepciones. Pero Schmitt nunca argumentó a favor de la negación total de la normalidad, ni intentó implementar un estado permanente de excepción.<sup>26</sup> Como bien lo plantea Kahn, el acto de sacrificio de la revolución debe transformarse a sí mismo en un texto constitucional; la excepción suspende el derecho, pero lo hace siempre en el camino hacia el derecho.<sup>27</sup>

Tal vez la obra en que Schmitt expresó más claramente sus ideas sea *On the Three Types of Juristic Thought*, publicada en 1934, y concebida como un ataque a la teoría kelseniana. Desde el punto de vista del “normativismo” –dice Schmitt– todo orden es transformado en un simple agregado, o en una simple suma, de reglas y leyes: el método normativo aísla y absolutiza la norma. Para ser consistente, el normativista siempre debe basarse en las normas y en su validez, nunca en el poder concreto.<sup>28</sup>

Pero –al mismo tiempo– la norma nunca puede aplicarse, ni administrarse, a sí misma, de donde el pensamiento normativo conduce a una separación aguda y creciente entre la norma y la realidad: la normatividad y la facticidad son planos por completo diferentes para la teoría normativista,<sup>29</sup> lo que para Schmitt constituye un defecto capital, del que acusa –por supuesto– al normativismo kelseniano.

Por otra parte, Schmitt piensa que, incluso si la norma es inviolable tanto como uno desearía que lo fuera, ella solo controla una situación únicamente en la medida en que tal situación no se haya convertido en algo completamente anormal, y estas son –precisamente– las situaciones que más le interesan. En su teoría, la fuente del derecho consiste en la soberanía con la cual se dicta una orden que reviste el carácter de decisión última: la decisión soberana es el comienzo absoluto, y proviene de un vacío normativo.

<sup>25</sup> Schmitt, *Political Theology*, 13, 18 y 20-21.

<sup>26</sup> Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, 46.

<sup>27</sup> Kahn, *Political Theology*, 142.

<sup>28</sup> Schmitt, *Political Theology*, 51-53.

<sup>29</sup> Schmitt, *Political Theology*, 56, 60 y 62.

El soberano que decide no adquiere su competencia para tal decisión sobre la base de un orden ya establecido,<sup>30</sup> pues no existe nada jurídico previo a esa decisión: el acto del soberano es aquí un acto fundacional.

En su *Teoría de la Constitución* Schmitt modificó su posición acerca de la soberanía, la que allí identifica con el poder constituyente. Desde el comienzo de la obra Schmitt resalta que solo algo que existe en términos concretos puede adecuadamente ser el soberano: una simple norma válida no puede ser el soberano.<sup>31</sup> Esto es: desde el comienzo de la obra, el trasfondo de la teoría de Schmitt es una polémica con la teoría de Kelsen. La esencia de la Constitución, entonces, no está contenida en una ley, o en una norma, sino que antes del establecimiento de cualquier norma existe una decisión política fundamental de parte del titular del poder constituyente: en una democracia, es una decisión adoptada por el pueblo, y en una monarquía genuina, es una decisión adoptada por el monarca.<sup>32</sup> De ahí que el soberano es aquel que tiene la facultad de violar, y –así– relativizar, el orden jurídico como un todo.<sup>33</sup> La autoridad del soberano no está –ni puede estar– limitada por el derecho.

La Constitución surge a partir de la decisión del titular del poder constituyente, el cual constituye la voluntad política cuya autoridad es capaz de formular la decisión concreta y abarcadora respecto del tipo y forma de su propia existencia política.<sup>34</sup> La Constitución se basa, así, en una decisión política que concierne al tipo y forma de su propio ser.<sup>35</sup> El pueblo inicia su poder constituyente a través de alguna expresión reconocible de su voluntad directa, la cual está dirigida a una decisión acerca del tipo y forma de existencia de la unidad política.<sup>36</sup> Esa decisión, a su vez, no requiere ninguna justificación que provenga de alguna norma ética o jurídica: hace sentido, en cambio, en términos de existencia política; aquí una norma no estaría en posición de justificar nada,<sup>37</sup> de donde lo que cuenta no es ninguna norma, sino la decisión. El decisionismo reemplaza al normativismo.

---

<sup>30</sup> Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham: Duke University Press, 2008).

<sup>31</sup> Schmitt, *Constitutional Theory*, 63.

<sup>32</sup> Schmitt, *Constitutional Theory*, 77. Cristi, “Carl Schmitt on Sovereignty...”, 188-189.

<sup>33</sup> Cristi, “Carl Schmitt on Sovereignty...”, 191.

<sup>34</sup> Schmitt, *Constitutional Theory*, 97.

<sup>35</sup> Schmitt, *Constitutional Theory*, 125.

<sup>36</sup> Schmitt, *Constitutional Theory*, 130-131.

<sup>37</sup> Schmitt, *Constitutional Theory*, 136.

El poder constituyente, a su vez, se activa a sí mismo a través del acto de la decisión política fundamental: no puede ser delegado, ni absorbido, ni consumido, sino que permanece siempre presente, dependiendo de las circunstancias.<sup>38</sup> Schmitt creía entonces que el poder constituyente detrás de la Constitución de Weimar era el pueblo alemán, de donde terminó aceptando una cierta forma de democracia.

La conclusión más importante de la concepción decisionista de Schmitt es la que extrajo Paul Kahn, y por eso voy a denominarla el “Principio de Kahn”, el cual dice: “La decisión judicial es solo tan fuerte como la promesa de defender la decisión si surge algún conflicto acerca de ella” [traducción propia]<sup>39</sup>. Si interpretamos “promesa” como “posibilidad”, el Principio puede leerse así: la decisión judicial tiene validez en la medida en que ella pueda ser ejecutada en el mundo real; si puede predecirse con certeza que la decisión judicial no va a ser obedecida, ella carece de validez. Este es el principio central que voy a utilizar luego para el estudio de las decisiones judiciales que mencionaré más adelante. No aparece explícitamente enunciado así en la teoría de Schmitt, pero creo que Kahn extrajo de ella una inferencia correcta; por otra parte, como puede verse, es un principio que coincide con la tesis central del realismo jurídico. Es verdad que Schmitt estaba interesado principalmente en situaciones más dramáticas, como el estado de guerra, por ejemplo, pero el Principio de Kahn tiene otra virtud: hace explícito el elemento decisionista, no solo en el soberano, como cabeza del Poder Ejecutivo, sino en la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial.

Schmitt fue un decisionista que concentró su atención en el soberano. En la decisión del soberano él encuentra el inicio del orden jurídico, el origen de las normas: no hay derecho antes de la decisión soberana. Durante el período subsiguiente de normalidad, el poder del soberano permanece latente, pero –aunque a veces lo olvidemos– permanece, y se manifiesta en dos tipos distintos de situaciones: a) la revolución, y b) las emergencias políticas y económicas. En ambos casos el soberano debe decidir, y decidir fuera del derecho, esto es, fuera del control del Poder Judicial.

Desde luego que para Schmitt la figura del soberano se encuentra en el Poder Ejecutivo, y no en la Corte. En situaciones que el soberano considera de excepción, la Corte tiene dos alternativas: a) reconocer el carácter de soberano de quien ha decidido, y declarar válida esa decisión; o b) cuestionar el carácter de soberano de quien ha decidido,

---

<sup>38</sup> Schmitt, *Constitutional Theory*, 140.

<sup>39</sup> Kahn, *Political Theology*, 74.

y declarar que la decisión no es conforme a derecho. En este segundo caso la Corte está testeando la figura del soberano, y nuevamente aparecen aquí dos alternativas: a) el fallo de la Corte es obedecido, de donde el soberano no era tal; o b) el fallo es desobedecido, y el soberano era tal. Antes de resolver, la Corte debe sopesar las consecuencias de ambas alternativas.

## **B. El enfoque de Kelsen**

Kelsen era un normativista y, a diferencia de Schmitt, estaba especialmente interesado en las situaciones normales, y no en las de excepción; no concebía ninguna circunstancia excepcional que se encontrara fuera de la normatividad. Un normativista busca siempre disolver el orden concreto en una serie de normas válidas, pero cuanto más puro y normativo se vuelve su pensamiento, más aguda es la separación entre la norma y la realidad, y este es –exactamente– el problema de Kelsen: la teoría del derecho se concentra en las normas, y el momento de la decisión queda confinado al ámbito de la sociología jurídica. Para el normativista, la norma y el orden normativo permanecen válidos independientemente de lo que pase en la realidad, puesto que la norma y la realidad son dos niveles completamente diferentes, el nivel del deber ser y el nivel del ser. Sin embargo, los propios normativistas no pueden dejar de advertir que la soberanía trasciende cualquier sistema normativo.<sup>40</sup> Hay que recordar que para Schmitt el Estado es algo tácticamente dado, mientras que para Kelsen el Estado es el derecho.

Schmitt le reprochaba a Kelsen que este no sabía qué hacer con el estado de excepción, y esta es una observación correcta. Kelsen quería evitar el problema de la excepción, y trataba siempre de sujetar al soberano a la norma.<sup>41</sup> Por eso Kelsen necesita recurrir al derecho internacional, y considerarlo como una entidad superior a los órdenes jurídicos nacionales. Precisamente, la primacía del derecho internacional le sirve a Kelsen para obtener dos resultados, obviamente vinculados entre sí: a) mantener un normativismo estricto, reemplazando la norma básica –supuesta– del derecho nacional por una norma –positiva– del derecho internacional; y b) eliminar –a la vez– la figura del soberano, ahora sometido a las normas internacionales.

---

<sup>40</sup> Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, 66 y 73. Supongo que esto es lo que Kelsen describiría como un cambio de norma básica.

<sup>41</sup> Schwab, *The Challenge of the Exception*, 49-50.

Una caracterización adecuada de la teoría de Kelsen es la que proporciona Paulson: por un lado, Kelsen defiende la tesis normativa, la separación entre el derecho y los hechos; mientras que por el otro, también defiende la tesis de la separabilidad, esto es, la separación entre el derecho y la moral.<sup>42</sup> El propio Kelsen lo dice de este modo: en relación con la justicia, la “Teoría Pura” enfatiza la realidad del derecho positivo, pero –en relación con la naturaleza– enfatiza que el derecho positivo es un deber,<sup>43</sup> no un hecho.

Kelsen llama “pura” a su teoría porque pretende que el conocimiento se enfoque solo en el derecho, puesto que lo que convierte a un evento en jurídico no es su facticidad: su sentido específicamente jurídico proviene de la norma cuyo contenido se refiere a dicho evento. Al caracterizar el derecho como norma, y al restringir la ciencia jurídica al conocimiento de las normas, uno separa el derecho de la naturaleza: el conocimiento en sociología jurídica, por ejemplo, no se refiere a la norma jurídica; la norma en tanto norma es una realidad ideal, no una realidad natural.<sup>44</sup>

Esta es una posición que ya sostiene el Kelsen temprano. Así, afirma en un trabajo de 1911 que la ciencia del derecho es una disciplina normativa, cuyo tema son simplemente las normas, y que ella no desea explicar ningún suceso real. La cuestión relevante es por qué las normas jurídicas deben ser obedecidas, y no por qué son realmente obedecidas. El porqué la gente obedece las normas en su vida social es un tema para la sociología y la psicología social; la voluntad es un hecho de la vida psíquica, e investigarla es el tema de los psicólogos.<sup>45</sup> La pureza de la Teoría Pura reside en que solo desea conocer, no querer.<sup>46</sup>

Para la teoría kelseniana el fundamento último del derecho es la norma básica, que es la norma que otorga validez a la primera Constitución. Dada la suposición de que la norma básica es válida, el sistema jurídico que descansa sobre ella también es válido: la norma básica confiere al acto del primer legislador el sentido específico de “deber”.<sup>47</sup> El significado de la norma básica se vuelve especialmente claro cuando el sistema jurídico, en vez de ser modificado por medios legales, es reemplazado por medios revolucionarios.

---

<sup>42</sup> Stanley L. Paulson, “Introduction”, en Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1996), xxv-xxvi.

<sup>43</sup> Hans Kelsen, “Legal Formalism and the Pure Theory of Law”, en *Weimar...*, eds. Jacobson y Schlink, 77. Publicado originalmente en 1929.

<sup>44</sup> Kelsen, *Introduction...*, 7, 10, 13 y 15.

<sup>45</sup> Kelsen, “On the Borders Between Legal and Sociological Method”, *Weimar...*, eds. Jacobson & Schlink, 58-59 y 61.

<sup>46</sup> Kelsen, “Legal Formalism...”, 78.

<sup>47</sup> Kelsen, *Introduction...*, 58.



Una banda de revolucionarios –por ejemplo– lleva a cabo un golpe de Estado en una monarquía con el propósito de reemplazarla por una República. Si los revolucionarios tienen éxito, el sistema antiguo deja de ser efectivo, y el nuevo sistema comienza a serlo, porque el comportamiento real de los seres humanos respecto de los cuales el sistema pretende ser válido ya no se corresponde con el antiguo sistema sino con el nuevo. Uno presupone entonces una nueva norma básica, que no es más aquella que delegaba la autoridad en el monarca, sino que ahora es aquella que delega la autoridad en el gobierno revolucionario. Obviamente, lo que importa aquí es la norma, no la decisión.

Pero el contenido de la norma básica depende de un cierto material fáctico, el material que crea el sistema respecto del cual se corresponde, con un cierto grado, el comportamiento real de los ciudadanos. La validez del sistema jurídico depende entonces, en cierto modo, del hecho de que el comportamiento real de los ciudadanos se ajuste al sistema jurídico.<sup>48</sup> Esta circunstancia parecería acercar a Kelsen a la posición de Schmitt, pero Kelsen encuentra enseguida la forma de normativizar ese hecho: el principio de que la validez del sistema jurídico depende de su eficacia es, en sí mismo, una norma, solo que esta vez se trata de una norma del derecho internacional; el principio de efectividad del derecho internacional funciona como la norma básica de los derechos nacionales.<sup>49</sup> Para Kelsen, como puede verse, es más fácil librarse de los elementos morales en el derecho que de los elementos fácticos.

Otro de los postulados clásicos de la teoría kelseniana es –como vimos– la identificación del derecho con el Estado: el Estado es el sistema jurídico, y esta identificación, por supuesto, tiene consecuencias decisivas respecto del tema de la soberanía. Si no hubiera ningún sistema jurídico superior al sistema jurídico estatal, el Estado sería el sistema jurídico soberano, y esto es llamado usualmente soberanía absoluta. Pero en cuanto el sistema internacional surge por encima de los sistemas jurídicos de los Estados individuales, el Estado ya no puede ser considerado un sistema jurídico soberano. Si se presupone entonces al derecho internacional como un sistema jurídico supra-estatal, el sistema jurídico estatal ya no tiene más soberanía absoluta. Kelsen se enorgullecía de lo que consideraba uno de los logros más sustanciales de su teoría: la disolución teórica del

---

<sup>48</sup> Kelsen, *Introduction...*, 59-60.

<sup>49</sup> Kelsen, *Introduction...*, 61.

dogma de la soberanía, que él percibía como el principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional.<sup>50</sup>

Con la teoría de Kelsen ocurre exactamente lo contrario de lo que acontece con la teoría de Schmitt: da cuenta de los momentos de normalidad, pero enfrenta dificultades en las circunstancias de excepción. La teoría pura del derecho encuentra difícil de aceptar –e incluso, contradictoria– la posibilidad de una decisión soberana fuera del derecho, la posibilidad de que exista una decisión que se encuentre fuera del control del Poder Judicial.

### C. El debate Schmitt-Kelsen

Schmitt y Kelsen polemizaron continuamente durante el período de la República de Weimar, en un grado tal que la obra de uno no puede entenderse sin referencia a la del otro: es inútil estudiar a Schmitt sin Kelsen, o viceversa. Pero hay un debate en especial que me interesa mencionar aquí, y es el que se refiere a la identidad de aquel que se supone que debe ser el guardián de la Constitución, debate en el cual –como era de esperar– ambos adoptaron posiciones opuestas. Este es un debate ganado claramente por Kelsen.

La polémica se desarrolló durante el año 1931: Schmitt publicó en ese año “El defensor de la Constitución” y Kelsen le respondió con su trabajo “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”.<sup>51</sup> Hay dos observaciones iniciales respecto del trabajo de Schmitt. La primera es que se trata tal vez de la primera de sus obras en las que su concepción totalitaria es indisimulable, y presagia su militancia posterior en el nazismo de forma clara. La segunda es que Schmitt no intenta solo establecer quién “debe ser” el defensor de la Constitución, sino quién “es” –de hecho– el defensor de la Constitución en el marco legal de la República de Weimar.

Schmitt plantea al inicio un extraño argumento lógico vinculado a la subsunción normativa, del cual Kelsen fácilmente da cuenta luego. Intenta mostrar asimismo que la justicia constitucional no puede ser justicia sin convertirse en política, lo que también rebate Kelsen sin problemas, y sostiene que los tribunales se verían excesivamente recargados si consideraran temas constitucionales, lo que Kelsen cuestiona con acierto. Pero hay argumentos mejores por parte de Schmitt.

---

<sup>50</sup> Kelsen, *Introduction...*, 99-100, 121 y 124.

<sup>51</sup> Véase Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 2009).

Él reivindica, por ejemplo, su defensa del decisionismo, esto es, la existencia en todo fallo de un tribunal de un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma. Piensa también que no es una cuestión teórica, sino política, la de establecer hasta qué punto puede encomendarse a instituciones existentes, o de nueva creación, la tarea de fijar de modo auténtico el contenido de los preceptos imprecisos de la Constitución. Y que si esta tarea se encomienda a un tribunal su actividad consistirá en una turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento.<sup>52</sup>

Asimismo, rechaza el carácter contractual de la Constitución de Weimar y comienza a recurrir a su argumento central, que es el del poder neutral. A partir de la idea del poder neutral, mediador, regulador y tutelar (ya que él cree que el defensor de la Constitución debe ser “independiente y políticamente neutral”<sup>53</sup>), sostiene que el presidente del Reich se encuentra en el centro de un sistema de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos, y le está condicionada la ordenación política del Reich alemán. Por lo tanto, piensa Schmitt, antes de instituir un tribunal para decidir los conflictos de alta política, es bueno recordar que la Constitución misma designa al presidente como su defensor, en tanto institución neutral que funciona como garantía del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich. La Constitución, según Schmitt, procura especialmente otorgar a la autoridad presidencial las posibilidades de enlazarse de modo directo con la voluntad política del conjunto del pueblo alemán, y para proceder en consecuencia como defensor y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación.<sup>54</sup>

Como puede apreciarse, Kelsen no tenía frente a sí una tarea difícil. Arranca recordando que la exigencia de introducir garantías en la Constitución responde al principio de la máxima juridicidad de la acción estatal, que es propia del estado de derecho. Puesto que la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, ninguna institución es menos idónea para controlarlo que aquella a la cual la Constitución le confiere el ejercicio total o parcial del poder,<sup>55</sup> esto es, el presidente del Reich.

---

<sup>52</sup> Carl Schmitt, “El defensor de la Constitución”, en Schmitt y Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen...*, 82-83, 87 y 91.

<sup>53</sup> Schmitt, “El defensor de la Constitución”, 112, 139 y sigs., 255 y 278.

<sup>54</sup> Schmitt, “El defensor de la Constitución”, 287.

<sup>55</sup> Hans Kelsen, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en Schmitt y Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen*, 292-293.

Por su parte, al argumento de Schmitt de que la justicia resultaría politizada,<sup>56</sup> Kelsen contesta que entre el carácter político de la legislación y el de los jueces hay solo una diferencia cuantitativa, y no cualitativa: un conflicto no es político porque en su naturaleza no sea un conflicto jurídico que los tribunales no pueden resolver, sino porque una de las partes –o ambas– no quiere que sea así resuelto.<sup>57</sup> Y al argumento schmittiano de que se recargaría la tarea de los tribunales,<sup>58</sup> responde que “no se puede comparar a toda la Justicia con un camello que se derrumba bajo el peso del control de constitucionalidad”<sup>59</sup>. Kelsen atiende también a la pretensión de Schmitt de restringir el carácter político de los tribunales diciendo que –en este caso– lo que debe limitarse es el espacio de libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación: las normas constitucionales no deben formularse en términos excesivamente generales, ni emplear terminología difusa.<sup>60</sup>

Al mismo tiempo, dado que en los casos más importantes de violación constitucional el parlamento y el gobierno son partes en la causa, Kelsen piensa que es aconsejable que la controversia sea resuelta por una tercera institución que esté fuera de ella y que no sea partícipe del ejercicio del poder que la Constitución distribuye entre el parlamento y el gobierno. Por otra parte, cree también que constituye un sinsentido contraponer al presidente del Reich con el tribunal constitucional: es –dice– como afirmar que puesto que el ejército es la mejor defensa del Estado, no necesitamos más hospitales.<sup>61</sup>

Kelsen no niega que el presidente sea también garante de la Constitución, pero sí niega que sea el único garante. Finalmente, a la objeción de que el tribunal es un órgano no democrático Kelsen contesta sugiriendo que sea elegido por el pueblo, igual que el presidente.<sup>62</sup>

Como dije antes, Kelsen llevó la mejor parte en este debate, y en lo que sigue voy a considerar que las cuestiones constitucionales en juego van a ser resueltas por una Corte Suprema o por un tribunal constitucional análogo a ella. Contemporáneamente, una abrumadora mayoría de autores apoya hoy el control judicial de constitucionalidad, del cual Kelsen fue uno de los precursores en Europa, en su aporte a la Constitución de Austria.

---

<sup>56</sup> Schmitt, “El defensor de la Constitución”, 41.

<sup>57</sup> Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 306-307.

<sup>58</sup> Schmitt, “El defensor de la Constitución”, 279.

<sup>59</sup> Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 350.

<sup>60</sup> Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 320.

<sup>61</sup> Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 339 y 345.

<sup>62</sup> Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 352-353.

#### **D. Heller: un tercer enfoque en juego**

Antes de concentrarme en las decisiones judiciales, voy a examinar también un tercer enfoque teórico, puesto que cualquier análisis del pensamiento jurídico de la República de Weimar estaría obviamente incompleto si no prestara atención a las ideas de Herman Heller. Aquí voy a considerarlas –sin embargo– solo de una manera marginal, esto es, solo en cuanto críticas u observaciones a las dos posiciones centrales en juego. Heller podría situarse académicamente entre Schmitt y Kelsen, y no se privó –por cierto– de criticar a ambos.

Heller piensa que el intento kelseniano de emancipar a la teoría del Estado de la realidad política priva a la tesis de todo valor; entiende que la tensión entre el ser y el deber ser no debe resolverse unilateralmente ni a favor de lo normativo ni de la realidad social. La ordenación normativa social solo se comprende de manera adecuada si se considera que el ser y el deber ser no se encuentran en un estado de aislamiento, sino –por el contrario– en una coordinación correlativa:<sup>63</sup> solo en –y por– los partícipes, es real y eficaz el orden jurídico. Heller reconoce el mérito de Kelsen en señalar que la validez jurídica no puede basarse en un poder de la voluntad que no se encuentre sometido a normas, pero piensa que resolver el problema de la validez recurriendo a la norma fundamental no es sino un cambio de nombre para la voluntad estatal no sometida a normas. La norma fundamental es un nombre inadecuado que se le da a la voluntad del Estado no sometida a normas: ella nos remite al arbitrio del legislador real, libre de todo vínculo jurídico y moral.<sup>64</sup>

Desde luego que no se priva tampoco de objetar la posición de Schmitt, puesto que piensa que una situación de poder únicamente adquiere “estatus político” debido al derecho; sin el derecho el Estado carecería de permanencia, de estructura, de existencia. Heller cree que Schmitt confunde normatividad con positividad cuando sostiene que la unidad reside en la existencia política del Estado, y no en leyes, ni en ninguna clase de normatividades; piensa que la normatividad y la existencialidad no son para el Estado cosas opuestas sino –por el contrario– condiciones recíprocas. Mientras Schmitt sostiene que lo mejor es un mandato, Heller le recuerda que el poder consiste en mandatos que se obedecen, y que la obediencia depende de creer que el mandato está justificado.<sup>65</sup> Las decisiones de quien detenta el poder son al menos parcialmente obedecidas, y la obediencia

<sup>63</sup> Herman Heller, *Teoría del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 1974), 72 y 203. La edición original en alemán se publicó en 1934.

<sup>64</sup> Heller, *Teoría del Estado*, 208, 216, 239 y 257.

<sup>65</sup> Heller, *Teoría del Estado*, 212 y 240.

no solo está motivada por interés, hábito, y cosas semejantes, sino porque se cree que las normas son válidas, ejemplares, obligatorias.<sup>66</sup>

Recuerda Heller que el intento normativista de Kelsen fracasa en la medida en que requiere poner de relieve la importancia del momento de la observancia ordinaria del derecho, y piensa que Schmitt incurre en el error opuesto, al subestimar por completo la normatividad, a la par de exaltar la existencialidad, de modo que la Constitución no se concibe como norma sino como decisión. No existe Constitución política alguna –dice Heller– que no sea a la vez un ser formado por normas, esto es, una forma de actividad normada. Él piensa que Kelsen hace consistir a la Constitución exclusivamente en un deber ser, mientras que Schmitt pretende eliminar de la Constitución toda traza de normatividad. Y concluye que la teoría del Estado solo puede evitar estas unilateralidades si descubre la conexión real a partir de la cual pueda explicarse la Constitución en cuanto ser y la Constitución jurídica normativa.<sup>67</sup> Porque para Heller ni el logicismo de Kelsen ni el decisionismo de Schmitt dan cuenta de la función que desempeña la Constitución real. En especial, objeta lo que entiende como la radical incompreensión de Schmitt del elemento normativo de la Constitución: en la base de toda normatividad existe una decisión, pero en cuanto esa decisión pretende validez tiene que ser objetivada como norma. En tanto decisión meramente fáctica, y no normativa, no puede concebirse generalmente a la Constitución como válida. La existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan en oposición sino que se condicionan recíprocamente.<sup>68</sup>

Como acabo de decir, la teoría de Heller puede considerarse como una posición intermedia entre la de Schmitt y la de Kelsen: ni el derecho consiste exclusivamente en normas, ni puede prescindir de la normatividad; la pintura de Schmitt es, para Heller, tan incompleta como la pintura de Kelsen. No voy a utilizar a Heller en el análisis que sigue, pero no por considerar que carezca de valor: sencillamente, las teorías de Schmitt y Kelsen son más útiles para clasificar las decisiones de la Corte que ahora voy a considerar. Se trata de dos decisiones de la Corte Suprema estadounidense y tres decisiones de la Corte Suprema argentina: en todos los casos, lo que está detrás de mi análisis para evaluarlas es –como ya dije– el Principio de Kahn. Pero tal vez se advierta una influencia de Heller (y

---

<sup>66</sup> Heller, *Teoría del Estado*, 296-297.

<sup>67</sup> Heller, *Teoría del Estado*, 271 y 278-279.

<sup>68</sup> Heller, *Teoría del Estado*, 284, 296 y 298.

de Kelsen, obviamente) en los dos Corolarios que voy a sugerir para complementar el Principio.

### **III. Las decisiones judiciales**

#### **A. La exclusión y confinamiento de japoneses durante la Segunda Guerra Mundial**

El 7 de diciembre de 1941 se produjo el ataque japonés a Pearl Harbor y –consecuentemente– a partir de allí existió el estado de guerra entre Japón y los Estados Unidos. El 19 de febrero de 1942 el presidente Roosevelt dictó la Orden Ejecutiva (decreto) 9066, que establecía la existencia de una zona de exclusión en la costa del Pacífico, zona que comprendía a ciudadanos estadounidenses de ascendencia japonesa. Como resultado de la existencia de esta zona, 110.000 personas, muchas de ellas con ciudadanía estadounidense, terminaron en campos de confinamiento.

Desde el punto de vista kelseniano, la situación era marcadamente ilegal: la orden ejecutiva chocaba con la clara disposición constitucional establecida en la quinta enmienda, que prohibía la privación de la libertad sin debido proceso legal. Ante la existencia de un conflicto de normas de diferentes grados, la norma superior –la Constitución– desplazaba al decreto, que era la norma inferior. Tan clara era la situación legal que el propio gobierno estadounidense se disculpó ante los afectados y sus descendientes en 1988, dándole la razón a Kelsen desde el punto de vista doctrinario.

Pero que Kelsen tuviera razón desde la perspectiva de 1988 no significa que la tuviera durante la guerra: cuando la Corte consideró la cuestión en 1944 adoptó –por mayoría– la posición de Carl Schmitt. Así, la Corte identificó dos situaciones distintas: a) la permisibilidad de una zona de exclusión, y b) la permisibilidad de la detención.<sup>69</sup> La mayoría del Tribunal aceptó la posibilidad de excluir, sobre la base de que el área establecida estaba amenazada por el espionaje y el sabotaje. La Corte entendió que ella no podía rechazar la opinión de las autoridades militares y del Congreso en el sentido de que había “miembros desleales de esa población, cuyo número y poder no podía investigarse precisa y rápidamente” [traducción propia]<sup>70</sup>. La Corte utilizó un lenguaje con resonancias de Schmitt: “las penurias son parte de la guerra, y la guerra es un agregado de penurias”

<sup>69</sup> “*Korematsu v. United States*”, 323 U.S. 214 (1944).

<sup>70</sup> “*Korematsu v. United States*”, 218.

[traducción propia]<sup>71</sup>, y agregó que “cuando bajo las condiciones de la guerra moderna nuestras costas son amenazadas por fuerzas hostiles, el poder de proteger debe estar conmensurado a la amenaza del peligro” [traducción propia]<sup>72</sup>. La disidencia del juez Roberts no es de especial interés para mi propósito, pues él se limita a sostener que no pueden separarse los puntos a) y b) que describí más arriba, esto es, la exclusión y el confinamiento. Fue el juez Murphy quien, también al disentir, manifestó una postura kelseniana: “Es esencial que existan límites definidos para la discrecionalidad militar, especialmente cuando no se ha declarado la ley marcial. Los individuos no deben quedar empobrecidos en sus derechos constitucionales sobre la base de una necesidad militar que no tiene sustancia ni sustento” [traducción propia]<sup>73</sup>.

Pero Murphy pensaba que estaba enfrentándose a una situación de normalidad, y por eso mismo quiso encasillarla en un marco normativo. Sin embargo, la guerra es una situación excepcional, una situación schmittiana, y así lo advirtió la mayoría de la Corte. Con la costa oeste del país potencialmente amenazada por una invasión, favorecida por un posible espionaje interno, el presidente Roosevelt entendió que no podía sujetarse estrictamente a los requerimientos legales sino que debía dictar una decisión soberana, decisión que se encontraba fuera del derecho. La Corte –a su vez– se representó mentalmente el Principio de Kahn y advirtió que una decisión diferente iba a producir un conflicto con el gobierno y con la ciudadanía, decisión que no podía ser defendida exitosamente. En este tipo de casos, la Corte está obligada a efectuar un cálculo de consecuencias, como lo estamos nosotros moralmente antes de realizar la mayoría de nuestras acciones. Como nosotros, la Corte no puede efectuar un estudio de campo de las consecuencias –ordenando una encuesta, por ejemplo– porque carece de los recursos y del poder para ello. Como nosotros, la Corte utiliza el talento y las intuiciones de sus miembros. Roosevelt actuó como el soberano y la Corte lo aceptó en ese papel.

## **B. La incautación de las acerías durante la guerra de Corea**

La guerra de Corea, que involucró seriamente a los Estados Unidos, comenzó en el mes de junio de 1950 y duró hasta el mes de julio de 1953. El 8 de abril de 1952, ante la amenaza de una huelga, el presidente Truman le ordenó al Secretario de Comercio tomar

<sup>71</sup> “Korematsu v. United States”, 219.

<sup>72</sup> “Korematsu v. United States”, 220.

<sup>73</sup> “Korematsu v. United States”, 234.



el control de las acerías estadounidenses, a efectos de mantener la producción de municiones. Aunque en ese momento se estaba librando una batalla importante, desde el punto de vista del intercambio territorial la guerra se encontraba en un punto muerto desde el mes de julio de 1951, y continuó de ese modo hasta su final.

Los dueños de las acerías llevaron la cuestión hasta la Corte Suprema, la que decidió el caso el 2 de junio de 1952.<sup>74</sup> La mayoría del Tribunal adoptó una postura kelseniana y dijo que la orden ejecutiva no estaba autorizada por la Constitución, y que ninguna ley autorizaba al presidente a tomar posesión de una propiedad como lo había hecho. Tampoco poseía el presidente esa autoridad en virtud de lo dispuesto en el artículo II de la Constitución, ni podía poseerla en su carácter de comandante en jefe de las Fuerzas Armadas. Una minoría de la Corte, sin embargo, adoptó la posición de Schmitt y consideró al caso como una excepción: “Aquellos que sugieren que este es un caso que abarca poderes extraordinarios –dijo el juez Vinson– deberían tener presente que estos son tiempos extraordinarios” [traducción propia]<sup>75</sup>.

Pero había dos elementos claros en el caso, los que sugerían que la posición de Schmitt no se aplicaba a él: ni la guerra de Corea tenía la importancia y la dimensión de la Segunda Guerra Mundial, ni el presidente Truman tenía los rasgos que sí poseía el presidente Roosevelt para ser considerado en ese momento un arquetipo de soberano, de donde la Corte sabía que su decisión –como de hecho ocurrió– podía ser ejecutada. La Corte –nuevamente– efectuó un cálculo de consecuencias y decidió que podía resolver el caso sin apartarse del derecho, de donde Truman no había obrado como un soberano.

La Corte Suprema –entonces– volvió a representarse mentalmente el Principio de Kahn, y esta vez encontró que la situación excepcional que el gobierno invocaba no era tal. La guerra de Corea no era la Segunda Guerra Mundial, la amenaza de huelga no se comparaba con la amenaza de invasión, y Truman no era Roosevelt. De acuerdo al Principio de Kahn la Corte entendió que podía defender su decisión y hacerla ejecutar: en otras palabras, que podía respetar el ordenamiento legal y dictar una decisión kelseniana.

Esto me lleva a proponer un “Primer Corolario” al Principio de Kahn: “Cuanto más lejos esté la decisión del Tribunal de ser inevitablemente influida por razones de fuerza,

<sup>74</sup> “Youngstone Sheet & tube Co. v. Sawyer”, 343 U.S. 579 (1952).

<sup>75</sup> “Youngstone Sheet & tube Co. v. Sawyer”, 668.

mayor es el deber del Tribunal de ajustar esa decisión al ordenamiento jurídico en vigencia”. La Corte, como pudo verse, hizo aquí el cálculo correcto.

Cabe preguntarse aquí qué tipo de deber es el que estoy proponiendo para la Corte. En primer lugar, el Primer Corolario es de factura kelseniana y tiende a acotar el Principio de Kahn: la Corte debe controlar si se trata de un auténtico caso de excepción, que requiere la intervención del soberano. En segundo lugar, y puesto que se trata de un corolario kelseniano, el deber de la Corte no es aquí un deber moral sino un deber jurídico: los jueces han jurado respetar la Constitución y deben cuidar que ella sea respetada en la medida en que ello sea posible (pero los kelsenianos deben recordar –incluso desde el punto de vista moral– el principio de que deber implica poder)<sup>76</sup>.

### C. La revolución del 6 de septiembre de 1930

No es correcto sostener que el orden constitucional surgido en 1853 sufrió su primera interrupción el 6 de septiembre de 1930. Con motivo del resultado de la batalla de Pavón, el presidente Derqui anunció que se “separaba de hecho” del gobierno, y partió hacia el exterior, el día 5 de noviembre de 1861. El día 12 de diciembre de ese año, el vicepresidente Pedernera declaró “en receso” al Poder Ejecutivo, y la situación de acefalía se solucionó recién en el mes de abril del siguiente año mediante la designación de Mitre como “Encargado del Poder Ejecutivo Nacional”, todo esto de manera ajena –por supuesto– a los procedimientos constitucionales. Lo que diferenció a esta situación de aquella producida en 1930 es que en la época de Derqui no se había constituido aún la Corte Suprema. No obstante, cuando la Corte se constituyó, reconoció la autoridad del gobierno de Mitre posterior a Pavón.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Para que el principio no aparezca como una afirmación dogmática, proporciono aquí el argumento que lo sustenta: 1) Si el agente A es reprochable por x, entonces x es incorrecto; 2) Si x es incorrecto, entonces es obligatorio hacer no x; 3) Si es obligatorio hacer no x, entonces es posible hacer no x; 4) si el agente es reprochable por x, entonces es posible hacer no x. Véase Martín D. Farrell, “¿Deber implica poder?”, en *Entre el Derecho y la Moral* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), 226.

<sup>77</sup> CSJN, “Baldomero Martínez y Manuel Otero”, *Fallos* 2:127 (1865). En el caso, la Corte debía expedirse sobre la validez de un pago efectuado por mandato de autoridad competente. Para ello, entendió que: “El Gobernador de Buenos Aires y Gefe [sic] de su Ejército, fué [sic] *autoridad competente* para conocer y decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales, despues [sic] de la batalla de Pavon [sic], con el derecho de la Revolucion [sic] triunfante y asentida por los pueblos, y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponía [sic]” [resaltado en el original] (consid. 2°).

Producida la revolución del 6 de septiembre de 1930, el día 9 de ese mes la Corte Suprema recibe la comunicación oficial de la formación del gobierno de facto, y al día siguiente emite la Acordada<sup>78</sup> que me interesa examinar aquí.

La Corte habla en ella de “revolución triunfante”<sup>79</sup>, y menciona que el gobierno cuenta con “fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden”<sup>80</sup>. Sostiene también que el gobierno posee un título que “no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza”<sup>81</sup>. Finalmente, establece un límite para el nuevo gobierno, puesto que si los funcionarios “desconocieran las garantías individuales o de la propiedad u otras de las aseguradas por la Constitución, la Administración de Justicia encargada de hacer cumplir ésta las restablecería en las mismas condiciones”<sup>82</sup>. La Corte estaba aquí expresando su esperanza de que, si bien la “regla de sucesión” al cargo de presidente había resultado afectada, las “reglas de competencia” que regían los poderes del presidente no lo habían sido.<sup>83</sup>

Como puede verse, la acordada condensa toda la teoría de Schmitt: la revolución triunfó, existió una decisión soberana, adoptada fuera del derecho, y el Poder Judicial no pudo discutirla con éxito. Si el Poder Judicial reconoció que no podía defender una decisión que ordenara el restablecimiento del orden constitucional, si no podía hacer ejecutar la orden de restituir a Irigoyen en su cargo, si no podía aplicar a esta situación el orden jurídico vigente al 5 de septiembre, entonces el Principio de Kahn le dicta lo que corresponde hacer: la solución debe ser schmittiana y no kelseniana.<sup>84</sup>

Algunas personas pueden aceptar esta conclusión y –aún así– seguir cuestionando la actitud de la Corte; esas mismas personas pueden pensar que la actitud correcta consistía en la renuncia a sus cargos por parte de sus miembros. Pero la conclusión a la que arribé no contradice la actitud a la que me estoy refiriendo: yo arribo a una conclusión “legal”, mientras que las personas a las que me refiero arriban a una conclusión “moral”. La Corte no podía dictar otra acordada que la que dictó, puesto que nadie puede discutir que su

<sup>78</sup> CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento del Gobierno Provincial de la Nación”, *Fallos* 158:290 (1930).

<sup>79</sup> CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento...”, considerando 1º.

<sup>80</sup> CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento...”, considerando 2º.

<sup>81</sup> CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento...”, considerando 5º.

<sup>82</sup> CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento...”, considerando 6º.

<sup>83</sup> Véase John M. Finnis, “Revolutions and Continuity of Law”, en *Oxford Essays on Jurisprudence: Second Series*, ed. Alfred W. B. Simpson (Oxford: Clarendon Press, 1978), 22.

<sup>84</sup> El propio Kelsen, por otra parte, hubiera aceptado que se habría producido un cambio de norma básica.

cálculo de consecuencias fue el correcto; tal vez, sin embargo, debería haber renunciado y dejar la solución del tema en manos de una nueva Corte. Pero esa Corte, sin embargo, en el mejor de los casos hubiera dictado, por supuesto, una acordada idéntica, y en el peor, una acordada que ni siquiera se preocupara por los derechos y garantías individuales. Por eso, al defender al ministro Sagarna en el juicio político de 1947, Alfredo Palacios dijo, en el mejor estilo de Schmitt: “Era una situación grave. Podríamos haber llegado al aniquilamiento de las instituciones por una dictadura militar sin control de ningún género [...]. Si el Ejecutivo de facto hubiera sido desconocido; si la Corte hubiese pretendido exigir el cumplimiento de la ley de acefalía, habría sido arrasada por un decreto; los derechos y garantías hubieran quedado sin sostén ni amparo”<sup>85</sup>.

La resolución de la Corte no resulta extravagante ni peculiar. Desde luego que no es posible encontrar a esa altura del siglo veinte muchas revoluciones o golpes de Estado en América del Norte o en Europa Occidental, pero existen varios ejemplos de tribunales que han considerado que la circunstancia de que la Constitución haya sufrido un daño irreparable libera a los autores del daño de las restricciones constitucionales, y permite el reconocimiento judicial de su legitimidad. Se trata de la Corte Suprema de Paquistán en 1959, del Tribunal Superior de Uganda en 1966 y de la Cámara de Apelaciones de la entonces Rodesia en 1968.<sup>86</sup> Puede o no gustarnos la compañía, pero es la que encuentran los países que quebrantan su orden constitucional, lo que no es –ciertamente– culpa de la Corte Suprema. Al contrario: la actuación de la Corte Suprema en 1930 puso límites al poder militar, y los militares no lo olvidaron. Por eso, al producirse la revolución de 1966, los militares desplazaron a la Corte y la reemplazaron por un tribunal designado por ellos, para evitar cualquier acotamiento a su autoridad. La misma actitud, desde luego, adoptó la revolución de 1976.

#### **D. El juramento de Guido como presidente**

El día 29 de marzo de 1962 el presidente Frondizi fue destituido, arrestado, y conducido a la isla Martín García. Al día siguiente, José María Guido, que se desempeñaba como presidente provisional del Senado, solicitó a la Corte Suprema que le tomara juramento como Presidente de la Nación, lo que el Tribunal procedió a hacer. Guido había

---

<sup>85</sup> Alfredo Palacios, *La Corte Suprema ante el tribunal del Senado* (Buenos Aires: Editorial Jus, 1947), 45-46.

<sup>86</sup> Véase J. M. Eeklar, “Principles of Revolutionary Legality”, en *Oxford Essays...*, ed. Simpson, 48.

invocado el artículo 75 de la Constitución Nacional, y el artículo 1 de la Ley 252 (Ley de Acefalía) que decía que “en caso de acefalía de la República, por falta de presidente y vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será desempeñado, en primer lugar, por el presidente provisorio del Senado”. Alejandro Gómez quien había sido elegido vicepresidente junto con Frondizi, había renunciado a su cargo mucho tiempo antes.

Luego de prestar juramento, Guido solicitó a la Corte que homologara su designación como presidente. El Tribunal<sup>87</sup> lo hizo el día 31 de marzo, pero en una votación dividida. La mayoría sostuvo que “el Doctor José María Guido asumió válidamente el Poder Ejecutivo Nacional, con carácter definitivo, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la ley 252”<sup>88</sup>. Pero el ministro Boffi Boggero sostuvo que “los actos en que la Corte o su Presidente toman juramento, no importa decisión sobre la validez de la investidura ostentada por quien lo presta”<sup>89</sup>, sin perjuicio de reconocer –no obstante– que el juramento respondía a una interpretación que permitía que él fuera prestado.

Aunque solo tiene una importancia marginal, creo que las dos partes cometieron errores en el episodio de la homologación. Guido debió haberse conformado con la ceremonia de juramento, pues su homologación no es –ciertamente– una función prevista para la Corte Suprema. Aunque esto es verdad, el ministro Boffi Boggero también se equivocó cuando sostuvo que aceptar el juramento no implicaba decisión sobre la investidura de Guido. ¿Por qué habría de haber aceptado su juramento la Corte si no lo consideraba titular legítimo de la presidencia? Es justamente porque así lo consideraba que la homologación resultaba innecesaria.

Volviendo al tema central, es muy claro que la Ley 252 no pensaba en la acefalía en los términos de un presidente detenido en la isla Martín García, de donde la Corte revistió de kelsenianismo una decisión típicamente schmittiana. Había algo que la Corte no podía hacer: ordenar la reposición del presidente Frondizi en su cargo. Disponía –en cambio– de dos alternativas: a) permitir que un militar prestara juramento como presidente *de facto* en la Casa de Gobierno; o b) tomar juramento en el Palacio de los Tribunales al presidente provisional del Senado. La Corte optó por la segunda alternativa, pensando –me imagino– que acotaba de esta forma los alcances del golpe militar: Guido presidente era una solución más kelseniana que un militar presidente. No es culpa de la Corte que la conjetura resultara

<sup>87</sup> CSJN, “Doctor José María Guido. Su juramento y homologación del Acta de Asunción del Mando como Presidente de la Nación”, *Fallos* 252:8 (1962).

<sup>88</sup> CSJN, Acordada “Doctor José María Guido”, 8.

<sup>89</sup> CSJN, Acordada “Doctor José María Guido”, 9.

errónea y que el presidente Guido disolviera más tarde el Congreso Nacional, que es exactamente lo que hubiera hecho un gobierno militar.

Esto me lleva a proponer un “Segundo Corolario” al Principio de Kahn: “Cuando el Tribunal no puede adoptar la decisión estrictamente jurídica, debe adoptar la decisión que más se aproxime a ella”. La Corte hizo aquí un cálculo correcto: Guido presidente era la alternativa más próxima a la solución kelseniana que estaba a su alcance.

Debo precisar también las características de este Segundo Corolario. En primer lugar, se trata –nuevamente– de un corolario kelseniano, de donde el deber de la Corte es –otra vez– un deber jurídico y no un deber moral. En segundo lugar, el Corolario no asume que el orden jurídico –la maximización de cuyo cumplimiento se propone lograr– es un orden jurídico moralmente elogiado: si lo hiciera, no sería un corolario kelseniano, puesto que, como hemos visto, Kelsen defiende la tesis de la separabilidad y rechaza la intromisión de la moral en el derecho.

### **E. La nulidad de la ley de obediencia debida**

En palabras de la propia Corte Suprema, la Ley de Obediencia Debida 23.521 establecía para la eximición de la pena una condición objetiva de no punibilidad respecto de quienes habían revistado en los grados que indicaba el primer párrafo de dicha norma, basada en una presunción *iuris et de iure* de que obraron en virtud de obediencia debida.<sup>90</sup> Los planteos de inconstitucionalidad respecto de dicha ley fueron rechazados por la Corte en el caso “Camps”<sup>91</sup>, decidido el 22 de junio de 1987.

Entre otras cosas, el Tribunal (por mayoría) señaló entonces que para el funcionamiento de la estructura militar resultaba indispensable el mantenimiento de la disciplina, y por tanto la estricta obediencia por parte del subordinado a las órdenes impartidas con motivo de la ejecución de un acto de servicio. La Corte entendió que el Congreso podía válidamente establecer que determinados hechos no serían punibles, puesto que es resorte del Poder Legislativo la potestad de declarar la criminalidad de los actos, crear sanciones y borrar sus efectos.

Es una tarea perfectamente válida el preguntarse si la sanción de esa ley obedeció a una ideología schmittiana o kelseniana, pero no es lo que me propongo hacer aquí, pues

<sup>90</sup> CSJN, “Suárez Mason, Carlos G. y otros”, *Fallos* 311:1042 (1988).

<sup>91</sup> CSJN, “Camps, Ramón Juan Alberto”, *Fallos* 310:1162 (1987).

me concentraré –en cambio– en los problemas que planteó la nulidad de dicha ley por parte del Congreso. La Corte enfrentó allí tres obstáculos constitucionales muy serios: a) la aplicación retroactiva de la ley penal; b) la existencia de cosa juzgada; y c) la prescripción de la acción penal. Veamos cómo se resolvió el tema.

La Corte<sup>92</sup> recordó que el derecho argentino había sufrido modificaciones fundamentales desde que se había resuelto el caso anterior, al asumir el Estado una serie de deberes frente al orden jurídico interamericano. Aunque se mantenga la potestad de dictar amnistías, entonces, si ellas se vinculan con violaciones a derechos humanos resultan constitucionalmente intolerables. La Corte también señaló que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había recomendado la adopción de medidas para individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos, e interpretó “individualizar” como “castigar”, a tenor de la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso peruano de “Barrios Altos”<sup>93</sup>. Entendió, entonces, que los beneficiarios de la ley no podían invocar la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave, ni la cosa juzgada: “la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de ‘irretroactividad’ de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”<sup>94</sup>.

El ministro Fayt, sin embargo, votó en disidencia. Comenzó expresando su asombro de que el Congreso anulara una ley que ya había sido derogada cinco años antes, y citó a Kelsen para observar que –en ese caso– la nulidad no tenía objeto: la ley derogada no se encuentra en los órdenes jurídicos subsecuentes a su derogación. Y si el Congreso pretendía una suerte de derogación retroactiva, Fayt sostuvo que se estaría atribuyendo una potestad que no tiene ningún poder constituido en la República.

Observó Fayt que la norma internacional utilizada por la Corte no respondía a la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar, ni al requisito de que la ley sea previa al hecho de la causa, que son recaudos que nuestra Constitución exige. En cuanto a la imprescriptibilidad prevista en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Fayt entendió que ella resultaba contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal que establece el principio de legalidad.

<sup>92</sup> CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, *Fallos* 328:2056 (2005).

<sup>93</sup> Corte I.D.H., “Barrios Altos vs. Perú”, 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75.

<sup>94</sup> CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, consid. 31.

También hizo notar que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, sobre los que reposa la organización política de la República: toda cláusula contenida en un tratado que viole las prescripciones del artículo 27 de la Constitución es nula. Finalmente, Fayt recordó que la Ley de Obediencia Debida no podía asimilarse a la situación descripta en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El voto mayoritario representa la posición schmittiana, y el voto en disidencia representa la posición kelseniana. Mirado desde el punto de vista decisorio, podía preverse que la primera posición iba a prevalecer, aunque el observador simpatizara más con el fundamento jurídico de la segunda.

Pero hay algo en este caso que lo diferencia de las dos situaciones anteriores. En 1930 y en 1962 las soluciones elegidas semejaban ser inevitables. ¿Ocurría lo mismo en el 2005? ¿No tenía acaso la Corte la oportunidad real de declarar inconstitucional la nulidad decretada por el Congreso? De haberlo hecho, ¿acaso se hubiera producido una incontenible presión gubernamental, o un alzamiento popular? ¿Hubiera dejado su decisión de ser ejecutada? El actual presidente de la Corte Suprema –el ministro Lorenzetti– suele recordar con frecuencia en sus intervenciones públicas que existe un consenso entre los tres poderes, una política de estado, respecto de los delitos de lesa humanidad. Tiene razón, por supuesto. Pero este consenso sólo aparece después de la decisión de la Corte, de modo que él no puede invocarse para justificar la decisión misma. Antes de la decisión, solo existía un consenso claro entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo: ¿se trataba en este caso de un consenso irresistible?

Claro está que todas estas preguntas solo tienen sentido si se asume que la decisión de la mayoría del Tribunal fue una decisión schmittiana, como yo lo asumo. Los que entienden que la posición mayoritaria constituye la mejor interpretación jurídica disponible no tienen ningún interés en responder esas preguntas. Pero incluso aunque se acepte esta versión, sigue siendo cierto que el caso no presentaba ninguna aureola de inevitabilidad respecto de su solución, de donde Schmitt no podría servir de justificación en caso de que los argumentos jurídicos de la mayoría fueran inconvincentes.



#### IV. Conclusión

Schmitt y Kelsen formularon dos grandes teorías, una contradiciendo a la otra. Kelsen se preocupaba por situaciones normales, por aquellas que constituyen la regla, y que su normativismo resuelve de manera impecable. Schmitt se preocupaba por situaciones anormales, por aquellas que constituyen la excepción, y que su decisionismo resuelve de manera correcta. Muchas veces es difícil saber si nos encontramos frente a la regla o frente a la excepción, y he ofrecido ayuda en la forma de un principio y dos corolarios:

El Principio de Kahn dice: “La decisión judicial es sólo tan fuerte como la promesa de defender la decisión si surge algún conflicto acerca de ella”. El Primer Corolario dice: “Cuanto más lejos esté la decisión del Tribunal de ser inevitablemente influida por razones de fuerza, mayor es el deber del Tribunal de ajustar esa decisión al ordenamiento jurídico en vigencia”. El Segundo Corolario dice: “Cuando el Tribunal no puede adoptar la decisión estrictamente jurídica, debe adoptar la decisión que más se aproxime a ella.”

El Principio y los Corolarios no constituyen una teoría completa de la decisión judicial, pero sugiero que sobre la base de ellos se evalúen las decisiones controvertidas de cualquier Corte Suprema o tribunal equivalente, de donde ellos constituyen una teoría parcial de la decisión judicial –teoría que es en parte schmittiana y en parte kelseniana–. Tanto el Principio como los Corolarios ponen de manifiesto un elemento que no puede faltar en ninguna teoría de la decisión judicial: el correcto cálculo de las consecuencias de la decisión.

No estoy sosteniendo que esta sea la mejor teoría posible de la decisión judicial: solo estoy diciendo que es la mejor teoría posible dentro de los límites de la teoría general del derecho de la República de Weimar. Ella combina elementos normativos (en los Corolarios) y elementos fácticos (en el Principio), pero –en ambos casos– el papel de la teoría es descriptivo: describe la existencia de deberes jurídicos por parte de los jueces, y describe también la actividad extrajurídica del soberano. Lo que no hace es evaluar –por lo que hay preguntas que no se plantea, como por ejemplo, si es bueno que se lleve a cabo una revolución, o si es justo el orden jurídico al que los jueces juraron respetar–. Y el motivo por el cual la teoría se abstiene de evaluar es muy sencillo: ella constituye un ejemplo de teoría general del derecho, y las nociones de lo bueno y de lo justo forman parte de otra tarea, de la tarea de la filosofía del derecho. Por eso no tiene sentido preguntarse,

por caso, si los Corolarios constituyen un aporte para consolidar una situación justa o son un obstáculo para ello; se trata de una pregunta legítima, pero cuya respuesta se encuentra en otra parte.

He dicho que la teoría es descriptiva y también he dicho que ella combina elementos schmittianos y kelsenianos. ¿Son también descriptivas las teorías de Schmitt y de Kelsen? Respecto de la teoría de Kelsen sin duda puede responderse por la afirmativa, pero no creo lo mismo de la teoría de Schmitt. Él no se limita a describir la necesidad de un soberano, sino que elogia la presencia del soberano, y su teoría aparece como evaluativa.

Pero –más allá de todo esto– no quiero dar la impresión de que las únicas decisiones que permiten percibir el fenómeno de la decisión soberana se encuadran solo en el ámbito político o revolucionario, porque la economía es un ejemplo igualmente bueno, y termino –así– mencionando algunos casos de ese tipo. El gobierno de Menem adoptó una decisión que Schmitt hubiera considerado soberana al implementar el plan Bonex. En diciembre de 1989 la economía argentina se encontraba en una situación muy difícil, con una fuerte amenaza hiperinflacionaria. Aprovechando la gran cantidad de dinero depositada en los bancos a corto plazo, pues los ahorristas habían sido atraídos a ello por tasas muy altas de interés, el gobierno se apropió de los depósitos bancarios mediante un decreto presidencial, anunciando que iba a devolver a los ahorristas bonos en lugar de dinero. Meses más tarde la Corte Suprema convalidó ese proceder en el caso “Peralta”<sup>95</sup>, decidido el 27 de diciembre de 1990.

El gobierno de Duhalde –por su parte– intentó adoptar una decisión soberana al implementar la pesificación asimétrica. En el mes de enero de 2002 nuevamente la economía argentina se encontraba en una posición muy difícil, en esta ocasión con una fuerte amenaza de quiebra del sistema financiero. El peso argentino estaba equiparado al dólar estadounidense, y el gobierno aplicó una fuerte devaluación, y pretendió devolver los depósitos en dólares a un tipo de cambio mucho menor al real. La Corte Suprema desbarató este intento en el caso “Smith”<sup>96</sup>, resuelto el 1 de febrero de 2002. Menem, al parecer, poseía más aptitudes de soberano que Duhalde. La saga posterior a “Smith” no resulta teóricamente ilustrativa. Una nueva Corte intentó resucitar el acto de soberanía en el caso “Bustos”<sup>97</sup>, decidido el 26 de octubre de 2004, deshaciendo la decisión de “Smith”,

<sup>95</sup> CSJN, “Peralta, Luis A. c. Estado Nacional”, *Fallos* 313:1513 (1990).

<sup>96</sup> CSJN, “Smith, Carlos A. c. P.E.N”, *Fallos* 325:28 (2002).

<sup>97</sup> CSJN, “Bustos, Alberto R. c. Estado Nacional”, *Fallos* 327:4495 (2004).

al que calificó de “funesto precedente”, pero encontró una resistencia inesperada, especialmente de parte de los tribunales inferiores. Esto condujo a la necesidad pragmática de resolver el tema mediante una ecuación que considerara la equivalencia peso-dólar y la complementara con la tasa de interés que resultaba necesaria para convertir a la cuestión en abstracta, decisión adoptada, por último, en el caso “Massa”<sup>98</sup>, resuelto el 27 de diciembre de 2006.

Schmitt se hubiera regocijado con la historia; la reacción de Kelsen es más difícil de predecir.

## V. Bibliografía

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt’s Constitutional Theory”. En *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, editor David Dyzenhaus. Durham: Duke University Press, 1998.

Cristi, Renato. “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power”. En *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, editado por David Dyzenhaus. Durham: Duke University Press, 1998.

Dyzenhaus, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Eeklar, J.M. “Principles of Revolutionary Legality”. En *Oxford Essays on Jurisprudence: Second Series*, editado por Alfred W. B. Simpson. Oxford: Clarendon Press, 1978.

Farrell, Martín D. “¿Deber implica poder?”. En *Entre el Derecho y la Moral*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.

Finnis, John M. “Revolutions and Continuity of Law”. En *Oxford Essays on Jurisprudence: Second Series*, editado por Alfred W. B. Simpson. Oxford: Clarendon Press, 1978.

Heller, Herman. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

Kahn, Paul W. *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*. Nueva York: Columbia University Press, 2011.

---

<sup>98</sup> CSJN, “Massa, Juan A. c. P.E.N”, *Fallos* 329:5913 (2006).

Kelsen, Hans. "Legal Formalism and the Pure Theory of Law". En Weimar: A Jurisprudence of Crisis, editado por Arthur J. Jacobson y Bernard Schlink. Berkeley: University of California Press, 2000.

Kelsen, Hans. "On the Borders Between Legal and Sociological Method". En Weimar: A Jurisprudence of Crisis, editado por Arthur J. Jacobson y Bernard Schlink. Berkeley: University of California Press, 2000.

Palacios, Alfredo. La Corte Suprema ante el tribunal del Senado. Buenos Aires: Editorial Jus, 1947.

Paulson, Stanley L. "Introduction". En Hans Kelsen, Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law. Oxford: Clarendon Press, 1996.

Schmitt, Carl. "Statute and Judgment". En Weimar: A Jurisprudence of Crisis, editado por Arthur J. Jacobson y Bernard Schlink. Berkeley: University of California Press, 2000.

Schmitt, Carl. Constitutional Theory. Durham: Duke University Press, 2008.

Schmitt, Carl. Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

Schmitt, Carl. The Concept of the Political. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

Schwab, George. The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936. Nueva York: Greenwood Press, 1989.

Schmitt, Carl y Hans Kelsen, La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos, 2009.

Strong, Tracey B. "Foreword". En Carl Schmitt, The Concept of the Political. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

#### JURISPRUDENCIA

CSJN, "Baldomero Martínez y Manuel Otero", Fallos 2:127 (1865).

CSJN, "Acordada sobre el reconocimiento del Gobierno Provincial de la Nación", Fallos 158:290 (1930).

CSJN, "Doctor José María Guido. Su juramento y homologación del Acta de Asunción del Mando como Presidente de la Nación", Fallos 252:8 (1962).

- CSJN, “Camps, Ramón Juan Alberto”, Fallos 310:1162 (1987).
- CSJN, “Suárez Mason, Carlos G. y otros”, Fallos 311:1042 (1988).
- CSJN, “Peralta, Luis A. c. Estado Nacional”, Fallos 313:1513 (1990).
- CSJN, “Smith, Carlos A. c. P.E.N”, Fallos 325:28 (2002).
- CSJN, “Bustos, Alberto R. c. Estado Nacional”, Fallos 327:4495 (2004).
- CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, Fallos 328:2056 (2005).
- CSJN, “Massa, Juan A. c. P.E.N”, Fallos 329:5913 (2006).
- “Korematsu v. United States”, 323 U.S. 214 (1944).
- “Youngstone Sheet & tube Co. v. Sawyer”, 343 U.S. 579 (1952).
- Corte I.D.H., “Barrios Altos vs. Perú”, 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75.



## REGLAS DEL JUEGO Y DESARROLLO

*Carolina Fernández Blanco\**

### **Resumen**

Desde hace algo más de dos décadas, los economistas y otros científicos sociales consideran que las reglas del juego presentes en una sociedad son significativas para promover el desarrollo económico y humano de las naciones. Las normas jurídicas integran esas reglas del juego que están bajo debate permanente como posible motor del desarrollo. Inexplicablemente, los juristas –sobre todo en América Latina–, nos hemos mantenido al margen de estas discusiones, desaprovechando un espacio relevante para contribuir desde nuestra perspectiva a las posibles soluciones a ciertos problemas de desarrollo.

Este trabajo pretende ser un llamado de atención sobre las posibles contribuciones al desarrollo que pueden realizarse desde el derecho. Para ello, en la primer parte del trabajo, se reconstruyen algunas de las discusiones vigentes de los economistas acerca del papel que cumplen las reglas del juego en el desarrollo. En la segunda parte, se revisan algunos casos que reflejan los debates reseñados en la primer parte. Estos casos han sido escogidos por un motivo adicional: en ellos las normas jurídicas se interrelacionan de manera evidente con el desarrollo. El primer caso que se explorara es el de la relación de las normas de derecho civil y comercial con la proliferación de la economía informal; en segundo término se observa cómo un buen diseño normativo ha generado un enorme avance en la eliminación de normas informales que obstaculizaban el buen funcionamiento de los planes sociales destinados a reducir la pobreza; finalmente, a través de una serie de ejemplos cortos, se intenta poner en evidencia la relevancia de las instituciones formales no-ortodoxas para la generación de crecimiento económico.

---

\* Es abogada por la Universidad de Buenos Aires y máster en derecho por la Universidad de Columbia en Nueva York. Se ha desempeñado como docente de grado en la Universidad de Buenos Aires y como docente en diversas maestrías en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Salta. Durante más de diez años ejerció como abogada principalmente en cuestiones vinculadas a derecho penal y derechos humanos. Actualmente reside en Barcelona, España y se encuentra realizando estudios de doctorado en la Universidad de Girona.

## I. Introducción

Cada vez más las “reglas del juego” presentes en una sociedad influyen en las posibilidades de generar mayor desarrollo económico y humano<sup>1</sup> (estas reglas del juego son llamadas “instituciones” por los economistas y otros científicos sociales). Las reglas del juego relevantes para el desarrollo se integran –aunque no se agotan– con las normas legalmente emitidas por los órganos de los Estados. Es en el ámbito de este tipo de instituciones (conocidas como “instituciones formales”) en donde los abogados podemos realizar nuestro aporte más significativo.

La relación entre instituciones y desarrollo es discutida desde hace alrededor de veinte años por economistas, sociólogos y politólogos. Sorprendentemente los abogados – especialmente en el mundo no-anglosajón– nos hemos mantenido casi por completo al margen de esos debates. La ausencia de juristas en las discusiones genera que estas tengan en muchas oportunidades un punto ciego en el que los abogados podríamos realizar un aporte teórico interesante. Por otra parte, ya desde un aspecto más práctico, las leyes son generalmente diseñadas, redactadas y aplicadas por abogados; sin embargo, no son pensadas por estos en “clave de desarrollo”, por lo que muchas veces se pierde un posible aporte al desarrollo desde las instituciones formales.

Pero la importancia de comenzar a prestar seriamente atención al desarrollo desde el derecho no se agota en las razones generales expuestas brevemente en el párrafo anterior. Hay una serie de argumentos adicionales para sostener que cada vez más se hará necesario el involucramiento de los abogados en los problemas de desarrollo. Tal vez el más importante es que el concepto de desarrollo ha cambiado con el nuevo milenio y en este nuevo paradigma –en el cual el desarrollo es entendido como “desarrollo humano”–, el objetivo del desarrollo se vincula más con la “expansión de las capacidades humanas”<sup>2</sup> que con el mero crecimiento económico. En este contexto, no hay prácticamente área del derecho irrelevante para el desarrollo (hoy en día, por ejemplo, las leyes migratorias, el

---

<sup>1</sup> Utilizaremos el vocablo “desarrollo” para referirnos conjuntamente al desarrollo “económico” y “humano” y cuando sea necesario se mencionarán de manera diferenciada. Más adelante se darán precisiones sobre la diferencia entre ambos conceptos.

<sup>2</sup> La idea de considerar al desarrollo como un medio para la expansión de las capacidades humanas es originalmente de Amartya Sen y fue luego notablemente desarrollada por Martha Nussbaum y otros pensadores –véanse entre muchos otros trabajos: Amartya Sen, *Development as Freedom* (New York: Knopf, 2000); y Martha Nussbaum, *Creating Capabilities: the Human Development Approach* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2011).

derecho civil o comercial, el modo en que se conciba el derecho a la educación y hasta el derecho notarial tienen su propia relevancia como medios y fines del desarrollo).

El derecho, aun cuando de una manera parcial y sectorizada, también ha puesto su mirada en el desarrollo y comienza a “entrometerse” en asuntos que antes eran vistos estrictamente como problemas de desarrollo. En este sentido, hay que reconocer que ciertas áreas del derecho aparecen para muchos como más naturalmente ligadas a problemas de desarrollo (como el derecho ambiental); pero otros campos recientemente han comenzado un tímido acercamiento a estos problemas (por ejemplo, los derechos humanos y su reciente y creciente preocupación por la pobreza, el acceso al agua o el derecho a la alimentación). Sin embargo, otros campos jurídicos de importantísimo impacto en el desarrollo permanecen algo ausentes en los debates. Los ausentes más importantes son, entre otros, nada menos que el derecho comercial, el derecho civil y el derecho penal.

Con el nuevo paradigma de desarrollo como “desarrollo humano”, los problemas de desarrollo recorren al derecho de manera transversal, y el aporte que se requiere de los juristas a tales problemas es más sistemático e integral que el que intuitivamente puede poseer un abogado con conocimientos medios de la realidad de su país o del mundo.

Por otra parte, hay que destacar otra situación contextual que profundiza la necesidad de entender cómo el derecho puede ser motor u obstáculo del desarrollo. Las principales instituciones financieras internacionales y los organismos más importantes que piensan el desarrollo, han aceptado finalmente –y no sin un alto costo pagado por los países emergentes–, que los problemas deben tener soluciones acordes a las idiosincrasias y necesidades de cada economía. El espacio que se ha abierto en ese sentido es sumamente interesante y sería lamentable desaprovechar el potencial con el que los abogados podemos contribuir con ideas sobre los problemas de desarrollo locales.

La idea principal de este artículo es llamar la atención de los lectores sobre la importancia de comenzar a pensar seriamente en términos de derecho, instituciones y desarrollo. Para eso propondremos el siguiente recorrido. En primer lugar, se presentarán algunos conceptos básicos como los de desarrollo e instituciones y se revisarán los debates más importantes sobre instituciones y desarrollo producidos en los últimos 20 años; en segundo término, se propondrán tres casos de cuestiones vinculadas al desarrollo y su relación con el derecho, las que además reflejarán parcialmente los debates sobre



instituciones. Las discusiones y los casos elegidos tienen especial relevancia para América Latina y en particular para Argentina.

## II. Desarrollo e instituciones, veinte años de debate

Ninguna teoría sobre desarrollo ha subsistido por más de diez o quince años por lo cual la definición de desarrollo y los modos de llegar a él son indudablemente dinámicos. Una primera aproximación al concepto actual de desarrollo podría postularse del siguiente modo: el crecimiento económico es condición necesaria para el desarrollo pero no es suficiente. El desarrollo es más que el mero crecimiento económico de un país, aunque al mismo tiempo, no es posible pretender desarrollo si la economía en cuestión está estancada por largos períodos o decrece persistentemente. Se trata de una primera aproximación al concepto de desarrollo que es difícilmente discutible pero definitivamente poco comprensiva. Por el momento esta definición será suficiente para continuar presentando el debate.

Como se adelantó, en los debates que intentamos recrear en estas páginas las instituciones son entendidas como las reglas del juego de una sociedad. Por lo tanto, no debe confundirse en estos debates a las instituciones con las organizaciones o entes. En este trabajo, siguiendo el uso del lenguaje más difundido en el ámbito del desarrollo, distinguiremos a las instituciones de las organizaciones y para ello la metáfora propuesta por Douglass North es de suma utilidad: las organizaciones podrían equipararse a los equipos y las instituciones serían las reglas del juego de un deporte.<sup>3</sup>

Sin embargo, las instituciones son mucho más que normas jurídicas clásicas o formales ya que el concepto también comprende a las normas que nacen de otras fuentes de carácter no general (el estatuto de un club, un convenio entre particulares, las normas de conducta de una institución educativa, etc.) y a las “instituciones o normas informales” (también llamadas “normas sociales”). Definiremos a las instituciones informales como normas sociales compartidas, usualmente no escritas, que son creadas, comunicadas y exigidas desde fuera de los canales oficialmente creados.<sup>4</sup> Es posible distinguir las instituciones formales de las informales por el hecho de que las primeras son aplicadas

---

<sup>3</sup> Douglass C. North, *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico* (México: Fondo de Cultura Económica, 1995), 15. El libro fue publicado originalmente en inglés en 1990.

<sup>4</sup> Gretchen Helmke y Steven Levitsky, “Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda”, *Perspectives on Politics*, 2, 4 (2004): 727.

por algún organismo<sup>5</sup> –sea el Estado, la comisión directiva del club, los árbitros elegidos por los particulares, o el comité de disciplina de una universidad–; mientras que las normas informales se hacen valer de una manera más dispersa, vía sanciones personales o sanciones a la reputación de quien las incumple.<sup>6</sup>

A diferencia de las normas formales, las normas sociales son siempre operativas en el sentido de que nunca son “letra muerta”. Esto es bastante obvio ya que si una norma social deja de ser utilizada y es reemplazada por otra o por una ley formal que la desplaza, simplemente desaparece. Es decir, las normas sociales son operativas (efectivas) o no existen: a diferencia de las instituciones formales, las primeras nunca quedan en el limbo de la existencia sin operatividad o efectividad.

Una cuestión interesante se ha planteado en los últimos tiempos respecto a la equiparación automática de todas las normas formales con el concepto de instituciones. Hay situaciones en las que las normas formales no tienen ningún tipo de operatividad, es decir, sin haber sido derogadas, no se aplican y son reemplazadas por otras normas formales o por instituciones sociales. En esos casos es dudoso que el derecho (las normas formales no efectivas) puedan ser equiparadas a las instituciones pues no llegan a ser parte de las reglas del juego y nadie actúa pensando en que los otros lo harán constreñidos por ellas. Por ello, si las normas formales no forman parte de las expectativas colectivas que moldean el comportamiento social resulta poco adecuado llamarlas “instituciones” (ningún acusado de cometer un delito federal espera ser juzgado por jurados populares tal como lo indica el art. 118 de la Constitución Nacional, así como tampoco ningún ciudadano realiza actividades tendientes a ser incluido o excluido de una potencial lista de jurados, pues la norma que manda terminar los juicios por jurados jamás ha sido aplicada en el ámbito federal). Por eso, hay una tendencia a abandonar la distinción entre normas formales e informales y enfocar los estudios hacia los “resultados observables” de unas y de otras.<sup>7</sup>

Las instituciones informales tienen una enorme importancia en los debates sobre desarrollo ya que interactúan con las normas jurídicas modificando su propósito original

---

<sup>5</sup> Bruce Carruthers, “Institutional Dynamics: When is Change ‘Real Change’?”, ponencia presentada en el Arthur M. Sackler Colloquium de la Academia Nacional de Ciencias de EE.UU, diciembre de 2010, 6. Citado con autorización del autor.

<sup>6</sup> Bruce Carruthers, “Institutional Dynamics”, 6.

<sup>7</sup> Katharina Pistor, et. al., “Social norms, rule of law, and gender reality: an essay on the limits of the dominant rule of law paradigm”, en *Global Perspectives on the Rule of Law*, ed. James J. Heckman, et. al. (London: Routledge, 2009), 272.

u ocupan su lugar cuando estas son inefectivas o no existen. Por su parte, las instituciones informales no son necesariamente disfuncionales, ya que hay muchas normas sociales que son facilitadoras antes que obstaculizadoras del desarrollo. En este sentido, hay importantes ejemplos de instituciones informales virtuosas: las rondas campesinas en Perú durante las décadas de los setenta y los ochenta<sup>8</sup> que lograron reducir los robos, el abigeato y los delitos contra las personas; la adopción del amamantamiento como modo primordial de alimentación de los recién nacidos en Argentina y la buena aceptación del amamantamiento en público; las redes de prestamistas informales que mantuvieron viva la industria y el comercio en Vietnam en tiempos en que no existían créditos oficiales y era muy complicado lograr la exigibilidad de los contratos por vía judicial<sup>9</sup>. A pesar de que las normas sociales virtuosas no son aquellas que han suscitado más atención en los debates institucionales, actualmente comienzan a adquirir mayor relevancia y son valoradas de manera positiva.<sup>10</sup>

Las normas informales que indudablemente han atraído la atención de las discusiones sobre desarrollo son aquellas que llamaremos “disfuncionales” y que son obstaculizadoras antes que promotoras del crecimiento económico y del desarrollo humano (como la corrupción en ciertos ámbitos, la desigualdad de género, la discriminación a las personas pertenecientes a pueblos originarios, la evasión y otras picardías tributarias, el desprecio por las leyes de tránsito). Actividades informales como las mencionadas anteriormente adquieren la categoría de normas o instituciones informales cuando están tan difundidas

---

<sup>8</sup> Las rondas campesinas nacieron en Cajamarca (Perú) como un modo de proteger a las comunidades rurales en zonas en donde el Estado no lo hacía. Tuvieron un amplio acogimiento en otras zonas rurales del norte de Perú y comenzaron a cumplir también otras funciones sociales. Las rondas campesinas no deben confundirse con los “Comités de Autodefensa” que fueron creados intentando copiar el modelo exitoso de las rondas pero con fines de lucha contra el terrorismo. En 1986 el Estado peruano reconoció legislativamente a las rondas de una manera insuficiente –véase el documento de la Defensoría del Pueblo de Perú, “Consulta Nacional: Hacia una Ley de Rondas”, Lima (2002), disponible en: [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/docs\\_ombudsman/Peru/31Rondas.pdf](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/docs_ombudsman/Peru/31Rondas.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013)–. Actualmente las rondas campesinas están reguladas por una nueva ley del año 2003 (Ley 27.908), además tienen reconocimiento constitucional en el art. 149 de la Constitución Política del Perú.

<sup>9</sup> Véase John McMillan y Christopher Woodruff, “Interfirm Relationships and Informal Credit in Vietnam”, *Quarterly Journal of Economics* 114, 4 (1999): 1285.

<sup>10</sup> Véase entre otros, Bruce Carruthers, “Institutional Dynamics”; Daniel Berkowitz, et. al., “Economic Development, Legality, and the Transplant Effect”, *European Economic Review* 47 (2003): 165; Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, “Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World” (Chicago: University of Chicago Press, 2008).

que son la expectativa de comportamiento esperada de los otros y por los otros<sup>11</sup> y su violación genera algún tipo de sanción externa,<sup>12</sup> que es también por lo general informal.

Identificar las normas informales que interactúan con las normas formales o que potencialmente interactuarán con ellas es crucial para el éxito de cualquier política de desarrollo. De hecho, es posible atribuir –aunque sea parcialmente– el fracaso de los programas de desarrollo llevados adelante en América Latina durante las décadas de 1980 y 1990 (que integraron la etapa del llamado “Consenso de Washington”<sup>13</sup>) a su desatención a las normas informales con las que interactuarían los ambiciosos proyectos de reformas del Estado y de la administración de justicia, las modificaciones legislativas y los programas de fortalecimiento del estado de derecho. Esos programas se desarrollaron e implementaron en un solo talle (*one size fits all*) y emulando instituciones exitosas en ciertos países del mundo considerados desarrollados, sin atender a las normas informales ni realizar un diagnóstico diferenciado para cada economía.

En las páginas que siguen presentaremos algunos de los debates más interesantes que se han mantenido sobre el rol de las instituciones y el desarrollo. Se presentarán en tres grupos diferentes pero esto solo obedece a una decisión organizativa pues todas las posiciones que se presentarán han dialogado con las otras, con mayores o menores puntos de acuerdo.

### **A. El neo-institucionalismo y el desarrollo. Comienza el debate**

Cuando el debate sobre instituciones y desarrollo dio sus primeros pasos el desarrollo era considerado por la mayoría de los pensadores como equivalente al crecimiento económico de un país; es decir, un éxito de desarrollo significaba –simplificando la explicación– el incremento del Producto Bruto Interno (PBI) o del Producto Bruto Nacional (PBN). Un país era entonces desarrollado si tenía un PBI per cápita aceptable de acuerdo a ciertos estándares. Bajo esta concepción del desarrollo, que era la dominante hasta hace una veintena de años, Douglass North, premio nobel de economía del año 1993,

---

<sup>11</sup> Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy* (Baltimore: John Hopkins University Press, 2006), 6.

<sup>12</sup> Helmke, *Informal Institutions...*, 7.

<sup>13</sup> El término “Consenso de Washington” se atribuye a John Williamson y fue utilizado por este en un artículo en el que relataba los puntos básicos de acuerdo entre el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Casa Blanca, el Congreso de EEUU y los principales bancos estadounidenses. Véase John Williamson, “What Washington Means by Policy Reform”, en *Latin American Adjustment: How much has happened*, comp. John Williamson (Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1990).

describió la relación entre desarrollo e instituciones. Se conoció a la corriente que él integró como “neo-institucionalismo”. Para esta corriente de pensamiento económico, la principal función de las instituciones es limitar la elección de las actividades humanas y reducir la incertidumbre. Las instituciones vuelven predecibles las acciones propias y las de los otros. Explica North que “las instituciones reducen la incertidumbre por el hecho de que proporcionan una estructura a la vida diaria. Constituyen una guía para la interacción humana, de modo que cuando deseamos saludar a los amigos, manejar un automóvil, comprar naranjas, pedir dinero prestado, establecer un negocio, enterrar a nuestros muertos, o cualquier otra cosa sabemos (o podemos averiguar con facilidad) cómo realizar esas actividades. De inmediato observaremos que las instituciones difieren cuando tratamos de realizar esas mismas operaciones en un país diferente, por ejemplo Bangladesh. En el lenguaje de los economistas, las instituciones definen y limitan el conjunto de elecciones de los individuos”<sup>14</sup>.

Surge con claridad del párrafo anterior que North, al referirse a “instituciones” lo hace incluyendo tanto a las instituciones formales como a las informales ya que ambas definen y limitan el conjunto de las elecciones que tiene a su disposición un individuo. Como se ha adelantado, North formula una distinción que resulta de suma utilidad: instituciones y organizaciones u organismos no deben confundirse. Las instituciones son las reglas del juego y los entes u organismos, los equipos; al igual que las instituciones, los organismos proporcionan una estructura a la interacción humana.<sup>15</sup>

La función principal de las instituciones, de acuerdo con North, es la de reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable, aunque no necesariamente eficiente, de interacción humana.<sup>16</sup> La estabilidad de las instituciones de ningún modo contradice el hecho de que ellas estén en continuo cambio y esta evolución permanente de las instituciones produce que a menudo se alteren las alternativas de elecciones que se encuentran disponibles.<sup>17</sup>

Tal vez resulte importante detenernos un momento para entender de qué manera las instituciones pueden ser el motor del desarrollo. Para North y los neo-institucionalistas, la fuente primaria del desarrollo (entendido este básicamente como crecimiento económico) es la estructura institucional/organizacional de la economía política. Por ello

---

<sup>14</sup> North, *Instituciones...*, 13.

<sup>15</sup> North, *Instituciones...*, 15.

<sup>16</sup> North, *Instituciones...*, 16.

<sup>17</sup> North, *Instituciones...*, 16.

explican que ciertos países son pobres debido a que sus constreñimientos institucionales definen una serie de pagos para la actividad política/económica que no fomentan la actividad productiva.<sup>18</sup> En definitiva, las instituciones, como reglas del juego, generan los incentivos necesarios para la actividad productiva. Si estos incentivos están presentes, hay inversión, innovación y reinversión, y si estas se producen hay crecimiento económico.

Una última aclaración vale la pena antes de seguir adelante. Muchas veces se identifica al neo-institucionalismo con el neo-liberalismo, y efectivamente hay puntos de contacto entre el pensamiento neo-institucionalista y las teorías que respaldaban los programas de desarrollo que se llevaron a cabo entre las décadas de los ochenta y de los noventa. Sin embargo, hay también una diferencia esencial: difícilmente el neo-institucionalismo –al menos tal como fue postulado por North– puede ser sustento teórico para las políticas únicas de solución a los problemas de economías muy diferentes, y claramente el neo-institucionalismo sí considera a las instituciones informales como relevantes para la planificación de las medidas de desarrollo, cosa que omitieron la gran mayoría de las políticas llevadas adelante durante el Consenso de Washington. Además, en la obra de North hay también preocupaciones que exceden aquellas del mercado y no es fácil hallar en ella la máxima del neo-liberalismo que sostenía que con un mercado competitivo “todos los botes saldrían a flote”<sup>19</sup>. Finalmente, el neo-institucionalismo ha dejado una impronta que ha sobrevivido a la caída en desgracia del neo-liberalismo. En efecto, las instituciones continúan siendo importantes para todos los pensadores y corrientes que discuten sobre desarrollo y este “descubrimiento” del rol central de las instituciones es todavía mérito de esa escuela de pensamiento económico.

La pregunta que se impone es, entonces, cuáles son para el neo-institucionalismo las reglas del juego más relevantes para generar incentivos y, por lo tanto, para promover el desarrollo.

De acuerdo a las corrientes más tradicionales del neo-institucionalismo, las instituciones que generarían los incentivos necesarios para el crecimiento económico serían, entre otras, las siguientes: la protección del derecho de propiedad; el respeto por el estado de derecho (en su versión inclusiva de la independencia judicial como parte de

---

<sup>18</sup> Douglass C. North, “Some Fundamental Puzzles in Economic History/Development”, *The Economy as an Evolving Complex System II*, eds. W. Brian Arthur, et. al. (Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1997), citado por Adam Przeworski, “The Last Instance: Are Institutions the Primary Cause of Growth?”, *European Journal of Sociology* 45, 2 (2004): 165.

<sup>19</sup> Incluso Amartya Sen realiza esta apreciación positiva sobre North en la nota 9 del Capítulo 3 de su ya citado libro *Development as Freedom*, 116.

él); la posibilidad de hacer valer y eventualmente ejecutar los contratos; y las instituciones generalmente ligadas a aumentar la libertad y competitividad de mercado (eliminación de subsidios, fijación de tasas de interés por el mercado, desregulación, privatizaciones, etc.).

Algunos pensadores del neo-institucionalismo (y aún es un sello de las corrientes más ortodoxas), pero sobre todo la traducción práctica de esta corriente de pensamiento, promovieron un auténtico “monocultivo institucional”<sup>20</sup> en el que las preocupaciones por la distribución de la riqueza o por otro tipo de instituciones ligadas al derecho público tenían una cabida solamente instrumental en cuanto promotoras de la actividad privada. Así, por ejemplo, la preocupación por la corrupción se vinculaba en ese entonces con la posible interferencia con el libre mercado más que con una preocupación por otro tipo de consecuencias para la población o con cuestionamientos éticos; del mismo modo, las instituciones llamadas a fortalecer la independencia del Poder Judicial tenían por principal objeto generar mejores condiciones de seguridad para las inversiones y no necesariamente una justicia menos arbitraria en términos generales.

Las instituciones pro-mercado cuando fueron puestas en marcha en muchos de los países hoy llamados emergentes fracasaron rotundamente o ni siquiera pudieron implementarse tal como habían sido planificadas por los expertos del desarrollo. El caso de América Latina es todo un ejemplo de cómo los intentos de reformas para implementar o mejorar esas instituciones no tuvieron el resultado esperado. Durante los años ochenta y principalmente en los noventa, las principales organizaciones financieras internacionales (en especial el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional) impulsaron programas de fortalecimiento o reformas de instituciones para generar incentivos que no resultaron en el crecimiento económico esperado. En algunos casos las instituciones se implementaron y sin embargo no generaron el despegue económico previsto; en otras oportunidades, los fracasos llegaron antes y las normas formales acosadas por las instituciones informales no llegaron siquiera a desarrollarse como estaban pensadas.

A partir de entonces, se cuestionó la capacidad de esas instituciones –en sí mismas y por sí solas– para promover incentivos. Aunque esas instituciones continúan hoy en el corazón de casi todos los discursos y programas de desarrollo, la lista de instituciones

---

<sup>20</sup> Peter Evans, “El Desarrollo como cambio institucional: las desventajas del monocultivo institucional y el potencial de la deliberación”, *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal* (Bogotá: ILSA, 2007), 275 y ss.

relevantes se ha ampliado y las preocupaciones también (la reducción de la pobreza o de la desigualdad, por ejemplo, hoy integra sin duda el núcleo duro de objetivos del desarrollo).

En este sentido, hoy los pensadores de todas las corrientes (críticos del institucionalismo, institucionalistas ortodoxos y ortodoxos renovados) coinciden en que la falta de consideración de las normas informales y la inflexibilidad para permitir la adaptación de esas instituciones a las necesidades e idiosincrasias locales fueron parte del camino al fracaso.

En este sentido es contundente la autocrítica llevada a cabo tanto por el Banco Mundial como por el FMI al finalizar la década de los noventa. La larga cita que sigue está tomada de la más profunda de esas autocríticas, la que llevó adelante el Banco Mundial, y allí se exponen con claridad las dificultades con las que tropezó el neoliberalismo en su cruzada por las instituciones pro-mercado: “Un importante descubrimiento de los 90 fue que el diseño de las instituciones para estas funciones fundamentales puede tener un amplio espectro de formas. La mayor parte del trabajo empírico sobre la importancia de las instituciones se ha enfocado en el nexo entre desempeño institucional y actividad económica y casi ninguno ha analizado el nexo entre *diseño* institucional y su desempeño. Sin embargo ahora es ampliamente reconocido que la mera adopción de las leyes y las regulaciones formales de otro país no es garantía de producir el mismo rendimiento institucional y que diferentes criterios pueden acarrear resultados igualmente exitosos”<sup>21</sup>.

Quienes consideran a las instituciones como causa primaria del crecimiento económico pero lo hacen desde una perspectiva renovada, no solo coinciden con el enfoque que ha tomado el Banco Mundial en su autocrítica, sino que van más allá y entienden que hay alternativas más allá de las instituciones clásicas como senda hacia el crecimiento económico.

---

<sup>21</sup> World Bank, “Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform”, (Washington, D.C.: World Bank 2005), 52. Se trata de una publicación institucional del Banco Mundial en la que han colaborado diversos autores. El libro ha sido traducido al castellano bajo el título “Crecimiento económico en los años noventa. Aprendiendo de una década de reformas”, sin embargo aquí se utilizará la edición en inglés. El Fondo Monetario Internacional (FMI) también realizó un análisis crítico de su papel en las décadas de los ochenta y de los noventa en América Latina; véase Singh Anoop, ed., *Stabilization and Reform in Latin America: A Macroeconomic Perspective of the Experience since the 1990* (IMF Occasional Paper 238, 2005).



El economista Dani Rodrik sostiene, por ejemplo, que la literatura ha sido incapaz de establecer un nexo causal significativo entre cualquier diseño institucional y el crecimiento económico; lo que se sabe, según Rodrik, es que el crecimiento se produce cuando los inversores sienten confianza, pero no hay claridad sobre cuáles son los “planos” para hacerlos sentir más seguros en un determinado contexto.<sup>22</sup> En otro trabajo, Rodrik expresa que cuando los inversores consideran que sus derechos de propiedad están protegidos la economía tiende a crecer (porque hay incentivos), pero nada está implícito acerca del modo concreto que los derechos de propiedad deben adquirir.<sup>23</sup> Las experiencias recientes demuestran además que esa seguridad ni siquiera está dada por la existencia de derechos de propiedad privada como ha sido clásicamente entendida y que la protección institucional de formas alternativas de propiedad también puede producir buenos resultados. El caso de China y sus instituciones alternativas que han atraído inversiones de todo el mundo es el ejemplo más paradigmático, especialmente si se lo compara con Rusia, cuyo crecimiento luego de la caída del régimen soviético dista de ser el deseable y que, sin embargo, ha seguido en muchos aspectos las recetas más tradicionales –especialmente en lo relativo al régimen de propiedad privada–.

Las instituciones continúan en el centro del debate. Nadie niega su relevancia para generar desarrollo –aunque algunos las ponderan más que otros–. Ahora bien, cuáles son esas instituciones es un debate que no ha llegado a su fin y que retomaremos al final del próximo título.

## **B. Un nuevo paradigma de desarrollo y nuevas instituciones para el nuevo modelo**

A fines de la década de los noventa, a la discusión anterior se sumó otro debate de igual relevancia: aun cuando las instituciones consigan generar crecimiento económico, ¿es esto suficiente para generar desarrollo?, o planteado más radicalmente ¿no es hora de abandonar el concepto de desarrollo como cuasi equivalente del ingreso per cápita?

La ruptura del esquema que reinaba desde 1945 en el que el Producto Bruto Interno per cápita era el monarca del desarrollo, llegó de la mano de otro premio nobel de

---

<sup>22</sup> Dani Rodrik, “Goodbye Washington Consensus, Welcome Washington Confusion”, *Journal of Economic Literature* XLIV (2006): 979.

<sup>23</sup> Dani Rodrik, et. al., *Institutions Rule: The primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development* (Cambridge, Mass.: National Bureau of Economic Research, 2002).

economía, esta vez el del año 1998: el economista indio Amartya Kumar Sen. El gran salto propuesto por Sen ha cambiado incluso el modo de referirse al desarrollo; ahora el desarrollo será humano y se distinguirá de sus anteriores versiones que lo ligaban fuertemente al crecimiento económico. En este nuevo paradigma, el medidor del desarrollo ya no será indiscutidamente el PBI, ni el PBN, ni siquiera el ingreso per cápita. Estos solo serán datos macroeconómicos interesantes pero el desarrollo se medirá por el índice que el propio Sen co-diseñó: el Índice de Desarrollo Humano (IDH). El IDH es un indicador que aunque hoy en día se ha complejizado bastante, mide básicamente tres aspectos de los países evaluados: el Producto Bruto Nacional per cápita, la expectativa de vida al nacer y el grado de educación (medido a través de los años promedio de educación recibida y los años de instrucción esperados).<sup>24</sup>

Desde la perspectiva del desarrollo humano la verdadera riqueza de las naciones es la gente<sup>25</sup> y el desarrollo es visto como un proceso de expansión de las libertades reales de las personas.<sup>26</sup> Este foco en las libertades humanas, explica Sen, contrasta con las visiones más estrechas del desarrollo que lo identifican con el Producto Bruto Nacional o el ingreso per cápita, con la industrialización, el avance tecnológico o la modernización social.<sup>27</sup>

Sen no reniega en absoluto del crecimiento económico como herramienta para el desarrollo,<sup>28</sup> tampoco considera que se pueda prescindir del libre mercado. Sin embargo, tanto el crecimiento como el mercado son herramientas para el desarrollo humano y no el desarrollo en sí mismo. El crecimiento del PBN o los ingresos individuales, explica Sen, pueden ser, por supuesto, medios para expandir las libertades de los miembros de la sociedad, pero no serán fines en sí mismos.

En el mismo sentido, para Sen, el mercado continúa cumpliendo un rol importante,

---

<sup>24</sup> El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) tiene a su cargo la realización de este índice y de un informe que lo acompaña. El índice se complementa con los llamados índices compuestos que se fueron agregando a lo largo del tiempo, estos son: el índice de desarrollo humano ajustado por desigualdad; el índice de pobreza multidimensional y el índice de desigualdad de género. También se agregan año a año otro tipo de mediciones que varían de acuerdo a la temática del informe. En 2011 el tema del Informe fue “Sostenibilidad y Equidad: Un futuro mejor para todos”. En 2012 el índice y el reporte no se publicaron. En marzo de 2013 se publicó el siguiente índice y el informe trató el tema “El Ascenso del Sur: progreso humano en un mundo diverso”. Todos los informes están disponibles en <http://hdr.undp.org/es/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

<sup>25</sup> Esta es la frase que encabezó el primer informe del Índice de Desarrollo Humano de 1990.

<sup>26</sup> Sen, “Development as Freedom”, 3.

<sup>27</sup> Sen, “Development as Freedom”, 3.

<sup>28</sup> El hecho de que el propio Sen haya incluido en el diseño del IDH el PBN per cápita deja en clara evidencia lo importante que sigue siendo para la concepción actual del desarrollo el crecimiento económico.

pero desde una perspectiva diferente. El libre mercado tampoco será un fin en sí mismo, ni siquiera será visto únicamente como un medio para el crecimiento económico. El mercado será por sobre todo una forma de expresión de la libertad y de la capacidad de las personas para intercambiar libremente y participar tanto en actividades comerciales como en el mercado laboral. De acuerdo con esta posición, es difícil pensar que cualquier proceso de desarrollo sustancial pueda ser realizado sin un uso extensivo de los mercados, pero la regulación ya no es desestimada ni entendida necesariamente como una interferencia nociva. Los mercados completamente desregulados, pueden ser ineficientes o no promover el desarrollo en el sentido de generar una mayor expansión de las libertades humanas. Pero las regulaciones deben ser razonables pues las “restricciones arbitrarias” (como la negación de oportunidades de comercialización a través de controles estatales arbitrarios, cuando no existen razones preponderantes para hacerlo) son una fuente de restricción a la libertad. Estas restricciones arbitrarias pueden resultar en “privaciones” cuando la gente tiene restringido o negado el acceso a oportunidades económicas u otras consecuencias favorables que el mercado ofrece y promueve.

Sin embargo, el mercado en el que piensa Sen es bien diferente de aquel auspiciado por el neoliberalismo, ya que las oportunidades que este ofrece deberían ser razonablemente compartidas, para lo cual será necesario proveer educación básica, atención médica y recursos (como la tierra) que son cruciales para ciertas actividades económicas (como la agricultura).<sup>29</sup> Las instituciones son necesarias no solo de la manera clásica definida por el neo-institucionalismo sino también para generar una participación más inclusiva en el mercado a través de políticas públicas adecuadas.

Este doble rol del Estado como proveedor/promotor de políticas públicas necesarias para la concreción de las libertades y el goce de las capacidades humanas, junto con la limitación de no interferir arbitrariamente con los mecanismos de mercado, ha tenido una aceptación razonable en el mundo del desarrollo (incluyendo a las principales organizaciones financieras internacionales como el FMI, el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo –BID–).

Para Sen, la democracia es necesaria para el desarrollo (una de sus más reiteradas afirmaciones es que jamás se produjo una hambruna en un país independiente y democrático), y en la prevención de las hambrunas ha tenido una enorme influencia la

---

<sup>29</sup> Sen, “Development as Freedom”, 142.

libertad de expresión, implícita en el concepto de democracia.<sup>30</sup> Sen se diferencia así notablemente de las corrientes anteriores y afirma que “muchos de los economistas tecnócratas recomiendan el uso de incentivos económicos (los que serán provistos por los mecanismos de mercado) pero ignoran los incentivos políticos (que el sistema democrático podría garantizar). Esto implica optar por un profundo desequilibrio en el conjunto de reglas básicas. El poder protectorio de la democracia no debe ser descuidado”<sup>31</sup>.

Por eso, el desarrollo requiere la remoción de importantes fuentes que limitan la libertad: la pobreza y la tiranía, las escasas oportunidades económicas así como la privación social sistemática, la negación de ciertos servicios públicos así como la intolerancia o la hiperactividad de Estados represores.<sup>32</sup>

En definitiva, tal como se vislumbra en los párrafos anteriores, una de las ideas centrales en la obra de Sen es que las libertades sustantivas (las capacidades humanas básicas como la posibilidad de evitar el hambre y la desnutrición, el analfabetismo o el aseguramiento de la capacidad de participar en el sistema político están incluidas en el concepto de libertades sustantivas)<sup>33</sup> no son solamente los principales fines del desarrollo, ellas están entre los principales medios para conseguirlo. El objetivo del desarrollo es conseguir la expansión de las capacidades humanas y las libertades y las anteriores son, a su vez, el medio para generar cada vez una ampliación mayor de ellas mismas.

Es lógico que en este enfoque resulte una preocupación central la situación de las mujeres<sup>34</sup> y otras minorías. Si la posibilidad de expandir las libertades y capacidades de las mujeres se ve limitada, el desarrollo fracasa en sus objetivos, pero además, si aproximadamente el 50% de la población de cada país tiene disminuido el acceso a las libertades, los medios para el desarrollo también se ven entorpecidos.

El enfoque del desarrollo como expansión de las capacidades humanas ha sido notablemente profundizado por la filósofa Marta Nussbaum quien explica que el enfoque

---

<sup>30</sup> Véase entre otros trabajos de Amartya Sen, “Development as Freedom”, 16; y “Democracy as a Universal Value”, *Journal of Democracy*, 10.3 (1999): 4.

<sup>31</sup> Sen, “Democracy as a Universal Value”, 5.

<sup>32</sup> Sen, *Development as Freedom*, 3.

<sup>33</sup> Sen, *Development as Freedom*, 36.

<sup>34</sup> Entre otros trabajos de Sen sobre la situación de las mujeres y su relación con el desarrollo véase Amartya Sen, “Missing Women”, *British Medical Journal* 304 (1992): 587. Véase también Amartya Sen, “More than 100 Million Women are Missing”, *The New York Review of Books*, 37 (1990). También se ocupa de este tema el capítulo 8 (“Women’s Agency and Social Change”) de Sen, *Development as Freedom*, 189-203.

de las capacidades humanas considera a cada persona como un fin en sí misma, por lo que, de acuerdo a esta concepción, carece de relevancia el total o el promedio de bienestar, pues lo relevante son las oportunidades disponibles para cada persona.<sup>35</sup> Sostiene que el máspreciado bien que las sociedades deberían promover para sus habitantes es un conjunto de oportunidades o libertades sustanciales que ellos mismos decidirán ejercitar o no.<sup>36</sup> Por lo tanto, el enfoque aboga por el respeto del poder de la gente para auto-definirse.<sup>37</sup> Por primera vez una concepción del desarrollo supera el umbral de ser un objetivo general de la sociedad y de apuntar a la satisfacción de las necesidades básicas<sup>38</sup> de las personas vinculadas con sus necesidades naturales (comida, agua, abrigo, salud, etc.).

Se advierte fácilmente de la breve recapitulación de la posición de Sen y Nussbaum que la concepción del desarrollo como libertad y expansión de las capacidades humanas amplía considerablemente el tipo de instituciones que se consideran relevantes para el desarrollo. Explica Amartya Sen en la introducción de su libro *El Desarrollo como Libertad* que lo que la gente puede lograr está influenciado por las oportunidades económicas, las libertades políticas, los poderes sociales, y las condiciones promotoras de buena salud, la educación básica y el estímulo y cultivo de las iniciativas.<sup>39</sup> Los arreglos institucionales para estas oportunidades son a su vez influenciados por el ejercicio de las libertades de la gente, a través de la libertad de participar en las elecciones sociales y en la toma de decisiones que impulsan el progreso de esas oportunidades.<sup>40</sup>

Está claro que las instituciones necesarias para la expansión de las capacidades humanas (consideradas en el sentido amplio expuesto por Nussbaum) no son fácilmente identificables como para ser integradas en una lista (como las fueron las del Consenso de Washington tantas veces enumeradas en artículos académicos y de difusión): las

---

<sup>35</sup> Nussbaum, *Creating Capabilities...*, 18.

<sup>36</sup> Nussbaum, *Creating Capabilities...*, 18.

<sup>37</sup> Nussbaum, *Creating Capabilities...*, 18.

<sup>38</sup> La referencia a “necesidades básicas” y su diferenciación del enfoque de las capacidades humanas es importante pues durante la década de los setenta una corriente bastante influyente de pensamiento sobre desarrollo se vinculaba a la satisfacción de las necesidades básicas. La idea de la satisfacción de las necesidades básicas como objetivo del desarrollo surgió de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y luego la adoptó el Banco Mundial –véase Lawrence Tshuma, “The Political Economy of the World Bank’s Legal Framework for Economic Development”, *Social & Legal Studies* 8 (1999): 75–. Esta última entidad financiera, de la mano de Robert McNamara, su Presidente entre 1968 y 1981, llevó adelante múltiples programas de financiamiento con el objetivo de satisfacer las mencionadas necesidades básicas de las personas pobres.

<sup>39</sup> Sen, *Development as Freedom*, 4.

<sup>40</sup> Sen, *Development as Freedom*, 4.

instituciones necesarias para el desarrollo son tantas como la ampliación de las capacidades requiera en las diversas situaciones. No obstante hay ciertas instituciones que se presentan en la obra de Sen como fundamentales: las que permiten el funcionamiento del sistema democrático; los mecanismos legales; las estructuras de mercado; las que se vinculan con previsiones en salud y economía; los medios de comunicación y otros facilitadores comunicacionales.<sup>41</sup>

Sin lugar a dudas las instituciones son relevantes para Sen, él mismo expresa que “[l]os individuos viven y operan en un mundo de instituciones. Nuestras oportunidades y posibilidades dependen *crucialmente* de las instituciones que existan y cómo ellas funcionen”<sup>42</sup> [destacado propio]. No obstante esa afirmación y otras referencias a las instituciones, no hay en su trabajo una aproximación más detallada al concepto de instituciones.<sup>43</sup> Las instituciones informales son apenas intuidas en la obra de Sen (las vincula con la “práctica efectiva” de las reglas y regulaciones democráticas) y lo que podría aproximarse a una explicación sobre el rol de las normas sociales no genera un análisis profundo ni extenso, aun cuando el propio Sen sostiene que ellas son de central importancia para el logro de la justicia social (a través de esta práctica efectiva Sen explica el hecho de que en un país como Estados Unidos las minorías raciales tengan menor acceso real a los derechos).<sup>44</sup>

En la obra de Sen, –tal vez como resultado del acercamiento algo liviano a la noción de instituciones y su funcionamiento– no hay una aproximación jurídica a los conceptos de “libertad” y de “capacidades humanas”, ambos centrales en su trabajo.<sup>45</sup> Esta carencia es aun más notable en la obra de Nussbaum –más centrada en los problemas de las capacidades humanas que del desarrollo en general–. Por supuesto que la ausencia de una aproximación jurídica no quita mérito a esta interesante propuesta que ha quebrado, como nunca antes había ocurrido, el concepto mismo de desarrollo. En cambio, la ausencia de una aproximación jurídica es una evidencia más del enorme aporte que los abogados

---

<sup>41</sup> La lista de instituciones trascendentes ha sido relevada por Raimundo Frei en su trabajo “Una aproximación al concepto de Institución en Amartya Sen”, *Revista Humanum Latinoamericana de Desarrollo Humano* 33 (2007): 5, disponible en: <http://www.revistahumanum.org/revista/una-aproximacion-al-concepto-de-institucion-en-amartya-sen/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

<sup>42</sup> Sen, *Development as Freedom*, 142.

<sup>43</sup> Para un estudio profundo sobre el concepto de instituciones en Sen ver el trabajo de Raimundo Frei, “Una aproximación...”.

<sup>44</sup> Sen, *Development as Freedom*, 159.

<sup>45</sup> En cambio en el trabajo de Sen hay una interesante discusión sobre el concepto de Justicia. A este aspecto está dedicado el capítulo 3 de *Development as Freedom*, 54-86.

podríamos realizar si lográsemos conjugar los análisis de derecho que habitualmente realizamos con un análisis sobre qué impacto pueden tener las instituciones formales en el desarrollo o cómo generar un cambio institucional significativo.

Los críticos del modelo del “desarrollo humano” vienen principalmente desde los sectores más ortodoxos.<sup>46</sup> No obstante, es innegable que aun los pensadores más ortodoxos incluyen ahora dentro de las preocupaciones centrales del desarrollo la reducción de la pobreza y la desigualdad, la expectativa de vida y el nivel de educación. Por cierto que los caminos para llegar a estos objetivos mínimos compartidos son algo diferentes que los señalados por los promotores de la expansión de las capacidades humanas.

El economista británico Paul Collier es uno de los más interesantes críticos del modelo del desarrollo humano. De acuerdo con Collier, el problema de los países más pobres (los del “Club de la Miseria” como los llamó la traducción castellana de su libro más difundido)<sup>47</sup> es el estancamiento económico o el decrecimiento económico. Explica Collier que “la tasa de crecimiento de los países más pobres ha sido negativa en términos absolutos y, en términos relativos, enormemente inferior a la del resto de los países en desarrollo. Hoy en día sin embargo de lo que se habla es de reducción de la pobreza y demás Objetivos de Desarrollo del Milenio,<sup>48</sup> no de tasas de crecimiento. Muchas de las

---

<sup>46</sup> Hay algunos profundos cuestionamientos al enfoque de desarrollo reseñado en esta parte del artículo que vienen también desde posiciones no-ortodoxas. Especialmente interesantes resultan las que efectúan Thomas Pogge en, entre otros trabajos, “A critique on the capability approach”, *Measuring Justice*, ed. Harry Brighouse e Ingrid Robeyns (Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2010); también resulta atractivo el planteo de Gilbert Rist en *The History of Development: From Western Origins to Global Faith* (New York: Zed Books, 2008), 205 y ss. Estas críticas, sin embargo, no tienen una vinculación tan fundamental con las cuestiones institucionales que se están tratando en este tramo del trabajo.

<sup>47</sup> El título original del libro de Collier es *The Bottom Billion: Why the poorest countries are failing and what can be done* (Oxford: Oxford University Press, 2007); fue traducido al castellano como *El Club de la miseria: qué falla en los países más pobres del mundo* (Barcelona: Debolsillo, 2010).

<sup>48</sup> En el año 2000 la Asamblea General de la ONU emitió la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, A/Res/55/2 (2000), disponible en: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013). La resolución tuvo el voto positivo de 189 países (incluyendo la presencia en esa asamblea de 147 Jefes de Estado o Gobierno). La declaración se complementó luego en la Cumbre Mundial de 2005 con la aprobación de otra resolución de la Asamblea General, A/RES/60/1 (2005), disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021752.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013). Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) tienen evidentes vínculos con el nuevo paradigma del desarrollo (reducir la pobreza extrema y el hambre; asegurar la educación universal; conseguir igualdad de géneros; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el HIV/SIDA; lograr la sostenibilidad del medio ambiente y fomentar la cooperación internacional. Todos estos objetivos luego tienen diferentes “metas” cuyo cumplimiento es medido a través de una serie de indicadores). Llamativamente el crecimiento económico no está entre los ODM.

personas que se preocupan por el desarrollo se sienten más cómodas hablando de objetivos tales como escolarizar a las niñas que analizando el crecimiento...”<sup>49</sup>.

Para lograr que los países más pobres se suban al tren del crecimiento Collier propone una serie de medidas que ayudarían a esas economías a superar las diversas “trampas” en las que se encuentran inmersas.<sup>50</sup> No detallaremos aquí todas sus propuestas (que incluyen hasta la muy discutible intervención armada). Las que interesan para nuestro análisis son las que tienen un perfil más institucional, en donde además realiza una propuesta innovadora. Entiende este autor que las instituciones formales de terceros países son muchas veces óbice para el crecimiento económico de las economías más pobres (por ejemplo, las normas sobre secreto bancario que han permitido que los dictadores-depredadores de los países más pobres depositaran su dinero mal habido,<sup>51</sup> o la falta de adopción en países desarrollados de normativa que regule la actividad de la industria extractiva fuera de sus fronteras<sup>52</sup>). Collier también propone que las instituciones generadoras de crecimiento pueden provenir de convenciones y tratados internacionales (por ejemplo, normativas posbélicas que incluyan directrices para los donantes y compromisos para los países receptores de ayuda internacional sobre reducción de gasto militar)<sup>53</sup>. Finalmente, propone una serie de medidas locales que también facilitarían el crecimiento económico (como retirarse de la Organización Mundial de Comercio<sup>54</sup> o diversificar las exportaciones<sup>55</sup>).

Ahora bien, del mismo modo que lo proponían muchos neo-institucionalistas ortodoxos, Collier, alejándose una vez más de Sen y su defensa de las instituciones democráticas, entiende que una vez que el crecimiento económico se produce el funcionamiento de las instituciones tiende a mejorar. En este sentido sostiene que “[e]l crecimiento no es sólo [sic] bueno en sí mismo, sino que consolida las reglas del juego político. Una renta per cápita más elevada fomenta el control. El desarrollo económico promueve una paulatina y saludable evolución institucional. Así pues, las instituciones

<sup>49</sup> Collier, *El Club de la miseria*, 33.

<sup>50</sup> Collier, *El Club de la miseria*, 167 y ss.

<sup>51</sup> Collier, *El Club de la miseria*, 223.

<sup>52</sup> Collier, *El Club de la miseria*, 230.

<sup>53</sup> Collier, *El Club de la miseria*, 249.

<sup>54</sup> Collier, *El Club de la miseria*, 278.

<sup>55</sup> Collier, *El Club de la miseria*, 271.



políticas son tanto un reflejo del crecimiento pasado como un factor de crecimiento futuro”<sup>56</sup>.

El repaso de la posición de Collier tiene un doble objetivo: por un lado, se pretende continuar presentando los debates sobre instituciones y desarrollo y, por el otro, ampliar la información sobre otro tipo de instituciones (que no habían sido mencionadas hasta el momento) y con las que también los juristas trabajamos habitualmente sin pensar, sin embargo, en la importancia de ellas para el desarrollo.

### **C. Tercera generación de discusiones: el nuevo-neo-institucionalismo versus los promotores de la ayuda internacional**

Presentaremos ahora una serie de debates que comenzaron hace algo más de una década pero que en los últimos años han adquirido un renovado vigor. El término “nuevo-neo-institucionalismo” es utilizado aquí para referirnos a una nueva generación de pensadores del desarrollo que trabajan sus hipótesis sobre bases similares a las del neo-institucionalismo, pero que le han agregado algunos ingredientes renovadores. Luego de varios años en los que el institucionalismo se asociara de una forma parcialmente injusta al neo-liberalismo y por ello sufriera la condena de los sectores más renovadores, los nuevo-neo-institucionalistas han logrado poner a las instituciones nuevamente en el centro del debate. El renovado institucionalismo tiene sus caras más famosas en el economista Daron Acemoglu<sup>57</sup>, el politólogo James Robinson y el también economista Simon Johnson<sup>58</sup>. Sin embargo, otros autores como Stanley Engerman y Kenneth Sokoloff<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Collier, *El Club de la miseria*, 95.

<sup>57</sup> Daron Acemoglu ganó en 2012 el “Erwin Plein Nemmers Prize” otorgado por Northwestern University. Cinco de los nueve laureados anteriores con este premio fueron luego elegidos como ganadores del Premio Nobel.

<sup>58</sup> Daron Acemoglu, et. al., “Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation”, *American Economic Review*, 91 (2001): 1369; Daron Acemoglu, et. al., “Reversal of Fortune: Geography and Institutions in the Making of the Modern World Income Distribution”, *Quarterly Journal of Economics*, CXVII (2002): 1231; y Daron Acemoglu y James A. Robinson, “Political Losers as a Barrier to Economic Development”, *American Economic Review* 90 (2000): 126. En castellano véase Daron Acemoglu, “Raíz histórica. Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico”, *Revista Finanzas y Desarrollo* (2003): 27; Daron Acemoglu, et. al., “Los orígenes coloniales del desarrollo comparativo: una investigación empírica”, *Revista de Economía Institucional* 13 (2005): 17. Recientemente se ha publicado Daron Acemoglu y James A. Robinson, *Why Nations Fail* (New York: Crown Publishers, 2012).

<sup>59</sup> Véase Stanley L. Engerman y Kenneth L. Sokoloff, *Economic Development in the Americas since 1500: Endowments and Institutions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011); asimismo véase Stanley L. Engerman y Kenneth L. Sokoloff, *Colonialism, Inequality and Long-Run Paths of Development* (Cambridge, Mass.: National Bureau of Economic Research, 2005); y de los mismos autores “History

también han trabajado sobre temas relacionados y lo han hecho con especial atención sobre América Latina. Todos los autores mencionados son reconocidos muy especialmente por sus análisis sobre el peso de la historia (*path dependence*) en los recorridos y resultados institucionales.<sup>60</sup> Sin embargo, en esta ligera revisión de sus trabajos no haremos especial hincapié en ese aspecto sino en sus aproximaciones al concepto de instituciones y las funciones de estas en el desarrollo.

Los interlocutores de los nuevo-neo-institucionalistas en el debate que presentaremos, son quienes sostienen que las instituciones importan (nadie sostiene actualmente con algún grado de seriedad que ellas no tienen ninguna importancia para el desarrollo) pero les otorgan solo un papel de secundaria importancia (esta importancia secundaria de las instituciones no es equiparable a la que Sen, por ejemplo, les concede. El economista indio si bien se aproxima al concepto de instituciones de una manera algo tibia desde lo conceptual, resalta permanentemente su importancia para el desarrollo). El principal exponente de esta postura es Jeffrey Sachs, Director del Proyecto del Milenio de la ONU y profesor de la Universidad de Columbia.

Los nuevo-neo-institucionalistas diferencian las instituciones económicas de las instituciones políticas: si bien las instituciones económicas son cruciales para determinar si un país es próspero o pobre, son la política y las instituciones políticas las que determinarán qué instituciones económicas tendrá un país. En este sentido, señalan que las buenas instituciones económicas que posee EE.UU. son el resultado de las buenas instituciones políticas que emergieron gradualmente en ese país desde 1619.<sup>61</sup> Si las instituciones políticas son inclusivas en el sentido de promover un sistema pluralista que proteja los derechos, las instituciones económicas a que darán lugar también lo serán. Las instituciones económicas inclusivas son aquellas que permiten y promueven la participación masiva en las actividades económicas a través del mejor uso de sus talentos y capacidades y que permiten a los individuos hacer las elecciones que ellos desean

---

Lessons. Institutions, Factor Endowments, and Paths of Development in the New World”, *Journal of Economic Perspectives* 14, 3 (2000): 217.

<sup>60</sup> La importancia de la historia en la evolución de las instituciones no es una aproximación del todo novedosa a la cuestión. Autores clásicos como Adam Smith o Frederick von Hayek ya habían realizado enfoques similares aunque con diferentes perspectivas –véase Adam Smith, *The Wealth of Nations* (Hazleton, Pennsylvania: PSU-Hazleton, 2005); y Frederick A. von Hayek, *The constitution of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1960). Douglass North también realizó un interesante aporte desde esta perspectiva en varias de sus obras, tal vez la más importante en este sentido sea el libro que co-escribió con Robert Thomas, *The Rise of the Western World: A New Economic History* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973).

<sup>61</sup> Acemoglu y Robinson, *Why Nations Fail*, 43.

(EE.UU. y Corea del Sur son ejemplos de países en donde han prevalecido las instituciones inclusivas)<sup>62</sup>. En síntesis, de manera similar a sus predecesores, sostienen, que las instituciones que promueven la actividad económica, el crecimiento productivo y la prosperidad son aquellas que generan incentivos y en este esquema la protección de los derechos de propiedad es esencial ya que solo aquellos que sientan que sus derechos están resguardados estarán dispuestos a invertir.<sup>63</sup>

Lo opuesto de las instituciones inclusivas son las instituciones “extractivas”. Las instituciones políticas extractivas concentran el poder en manos de una pequeña elite y se ponen muy escasos límites al ejercicio del poder.<sup>64</sup> Las instituciones económicas son muchas veces estructuradas por estas elites para extraer recursos del resto de la sociedad.<sup>65</sup> Se genera de este modo un espiral de retroalimentación entre instituciones políticas y económicas: las instituciones políticas extractivas permiten la generación de instituciones económicas que funcionan de la misma forma; las elites se enriquecen con estas últimas y este enriquecimiento les permite mantenerse en el poder.<sup>66</sup> En lugar de incentivos para que la gente invierta, ahorre e innove se presenta una débil protección de los derechos de propiedad, regulaciones injustas y unos estándares muy elevados para poder acceder a los mercados (lo que permite solo a las elites acceder realmente a ellos).

América Latina es puesta como ejemplo de este tipo de estructuración extractiva. Las instituciones extractivas, según la hipótesis Acemoglu-Robinson, fueron heredadas del colonialismo (el colonialismo inglés en EEUU y Canadá instituyó otro tipo de instituciones, no extractivas) y en pocos países de la región se ha removido a las elites y virado hacia una economía inclusiva. Las instituciones extractivas y la falta de incentivos pueden generar desde una baja actividad económica (como es el caso de Argentina o Colombia) hasta situaciones extremas como las de Zimbabue o Sierra Leona en las que las instituciones extractivas allanan el camino que conduce a los Estados fallidos.<sup>67</sup>

El contrapunto en este debate, como se dijo anteriormente, tiene su cara más visible en Jeffrey Sachs. La posición que sostiene Sachs ha sido muchas veces identificada como la “hipótesis geográfica”<sup>68</sup>; sin embargo esa calificación conlleva algún grado de

---

<sup>62</sup> Acemoglu y Robinson, *Why Nations Fail*, 74.

<sup>63</sup> Acemoglu y Robinson, *Why Nations Fail*, 75.

<sup>64</sup> Acemoglu y Robinson, *Why Nations Fail*, 81.

<sup>65</sup> Acemoglu y Robinson, *Why Nations Fail*, 81.

<sup>66</sup> Acemoglu y Robinson, *Why Nations Fail*, 81.

<sup>67</sup> Acemoglu y Robinson, *Why Nations Fail*, 372.

<sup>68</sup> Entro otros, así la identifican Acemoglu y Robinson en su libro *Why Nations Fail*, 48 y ss.

simplificación que resulta injusta. La hipótesis de por qué hay países más pobres o que no crecen económicamente es en Sachs mucho más amplia que la mera geografía (en rigor de verdad, junto con Collier y Sen, Sachs ha desarrollado una explicación claramente multi-causal de la pobreza y el estancamiento, a diferencia de los institucionalistas que, por lo general, apelan a una explicación monocausal de estas situaciones). La solución a la multiplicidad de factores que expone Sachs para explicar el subdesarrollo es la necesidad de que los países ricos cooperen con los países pobres de diversas maneras pero especialmente mediante ayuda financiera para solucionar algunas de las trampas en las que estos están inmersos. Por eso, aquí preferimos llamar a la hipótesis que pasaremos a explicar a continuación la posición “pro-ayuda internacional”.

El fracaso del crecimiento según Sachs no obedece únicamente a deficiencias institucionales y se vincula, entre otros, con aspectos geo-políticos. Explica Sachs que entre las 28 economías categorizadas por el Banco Mundial como de “altos ingresos” solo Hong Kong, Singapur y parte de Taiwán se encuentran en zonas tropicales (y solo representan el 2% de la población que habitan en países de altos ingresos)<sup>69</sup>. Continúan explicando Sachs y sus colegas que casi todos los países ubicados en zonas templadas tienen ingresos altos o medios (incluidos los países que formaron parte del bloque soviético).<sup>70</sup> La hipótesis, de acuerdo con estos autores, también se ve corroborada en países que tienen ambos tipos de clima: la mayor parte del territorio de Brasil se encuentra en zonas tropicales mientras que la parte más rica de esa nación es el sur que ya se ubica en zona templada.<sup>71</sup>

La ubicación geográfica no es determinante *per se*, sino que genera las condiciones para la productividad: la cercanía a los trópicos se vincula con la presencia de ciertas enfermedades como la malaria o el cólera y se corresponde por lo general con la presencia de suelos infértiles para la agricultura. Más allá del problema de la cercanía a los trópicos, la falta de salida al mar o la extrema altitud de su territorio serán también factores que

---

<sup>69</sup> Jeffrey Sachs, et. al., “The Geography of Poverty and Wealth”, *Scientific American* (2001): 73. Sachs y sus colegas excluyen los países con menos de 2 millones de habitantes por lo que muchas naciones no están presentes en su evaluación. La lista actual no ha variado significativamente respecto de lo que Sachs explica, con excepción de la incorporación a la categoría de altos ingresos de los países que integran el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo, muchos de los cuales se encuentran entre los trópicos –los países clasificados en 2013 como de altos ingresos pueden verse en [http://data.worldbank.org/about/country-classifications/country-and-lending-groups#High\\_income](http://data.worldbank.org/about/country-classifications/country-and-lending-groups#High_income) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013)–.

<sup>70</sup> Sachs, “The Geography...”, 73.

<sup>71</sup> Sachs, “The Geography...”, 73.

pueden influir en la capacidad de desarrollo. Las causas que mantienen al África Subsahariana atrapada en la pobreza son: el aislamiento geográfico, la baja tecnología disponible para producción, las enfermedades y la limitación de recursos.<sup>72</sup> Para Sachs, es necesario en África Subsahariana combatir el HIV, la tuberculosis y la malaria; solucionar la pérdida de nutrientes en las tierras; y mejorar la infraestructura construyendo más carreteras para conectar poblaciones remotas a los mercados regionales y a los puertos.<sup>73</sup> Esos países no han podido generar instituciones razonablemente eficientes para la productividad porque los Estados no han logrado formar un poder centralizado que pueda mantener la paz, construir infraestructura, asegurar el cumplimiento de los contratos cuando estos incumplen, y proveer otros bienes públicos.<sup>74</sup> No hay instituciones productivas posibles en un contexto como el descrito. Pero además Sachs contesta directamente a Acemoglu-Robinson explicando que la dificultad para generar un Estado con poder centralizado no obedece a una decisión de las elites sino a las propias condiciones geopolíticas: baja densidad de población, carencia de ríos navegables, alta prevalencia de enfermedades, una magra agricultura de secano, ausencia de carbón –entre otras cosas– que impidieron la formación de Estados centralizados, la urbanización y el crecimiento económico.<sup>75</sup>

Como dijimos anteriormente la postura de Sachs se nutre de otros elementos además de las dificultades geográficas. Este autor sostiene que la buena gobernabilidad y otros factores también son importantes. Así explica que hay regiones relativamente bendecidas geográficamente pero que por razones históricas han tenido pobres gobiernos e instituciones (ejemplos de estos podrían ser los Estados del centro de Europa cuya proximidad a la Europa Occidental les han reportado pocos beneficios durante los regímenes socialistas. Por ello, para este tipo de países las reformas institucionales son centrales).<sup>76</sup> Finalmente hay regiones empobrecidas con geografías desfavorables como África Subsahariana, Asia Central, gran parte de la región Andina o las zonas altas de América Central en donde la globalización no triunfó elevando el nivel de vida e incluso pudo haber acelerado la fuga de cerebros o de capital de la región.<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> Jeffrey Sachs, “Institutions Matter but Not for Everything”, *Finance and Development* (2003): 38.

<sup>73</sup> Sachs, “Institutions Matter...”, 38.

<sup>74</sup> Jeffrey Sachs, “Government, Geography and Growth. The True Drivers of Economic Development”, *Foreign Affairs* 91, 5 (2012): 144. Este ensayo de Sachs es un comentario crítico de *Why Nations Fail*, el trabajo de Acemoglu y Robinson.

<sup>75</sup> Sachs, “Government ...”, 145.

<sup>76</sup> Sachs, “Government ...”, 39.

<sup>77</sup> Sachs, “Government ...”, 39.

La contienda de Sachs con los institucionalistas no es solo sobre los orígenes de los fracasos del desarrollo sino, y sobre todo, sobre el modo de alcanzar las soluciones. El profesor Sachs sostiene que el institucionalismo resulta atractivo para muchas posiciones, ya que a través de él se atribuyen los altos niveles de ingresos en EE.UU., Europa y Japón a su supuesta superioridad institucional y se desvincula al mundo “rico” de sus responsabilidades financieras para con los países más pobres. Para Sachs, la ayuda internacional<sup>78</sup> es fundamental para poder salir de la trampa de la pobreza.<sup>79</sup> Por el contrario, para los interlocutores de Sachs en este debate, los fracasos del desarrollo son producidos por fallas institucionales y no por falta de recursos.<sup>80</sup> Muchos de los argumentos en respuesta a Sachs de los neo-institucionalistas apuntan a que los recursos financieros destinados a gobiernos débiles, autoritarios, corruptos y hasta en ocasiones financiadores de algún tipo de conflicto armado, implican una profundización de las causas que impiden el desarrollo y no generan los incentivos esperados. Primero es necesaria una reforma institucional y recién luego la ayuda económica tendrá algún sentido. En definitiva, el debate se parece bastante al viejo acertijo del huevo y la gallina.

Ahora bien, la discusión adquiere muchos más matices y más puntos de encuentro cuando los problemas bajo análisis no se encuentran entre los casos más severos de estancamiento económico o bajo desarrollo humano. El caso de Argentina y de América Latina en general es de aquellos en los que la discusión puede tener más posibilidades de encontrar puntos de acuerdo. Las “trampas” geográficas en las que tanto insiste Sachs no son una característica fundamental de la región, y la mayoría de países que pueden sufrir de alguna de ellas tienen parte de su territorio en geografías más benignas, como Ecuador, Colombia o el propio Brasil. En cambio el E.P. de Bolivia sufre tres de las condiciones geográficas más complicadas según Sachs (está parcialmente en el área comprendida entre

---

<sup>78</sup> La ayuda financiera internacional a la que se refiere Sachs no incluye los préstamos del BM o del FMI, sino que se trata básicamente de ayuda bilateral entre países realizada en forma de préstamos sin intereses o con intereses menores a los del mercado (*concessionary loans*) o subvenciones no reembolsables; véase James M. Cypher y James L. Dietz, eds., *The Process of Economic Development* (New York: Routledge, 2004), 583.

<sup>79</sup> Se conoce como trampa de la pobreza a un mecanismo por el cual la propia pobreza de una sociedad, de una persona o de una familia, retroalimenta el fenómeno e impide salir de él. Hay quienes consideran superar la trampa de la pobreza como esencial para promover el desarrollo –Sachs– y otros quienes directamente niegan que exista tal mecanismo –por ejemplo, William Easterly, de quien se pueden consultar varios trabajos en ese sentido; véase William Easterly, *The Elusive Quest for Growth: Economists' adventures and misadventures in the Tropics* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 2002); del mismo autor y en similar sentido puede consultarse *The White Man's Burden. Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good* (New York: Penguin Press, 2006); y *Reinventing Foreign Aid* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 2008).

<sup>80</sup> Sachs, “Institutions Matter...”, 38.

los trópicos, no tiene salida al mar y gran parte de su territorio se ubica a una altura significativa). Sin embargo, a pesar de esas condiciones geográficas, la economía boliviana creció entre 2006 y 2010 a una tasa promedio de 4.6% anual.<sup>81</sup> América Latina, además, tiene notables ejemplos de economías entre los trópicos que son relativamente exitosas, tal el caso de Costa Rica, Panamá, y el más renombrado de todos, Brasil. En todos esos países las instituciones han mejorado notablemente en los últimos años (excepto en Costa Rica en donde los cambios institucionales no fueron tan recientes).

Para nuestro país y nuestra región los problemas más significativos son institucionales. Con excepción de Haití ningún país de la región integra el “Club de la Miseria”<sup>82</sup>, aunque algunos tienen una geografía más generosa que otros. Lo que casi todos compartimos son gravísimos problemas de anomia, normas informales disfuncionales y omnipresentes, corrupción, inestabilidad institucional, un frágil estado de derecho, y una enorme cantidad de instituciones formales no-inclusivas.

### **III. Instituciones y cambio institucional en América Latina. Tres casos, tres perspectivas**

En la segunda parte de este trabajo se presentarán tres casos de situaciones en las que las instituciones y ciertos problemas de desarrollo se vinculan de tal manera que resulta útil para comprender su interrelación. Los casos escogidos, además, presentan aristas bien diferentes de esa relación y reflejan de un modo u otro algunos de los debates sobre instituciones que se han recorrido en las páginas anteriores. En primer lugar, nos acercaremos al problema de la economía informal y su relación con las normas formales no-inclusivas que rigen en nuestro entorno. En segundo lugar, veremos un caso en el que el diseño de instituciones formales contempló expresamente modos de superar ciertas normas sociales disfuncionales que reinaban en el ámbito de los planes destinados a reducir la pobreza y la desigualdad. Finalmente, utilizando breves ejemplos, exploraremos

---

<sup>81</sup> Fuente Banco Mundial.

<sup>82</sup> Collier, en su libro *El Club de la Miseria*, ubica dentro de la lista de países que lo integran tanto a Haití como a Bolivia y también menciona a Cuba como un caso muy particular en donde los bajos ingresos per cápita conviven con estándares elevados en salud, educación y equidad (Collier, *El Club de la Miseria*, 28). Sin embargo, el crecimiento económico de Bolivia ha repuntado en los últimos años de una forma significativa y parece una descripción injusta mantener al país andino en ese poco honroso club. La pobreza y la indigencia, por ejemplo, han disminuido en Bolivia en cerca del 20% entre 2002 y 2010 (alrededor de 2002 había un 62,4% de pobres de los cuales 37,1% eran indigentes mientras que alrededor de 2010 la cifra de pobres había disminuido a 42,2% y la de indigentes al 22,4% de la población. Fuente CEPAL).

cómo instituciones consideradas no-ortodoxas (es decir, no vinculadas directamente al mercado o a la generación de incentivos) han probado ser útiles para generar crecimiento económico.

### **A. Elites, instituciones no-inclusivas y economía informal<sup>83</sup>**

A principios de la década de 1970 se “descubrió” en términos económicos un fenómeno que había existido desde siempre: la economía informal.<sup>84</sup> En aquel entonces se consideró que la economía informal en los países en desarrollo desaparecería cuando estos alcanzaran un nivel suficiente de crecimiento económico y desarrollaran un modelo industrial moderno; sin embargo, hoy se entiende que la informalidad depende, más que del crecimiento económico, de la inequidad en la distribución de los ingresos y en los bienes.<sup>85</sup> Esa inequidad tiene muchas veces origen en factores económicos pero en otras oportunidades son las normas (las instituciones formales vigentes) las que no permiten que se salte de la informalidad a la formalidad.

En la actualidad la economía informal no funciona de manera completamente paralela a la economía formal como era hasta hace unas décadas: hoy se hallan invariablemente mezcladas y es difícil asegurar que cualquier servicio o producto que consumamos proveniente del mundo formal no haya tenido en algún momento de la cadena de producción o de provisión un ingrediente del sector informal. En general cuando se habla de economía informal se piensa en actividades comerciales o relaciones laborales realizadas extralegalmente; sin embargo, hay que tener en cuenta también al fenómeno de la tenencia irregular de tierras y la existencia de construcciones informales.

---

<sup>83</sup> Siguiendo a los autores Alejandro Portes y William Halles se identificará a la economía informal como una manifestación de un fenómeno más amplio que es la economía sumergida. Este último concepto comprende otras manifestaciones (los límites de cada grupo no siempre aparecen claros fuera de la teoría): 1) La economía ilegal, que abarca la producción y distribución de bienes y servicios prohibidos por la ley. 2) La economía no declarada, que consiste en la realización de acciones que soslayan o evaden las normas impositivas establecidas en los códigos tributarios. 3) La economía no registrada, que comprende las actividades que transgreden los requisitos de los organismos estadísticos del Estado en materia de declaración. 4) La economía informal propiamente dicha, que abarca las actividades económicas que hacen caso omiso del costo que supone el cumplimiento de las leyes y las normas administrativas que rigen las "relaciones de propiedad, el otorgamiento de licencias comerciales, los contratos de trabajo, los daños, el crédito financiero y los sistemas de seguridad social" y están excluidas de la protección de aquellas. Los autores señalan que en la mayoría de los casos estas actividades informales están relacionadas con bienes lícitos (a diferencia del grupo descrito en el punto 1); véase Alejandro Portes y William Halles, *La economía informal* (Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL, 2004), 11.

<sup>84</sup> Kristina F. Becker, *The Informal Economy: fact finding study* (Stockholm: SIDA, 2004), 5.

<sup>85</sup> Becker, "The Informal Economy...", 5.



En lo que sigue de este título asumiremos sin mayor discusión (aunque admitimos que podría haberla) que la economía informal es un fenómeno que no es beneficioso para el desarrollo económico y humano y que un objetivo del desarrollo es reducir este tipo de economía. Las razones para sostener que la informalidad no es beneficiosa son básicamente que en la economía informal los trabajadores reciben pagas por debajo de las del mercado, no cuentan con seguridad social ni aportes jubilatorios y trabajan muchas veces en condiciones insalubres o riesgosas. Por otra parte, la economía informal no tiene cargas ni responsabilidades tributarias; rara vez se contratan seguros para sus mercancías, trabajadores o bienes de capital y son generadoras de cadenas de corrupción. Además, y sobre esto hay poco debate, la economía informal se considera de baja productividad.

En cuanto a la posesión informal de tierras o la realización de construcciones informales, a las desventajas anteriormente mencionadas se suman otras como las malas condiciones ambientales, la inseguridad de las construcciones rudimentarias, el acceso parcial o nulo a servicios básicos como agua o electricidad, etc. Es interesante mencionar que ambos fenómenos (economía informal y posesión informal de tierras se encuentran vinculados), pues las condiciones laborales de los trabajadores informales están empíricamente vinculadas a la proliferación de viviendas también informales o asentamientos extralegales.<sup>86</sup>

La aclaración sobre la posición que se adoptará sobre la informalidad es necesaria pues hay numerosos estudios que destacan las virtudes de la informalidad, entre otras cosas, porque esta funciona como una válvula de escape permitiendo que la desocupación no sea mayor o que los precios bajen y así los productos puedan ser adquiridos por personas de menores recursos, etc. Sin embargo, todas esas descripciones positivas de la informalidad –que son en muchos casos descriptivamente acertadas– son, si se nos permite la expresión, meros consuelos. Un compromiso serio con la promoción del desarrollo humano no puede tener otro objetivo que el de reducir el tamaño y el arraigamiento de la informalidad de la economía.

Uno de los problemas de la economía informal es que ella resulta muy difícil de medir. Uno de los modos de hacerlo es a través del empleo informal.<sup>87</sup> En América

---

<sup>86</sup> Véase Hernando De Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (New York: Basic Books, 2000), capítulo IV.

<sup>87</sup> Para medir –siempre por aproximación– el tamaño de la economía informal pueden utilizarse cuatro enfoques distintos: a) el enfoque del mercado de trabajo (que es el que se ha escogido en este trabajo); b) el enfoque de las pequeñas empresas; c) el enfoque del consumo de los hogares; y d) el enfoque de las discrepancias macroeconómicas (véase Portes y Halles, “La economía informal”, 29).

Latina, en 2011, el 47.7% de la población ocupada no agrícola tuvo un empleo informal, de los cuales el 31,1% fue empleado directamente en empresas informales, el 11,4% fueron empleos informales en empresas formales y el 5,2% en el servicio doméstico.<sup>88</sup> En la República Argentina, en 2011, los trabajadores empleados informalmente (excluyendo el sector agrícola) llegaron al 46,9%.<sup>89</sup> Los trabajadores informales pertenecen generalmente a los quintiles de más bajos ingresos.

Se intentará presentar a continuación un ejemplo de cómo las instituciones pueden ser de crucial importancia para erradicar o disminuir la economía informal y cómo algunos de los debates sobrevolados anteriormente aparecen de una manera más tangible.

Los proyectos de reformas institucionales llevados a cabo durante las décadas de los grandes ajustes (décadas de los ochenta y los noventa) se preocuparon principalmente por el fortalecimiento del derecho privado y la protección del derecho de propiedad. Sin embargo, lo hicieron profundizando la perspectiva excluyente que existía (y aún sigue vigente): los derechos de propiedad que pretendían garantizarse eran principalmente los de los inversores extranjeros y de los que se favorecían con el contexto de achicamiento del Estado. No estaban contemplados en estos planes los modestos emprendedores. La lógica de aquel entonces era, como ya hemos visto en los debates, que si se lograba el crecimiento económico “todos los botes saldrían a flote”, y entre ellos, claro está, se mejoraría la situación de las personas pobres que viven en el mundo de la informalidad y se reduciría este fenómeno.

En el ámbito del derecho laboral tampoco se hallaron soluciones para promover una economía más inclusiva, aun cuando la tendencia hacia la flexibilización en el trabajo tuvo como uno de sus propósitos teóricos facilitar que los trabajadores informales pasaran al mundo de la formalidad,<sup>90</sup> los beneficiarios reales de estos planes fueron casi siempre los mismos: las nuevas y viejas elites. Lo mismo ocurrió en el plano del derecho de propiedad: la irregularidad de la tenencia de la tierra continúa siendo un problema

---

<sup>88</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Panorama Laboral de América Latina y el Caribe” (2012), 14, disponible en: <http://www.ilo.org/americas/publicaciones/panorama-laboral/lang--es/index.htm> (consultado por última vez 20 de octubre de 2013).

<sup>89</sup> OIT, “Panorama Laboral...”, 45.

<sup>90</sup> Diversos estudios han demostrado que luego de dictadas las leyes de flexibilización laboral no se lograron bajar los índices de desempleo ni disminuir la informalidad, sino que, por el contrario, estos aumentaron en Argentina hacia fines de la década de los noventa; véase World Bank, “Argentina, Labor Market Study. Informal Employment in Argentina: Causes and Consequences” (2008), 10, disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2008/03/9819912/argentina-labor-market-study-informal-employment-argentina-causes-consequences> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

mayúsculo en Argentina y en América Latina y las normas avanzaron escasamente para promover la tenencia legal de las tierras o para facilitar permisos de construcción con un espíritu más democrático.

Más notable es aun que tampoco se produjeron reformas inclusivas de cierta significación durante la última década (2002-2012), en la que Argentina y, en general, América Latina han gozado de un sostenido crecimiento económico. En Argentina, por ejemplo, si bien la informalidad se redujo en algunos pocos puntos porcentuales,<sup>91</sup> no lo hizo de manera radical ni se aprovechó el crecimiento para promover una integración a la economía de las personas que atraviesan por situación de pobreza.<sup>92</sup>

La vinculación entre el derecho comercial y las personas de menores recursos no es menor ya que, a nivel mundial, aproximadamente un 50% de los pobres urbanos operan algún tipo de establecimiento comercial y cerca de un 20% de la población pobre en zonas rurales también lo hace.

Bastan elementales conocimientos de derecho comercial para apreciar que el modo en que se encuentra regulada la actividad mercantil en Argentina solo permite que personas de medianos y altos recursos accedan a ella formalmente. A este conocimiento teórico debemos adicionar también la casi segura aparición de ciertas normas sociales y que también tienen un costo en dinero o tiempo. Finalmente, cuando el negocio está en marcha ciertas regulaciones obsoletas y excluyentes aparecen en escena (aun cuando, por supuesto, no todas puedan ser calificadas de esa forma), siempre acompañadas de las normas informales disfuncionales.

En términos prácticos, para abrir un negocio formal en la Argentina hace falta la constitución de una sociedad y su inscripción (lo que conlleva la intervención de un

---

<sup>91</sup> La información es otra vez relativa al empleo informal. Las estadísticas son bastante discordantes dependiendo del organismo que las provea. CEPAL, por ejemplo, indica que en el año 2002 el sector informal no agrícola era del 41,5% y en 2010 había disminuido al 39% (Fuente CEPALSTAT). Como se puede advertir estas estadísticas no son consistentes con las de la OIT que exhiben un nivel de informalidad del 46,9% en 2011.

<sup>92</sup> En Argentina, el proyecto de unificación y modificación de los Códigos Civil y Comercial elaborado por los Dres. Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer, propone algunas mejoras en este sentido y al menos enuncia con claridad una parte del problema pero no logra deshacerse de las estructuras que están en el corazón de la generación de informalidad. En la exposición de motivos los autores del proyecto exponen que el texto propuesto se rige por un “Código de la igualdad” y explican que “[l]os textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”; véase “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” (2012), 4, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

escribano público)<sup>93</sup> a lo que luego se suman otra serie de pasos también costosos, engorrosos y largos. De acuerdo con el reporte del Banco Mundial que acompaña al “Índice de Facilidad para Hacer Negocios”<sup>94</sup>, para abrir un negocio en Argentina se necesitan cumplir 14 pasos (trámites), que llevados a cabo ininterrumpidamente suman 26 días, y que además tienen un costo equivalente al 12,3% del ingreso per cápita del país<sup>95</sup> y requieren un capital mínimo inicial equivalente al 5,7% también del ingreso per cápita. El panorama en nuestro país es bastante peor en este sentido que en otras economías de la región: en Uruguay solo se requieren 5 pasos para abrir un negocio; en Panamá basta con 7 días para hacerlo; el costo total del trámite en Chile equivale solo al 4.5% del ingreso per cápita y el capital mínimo para iniciar un negocio es de 0.0% de la renta per cápita en 12 países de América Latina.<sup>96</sup>

Por lo tanto quien pretenda formalizar un negocio en Argentina, deberá contar con un capital equivalente al 18% del ingreso per cápita y deberá poder destinar 26 días íntegramente a la realización de los trámites. Todo ello sin considerar otras necesidades como la de conseguir financiamiento formal (que es siempre más barato y por lo general menos abusivo que el informal); registrar una marca comercial; dar de alta a los empleados; superar los controles para la habilitación; etc. Es decir, la iniciación del negocio es costoso *per se* pero a ello deberíamos sumar su puesta en marcha.

---

<sup>93</sup> La intervención obligatoria de notarios públicos en muchas actividades vinculadas con la gestión de los derechos de propiedad (como la constitución de una sociedad, la compra-venta inmobiliaria, el otorgamiento de poderes, etc.), es considerada uno de los temas que un derecho más inclusivo tendría que intentar resolver. En Perú, uno de los países que mayores mejoras ha realizado hacia la inclusión de las personas con menos recursos, se produjo un debate muy interesante con los notarios. Uno de los documentos que refleja esa discusión es la publicación del Instituto para la Libertad y la Democracia (ILD), “The War of Notary Publics”, disponible en: <http://www.ild.org.pe/publications/books/the-war-of-notary-publics> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

<sup>94</sup> Este índice ha sido cuestionado por su metodología y por la selección de ciertos criterios que no son universalmente aplicables. Además se considera que no toma en consideración las normas informales que aparecen en muchas economías cuando se hacen negocios. No obstante, los datos relativos a la apertura de un comercio a través de la constitución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada son suficientemente objetivos como para resultar válidos a título de ejemplo.

<sup>95</sup> Los cálculos del porcentaje del ingreso per cápita están hechos sobre la base del Ingreso Nacional Bruto (o GNI, según su sigla en inglés) per cápita. El Ingreso Nacional Bruto es equivalente al Producto Bruto Interno (el Banco Mundial cambió la nomenclatura hace unos años y diversos organismos siguieron su senda, entre ellos el PNUD que ahora mide el ingreso per cápita en el IDH a través del Ingreso Nacional Bruto).

<sup>96</sup> Fuente Banco Mundial, Índice de Facilidad para hacer negocios 2013. El reporte regional (World Bank, “Doing Business 2013. Latin America”) está disponible en: <http://www.doingbusiness.org/reports/~/media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Profiles/Regional/DB2013/DB13-Latin-America.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Algo similar sucede con la formalización de la propiedad (se requieren 7 pasos que llevan cerca de 55 días y tienen un costo del 7,0% del ingreso per cápita)<sup>97</sup> o con las gestiones necesarias para lograr un permiso de construcción<sup>98</sup> (se requieren realizar 24 trámites, que duran 365 días aproximadamente y que obligan a una inversión de nada menos que el 74,3% del ingreso per cápita promedio del país)<sup>99</sup>. Es notable, por ejemplo, que en medio del *boom* del crecimiento económico argentino se haya incrementado la población en asentamientos informales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires en un 52,3% respecto del año 2001.<sup>100</sup> Otra vez, las normas podrían haber generado una diferencia para el desarrollo.<sup>101</sup>

Virar hacia una economía más inclusiva no implica necesariamente reducir la regulación o desregular. Lo necesario es modificar la regulación para volverla más democrática. El Estado continúa capturado por las elites. Por supuesto que la reducción de la informalidad también depende de la reducción de las normas informales disfuncionales. Ellas también se pueden reducir si se diseñan correctamente las normas formales. Generar un auténtico cambio institucional no es fácil pero como mínimo hace falta tener en consideración a las normas informales, conocerlas y prever como interactuarán con las instituciones formales. Este tema será el asunto central del título que sigue.

## **B. Normas informales neutralizadas por buenos diseños institucionales en los Programas de Transferencias Condicionadas**

En esta oportunidad privilegiaremos la descripción de lo ocurrido en América Latina en lugar de lo que ha sucedido con estos planes en la Argentina. Algunos datos se brindarán sobre nuestro país pero solo en el contexto comparativo de la descripción de lo ocurrido en el subcontinente.

---

<sup>97</sup> Fuente Banco Mundial, Índice de Facilidad para hacer negocios 2013.

<sup>98</sup> El otorgamiento de permisos de construcción no es pasible de ser mesurado a nivel nacional ya que es un trámite municipal y hay variaciones entre los diversos municipios. Los datos que utiliza el Banco Mundial en su informe sobre Facilidad para Hacer Negocios son relevados en la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>99</sup> Fuente Banco Mundial, Índice de Facilidad para hacer negocios 2013.

<sup>100</sup> Dirección General de Estadísticas y Censos, “Resultados provisionales del Censo Nacional de Población y Vivienda 2010 en la Ciudad de Buenos Aires” (2011), 5, disponible en: [http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/hacienda/sis\\_estadistico/resultados\\_provisionales\\_censo\\_2010.pdf](http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/hacienda/sis_estadistico/resultados_provisionales_censo_2010.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

<sup>101</sup> El cambio normativo no es, sin embargo, la única alternativa a explorar para resolver el problema de la vivienda.

Los planes estatales tendientes a reducir la pobreza existen desde largo tiempo atrás y, en general, su diseño ha adoptado las formas más afines a las tendencias del desarrollo de cada momento. Por eso, en el auge del desarrollo como satisfacción de las necesidades básicas la distribución de ropas o alimentos o el subsidio de la luz o el gas eran más frecuentes que hoy en día.

Aunque el subsidio de alimentos básicos para las dietas de cada cultura sigue siendo usual, en los últimos años la tendencia en el mundo entero es hacia el abandono de los planes vinculados a beneficios en el consumo para reemplazarlos por planes que simplemente transfieren sumas dinerarias a las personas necesitadas. Esta modalidad se entiende como más alineada con el nuevo paradigma del desarrollo y además se ha descubierto como más eficiente,<sup>102</sup> ya que la persona que recibe el dinero puede aplicarlo a la satisfacción de las necesidades que valore más. Sin embargo, aun en la modalidad de transferencias dinerarias los planes sociales fueron mutando hasta llegar a lo que se consideró todo un cambio de paradigma en los programas de reducción de la pobreza: los programas de transferencias condicionadas (PTC).

Los PTC fueron creados por el economista mexicano Santiago Levy durante su gestión a cargo la Subsecretaría de Hacienda en su país entre 1994 y 2000. Levy quería reformar el complicado e ineficiente sistema de prestaciones sociales en México. No solo lo consiguió sino que además ideó un plan de transferencias de dinero en efectivo dirigidas a la población en pobreza extrema, que intentaba romper la transmisión intergeneracional de la pobreza.<sup>103</sup> Así el plan se ideó vinculando la recepción de dinero a la condición de asistencia escolar de los niños de las familias beneficiarias y al cumplimiento de alguna otra condición vinculada a la salud preventiva (como vacunación de los niños o control prenatal de las embarazadas). Estos fueron los elementos básicos del diseño del programa Progresa-Oportunidades (actualmente llamado solo Oportunidades), que aún se encuentra

---

<sup>102</sup> La mayor eficiencia de las transferencias con relación, por ejemplo, al subsidio de alimentos básicos proviene, entre otras cosas, del descubrimiento (en realidad la ratificación por medio de estudios basados en la evidencia) del postulado enunciado por Robert Giffen en el siglo XIX. De acuerdo con Giffen el aumento del precio en ciertos alimentos lleva a un mayor consumo de ellos y la disminución en su precio a una disminución en el consumo. Así, si se subsidian productos básicos (como el arroz en China, el trigo en Egipto o la tortilla de maíz en México) es posible que el consumo de estos disminuya en vez de aumentar, por lo que la preocupación nutricional de los gobiernos no tiene el resultado positivo esperado.

<sup>103</sup> Santiago Levy, "Productividad, Crecimiento y Pobreza en México: ¿qué sigue después de Progresa-Oportunidades?", Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2007), 1, disponible en: <http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/productividad-slevy.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

activo.<sup>104</sup> El modelo de los PTC se extendió rápidamente por América Latina y por otros países del mundo.<sup>105</sup>

Más allá de las críticas que estos planes han recibido desde todos los espectros<sup>106</sup>, lo cierto es que hasta el momento parecen resultar exitosos. Si bien no son ellos la primera causa de reducción de la pobreza y la desigualdad en nuestra región<sup>107</sup> (la causa principal de estos dos bienvenidos fenómenos es el crecimiento económico)<sup>108</sup>, sí han contribuido significativamente. En general se pone el acento del éxito de estos programas en las condicionalidades y el modo en que estas han logrado modificaciones sustanciales en escolarización, vacunación, control pre-natal y hasta alfabetización de adultos.<sup>109</sup>

Sin embargo nuestro punto de interés en este caso es cómo el diseño de los PTC ha logrado, por lo general, superar las normas informales que reinaban en el ámbito de los planes sociales (esto es, básicamente, el uso de estos con fines de clientelismo político)<sup>110</sup>

---

<sup>104</sup> En la década de 1990, se habían iniciado algunos planes similares en Brasil, pero se trataba de programas de carácter municipal –véase Simone Cecchini y Aldo Madariaga, *Programas de Transferencias Condicionadas. Balance de la experiencia reciente en América Latina y el Caribe* (Santiago de Chile: CEPAL, 2011), 9.

<sup>105</sup> De acuerdo con información brindada por el Banco Mundial hay más de 30 países que han implementado PTC, entre ellos países de gran población y/o con gran cantidad de población en situación de pobreza como Turquía, Pakistán, Kenya y Mozambique, entre otros.

<sup>106</sup> Las críticas más frecuentes son que los PTC no propician incentivos para el trabajo; que generan o perpetúan informalidad en el trabajo; que son insuficientes para superar las trampas de la pobreza de las personas en estado de indigencia; que no llegan a todas las personas que lo necesitan (como los inmigrantes ilegales), etc. La crítica más interesante es la que proviene de dos estudios randomizados en los que se demostró que las condicionalidades *vinculadas a la escolarización primaria* no sirven realmente pues las personas al obtener un ingreso extra invierten en sus hijos enviándolos al colegio sin que nadie se los exija (Véase Sarah Baird, et. al., “Designing cost-effective Cash Transfer Programs to Boost Schooling among Young Women in Sub-Saharan Africa”, World Bank Policy Research Working Paper N° 5090, 2009. También ver Najy Benhassine, et. al., “The impact of Conditional Cash Transfers on Schooling and Learning: Preliminary evidence from the Tayssir Pilot in Morocco” (Cambridge, Mass.: MIT Press, 2010).

<sup>107</sup> La reducción de la pobreza y la desigualdad ha sido principalmente producto del crecimiento económico y en menor medida de la redistribución llevada a cabo por los PTC u otros planes sociales (efecto distributivo). De acuerdo con el análisis realizado por CEPAL durante el período 2002-2010, nueve países redujeron la pobreza principalmente a partir del crecimiento de los ingresos medios, mientras que en seis predominó el efecto distributivo. El efecto crecimiento fue particularmente importante en Argentina, Colombia, Ecuador, Honduras y República Dominicana, donde fue responsable de un 80% o más de la caída de la pobreza. Pero incluso en los países en los que el efecto distributivo prevaleció sobre el efecto crecimiento este último sólo fue responsable de un 60% de la disminución de la pobreza. Respecto de la disminución de la desigualdad en Colombia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y la República Bolivariana de Venezuela, la variación en los ingresos laborales (vinculado al crecimiento) explica el 90% o más de la variación en el ingreso total por adulto; mientras que el efecto distributivo (medido a través de los ingresos no-laborales que proporcionan los PTC) contribuyó con un 50% o más de la reducción de la desigualdad de los ingresos por adulto en Chile, Ecuador, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, y en Argentina y Brasil su contribución fue superior al 40% –CEPAL, *Panorama Social para América Latina, 2011* (Santiago de Chile: CEPAL, 2012), 10-11–.

<sup>108</sup> ¿Entonces Paul Collier tiene razón?

<sup>109</sup> El programa “Abrazo” (2005) de Paraguay tiene entre sus condicionalidades la alfabetización de adultos.

<sup>110</sup> La definición de clientelismo propuesta por Gruenberg es sencilla pero capta suficientemente el espectro de situaciones que pueden calificarse como clientelares. Explica Gruenberg que el clientelismo político

y la corrupción. Los planes sociales anteriores a los PTC eran distribuidos, entre otros mecanismos, a través de “punteros” políticos y de otros contactos; eran moneda de cambio de favores partidarios; en algunos casos también se requería a los beneficiarios el aporte de un porcentaje de lo recibido a estructuras partidarias o barriales.<sup>111</sup> Demás está decir que los PTC no han borrado mágicamente años de malas prácticas, pero lo interesante es que desde su diseño se intentó –y en buena medida se consiguió– diseñar una estrategia para combatirlas.

En primer lugar, el reemplazo de los subsidios al consumo por transferencias dinerarias tiene –además del fundamento económico, de mejora de la eficacia y de justicia social–<sup>112</sup> un objetivo de reducción de la corrupción.<sup>113</sup> Las formas de corrupción vinculadas a los subsidios al consumo son diversas y van desde los fraudes en los procesos para ser proveedor de los insumos subvencionados hasta la generación de un mercado negro de esos productos.<sup>114</sup>

En segundo lugar, la tendencia hacia la universalización de los beneficiarios ubicados dentro del grupo objeto de los PTC también reduce las oportunidades de clientelismo. En países con alta demanda de programas sociales o extensos territorios, cierta focalización podría ser necesaria (hay programas que han comenzado por ciertas zonas geográficas con niveles de pobreza elevado y homogéneo pero luego se han extendido a otras zonas –tal

---

puede ser definido como una forma especial de vínculo resultante de un criterio personal antes que universal. En la relación clientelista, un individuo con mayor poder (el patrón) saca ventaja de su influencia y recursos para proveer protección, servicios o favores de otros individuos (clientes), quienes a cambio ofrecen asistencia, servicios personales, prestigio social o apoyo político al patrón en las elecciones. Entre estos dos individuos (patrón y cliente), pueden emerger los *brokers* (llamados punteros informalmente en Argentina) quienes desarrollan una suerte de sistema de intermediación entre los servicios, bienes y favores que provee el patrón y la lealtad, asistencia, servicios personales, prestigio o apoyo político que proviene del cliente (Christian Gruenberg, “Transformative Participation or Voice Without Influence” en *Fighting Clientelism: Transparency and participation in targeted social programs*, Eds. Fernando Carrillo y Christian Gruenberg (Buenos Aires: CIPPEC y BID, 2006), 38.

<sup>111</sup> En Argentina, por ejemplo, a nivel nacional, podemos identificar diversos planes previos al Programa de Asignación Universal por Hijo (AUH) que es, de acuerdo a nuestra valoración, el primer PTC que se implementa en el país. Por diversos motivos, especialmente vinculados con el diseño del plan no consideramos que el Plan Jefes y Jefas de Hogar comparta los rasgos que diferencian a los PTC de otros tipos de planes sociales. Entre otras cosas el Plan Jefes y Jefas de Hogar estuvo fuertemente marcado por el clientelismo al igual que sus predecesores, los diversos planes conocidos como “Trabajar”.

<sup>112</sup> Los subsidios al consumo son muchas veces sobre-inclusivos (benefician muchas veces a quienes no lo necesitan) y en otras oportunidades son sub-inclusivos (no llegan a los beneficiarios que lo necesitan realmente).

<sup>113</sup> Santiago Levy y Evelyne Rodríguez, “Sin herencia de pobreza: el programa progresa-oportunidades de México”, (Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo y Editorial Planeta Mexicana, 2005), 134.

<sup>114</sup> Véase The Global Subsidies Initiative, “Policy Brief. Corruption and fraud in agricultural and energy subsidies: Identifying the key issues” (2010), disponible en: [http://www.iisd.org/gsi/sites/default/files/pb10\\_corruption.pdf](http://www.iisd.org/gsi/sites/default/files/pb10_corruption.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).



es el caso de México— otros lo han hecho apelando a la focalización categórica —como el “Bono Juancito Pinto” en Bolivia—)<sup>115</sup>. Sin embargo, se puede argumentar que los PTC — si bien utilizan mecanismos de focalización de los recursos— procuran avanzar hacia la universalización de los derechos sociales y económicos de todos los ciudadanos, comenzando por quienes se ven más privados de su ejercicio.<sup>116</sup> Cuando hablamos de tendencia a la universalización no solo nos referimos al enfoque del grupo poblacional que será potencial beneficiario sino también a la no imposición de obstáculos administrativos generadores de posibles relaciones “cliente-patrón”. En un estudio en Argentina se encontró que para anteriores planes (Plan Jefes y Jefas de Hogar)<sup>117</sup> uno de los dos picos de denuncias por clientelismo se verificó en los momentos cercanos a las fechas en que estos planes “cerraban” la inscripción.<sup>118</sup>

Otro mecanismo interesante para evitar el clientelismo es el especial cuidado en los procedimientos y técnicas de selección de beneficiarios que buscan minimizar los errores de exclusión (familias que satisfacen los criterios de elegibilidad, pero no participan en el programa) e inclusión (familias que no satisfacen los criterios de elegibilidad, pero participan). Por lo general, estos programas logran hacer llegar las transferencias de ingreso a los más necesitados.<sup>119</sup> En América Latina, evaluados varios países con PTC en marcha se comprobó que entre el 60% y el 75% de los gastos en estas transferencias son captados por el 40% más pobre de la población.<sup>120</sup>

La tendencia de gran cantidad de países ha sido también a reemplazar los múltiples planes de asistencia social por uno o unos pocos que concentran esta actividad. Así se ha logrado mejorar la unificación de información sobre los beneficiarios e impedido la proliferación de beneficios duplicados (algunos de los cuales eran gestionados por duplicado o triplicado por los propios beneficiarios y otros obtenidos mediante relaciones

---

<sup>115</sup> Cecchini, “Programas de Transferencias Condicionadas...”, 29.

<sup>116</sup> Cecchini, “Programas de Transferencias Condicionadas...”, 30.

<sup>117</sup> Como se dijo anteriormente por sus características de diseño e implementación, no consideramos que el Plan conocido como “Jefes y Jefas de Hogar” cumpla con la mayor parte de las características que hacen de los PTC un tipo de programa social diferente de lo que se había conocido hasta el momento. El Plan Jefes y Jefas puede ser definido como transicional hacia los PTC y fue fuertemente marcado por el clientelismo (ver entre muchos otros trabajos del mismo autor, además de los otros citados en este artículo, Christian Gruenberg, y Victoria Pereyra Iraola, “El clientelismo en la gestión de programas sociales contra la pobreza”, *Documento políticas públicas y análisis* (Buenos Aires: CIPPEC, 2009).

<sup>118</sup> Christian Gruenberg, “Entre el clientelismo y la ciudadanía: la gestión de programas sociales en Argentina” en *Transparencia y Probidad Pública Estudio de Caso en América Latina*. Eds. José Zalaquett y Alex Muñoz, (Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2008), 51.

<sup>119</sup> Cecchini, “Programas de Transferencias Condicionadas...”, 28.

<sup>120</sup> Cecchini, “Programas de Transferencias Condicionadas...”, 28.

clientelares). Fuertemente vinculado a la unificación de “padrones” de beneficiarios ha habido un avance enorme en la transparencia de la información relativa a los destinatarios. En la mayoría de los PTC implementados en América Latina –aun en países que no tienen ley de acceso a la información– los padrones de destinatarios (que tienen además otro tipo de datos sobre cumplimiento de las condicionalidades, fecha de ingreso, hijos a cargo, etc.) son accesibles para gestiones de contralor.<sup>121</sup> Esto facilita la identificación de posibles actividades clientelares u otras formas de fraude.

Hay muchos otros ejemplos de cómo el diseño de los PTC ha evolucionado para intentar superar el clientelismo que constituía hasta hace poco la norma social que regía la distribución de planes sociales en América Latina y el Caribe (entre otros aspectos no mencionados anteriormente se ha avanzado en la institucionalización o bancarización del modo de pago o en la apertura de canales de comunicación para la recepción de quejas o denuncias). Por supuesto que se puede seguir mejorando (por ejemplo, la rendición de cuentas y la participación ciudadana son dos aspectos en los que todavía hay mucho por hacer)<sup>122</sup>. Un aspecto a tener en cuenta a fin de evitar la generación de instituciones informales disfuncionales es el enorme poder que se ha transferido a raíz de las condicionalidades hacia maestros, directores de escuelas, médicos, enfermeras<sup>123</sup> y otros encargados de “certificar” el cumplimiento de las condicionalidades. Es de esperar que no se reproduzcan en esos ámbitos las relaciones clientelares que se generaron en los ámbitos vinculados a la política pero no debe desatenderse la necesidad de realizar ajustes institucionales en caso de aparecer normas informales que no contribuyan a la inversión en capital humano que es el objetivo principal de los PTC.

La idea central de este título no ha sido, como es obvio, la de un análisis exhaustivo de los PTC sino la presentación de estos planes (que son instituciones formales claramente vinculadas al desarrollo) como un caso relativamente exitoso de neutralización de instituciones informales disfuncionales.

---

<sup>121</sup> Cecchini, “Programas de Transferencias Condicionadas...”, 173 y ss.

<sup>122</sup> Véase Cecchini, “Programas de Transferencias Condicionadas...”, 167 y ss.

<sup>123</sup> Esta inteligente advertencia es realizada por Alberto Diaz-Cayeros, et. al., *Strategies of Vote Buying: Democracy, Clientelism and Poverty Relief in Mexico* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 32, disponible en:

<http://www.stanford.edu/~magaloni/dox/2012strategiesvotebuying.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

### C. Crecimiento Económico a través de instituciones heterodoxas

Hay dos premisas que los debates que hemos reseñado no han discutido: que las instituciones son importantes para el desarrollo y que el crecimiento económico es parte del desarrollo. Los debates nos permitieron conocer los matices de estas dos máximas del desarrollo y los diferentes caminos para llegar al crecimiento económico. Se reitera, esas discusiones sobre los matices no han negado la necesidad del crecimiento económico (aunque muchas posiciones sí han puesto en duda que solo él sea suficiente o que sea el objetivo mismo del desarrollo). Tampoco ninguno de los autores citados ha negado la importancia de las instituciones aun cuando alguno de ellos le otorgue una menor relevancia.

Retomando un poco el debate de las primeras páginas veremos a continuación distintos ejemplos de cómo instituciones heterodoxas (esto es, no vinculadas necesariamente a los mandamientos del mercado) permiten generar crecimiento económico. Se trata de instituciones que aparecen más naturalmente ligadas al desarrollo humano o a la expansión de las capacidades humanas, pero que, en los últimos años, se han probado muy útiles también para generar mayor crecimiento económico. La elección de estas instituciones no es completamente caprichosa: en todas hay una buena dosis de actividad jurídica que permite advertir por qué los abogados deberíamos sentarnos a pensar acerca de las reglas del juego y el desarrollo.

**Igualdad de Género.** En el actual paradigma del desarrollo la igualdad de género es un objetivo y a la vez un medio para generar mayor desarrollo humano, pero además, en los últimos años, se ha demostrado que la igualdad de género es un importante factor para contribuir particularmente al crecimiento económico. Esto es bastante obvio: si las mujeres representan alrededor del 50% de la fuerza de trabajo del mercado, el excluirlas (directa o indirectamente, mediante prohibiciones o sutiles discriminaciones) es privar total o parcialmente a la economía de la mitad de su capital social.

De acuerdo con el Banco Mundial, la igualdad de género es parte de lo que se denomina una “economía inteligente” y puede aumentar la eficiencia económica en materia de desarrollo de tres formas.<sup>124</sup> En primer lugar, como adelantamos anteriormente,

---

<sup>124</sup> Banco Mundial, “Informe sobre el desarrollo mundial 2012. Igualdad de Género y Desarrollo”, 14, disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105->

las barreras que impiden la igualdad de acceso a la educación, a las oportunidades económicas y a los insumos productivos pueden disminuir generalizadamente la productividad.<sup>125</sup> El segundo punto incluido en el informe del Banco Mundial apunta a que un mayor control de las mujeres sobre los recursos del hogar incrementa la inversión en el capital humano de hijos e hijas, con efectos positivos dinámicos en el crecimiento económico. Estudios realizados en diversos países del mundo han encontrado que incrementar la proporción de los ingresos del hogar controlados por las mujeres modifica los patrones de gastos en formas que benefician por igual a hijas e hijos.<sup>126</sup> Por este motivo, muchos países han decidido que los PTC sean cobrados prioritariamente por mujeres.<sup>127</sup>

El tercer motivo mencionado por el Banco Mundial se vincula con el empoderamiento y la participación. La mayor o menor capacidad de acción y decisión de las mujeres afecta las posibilidades de desarrollar sus capacidades y de esa manera generar capital humano que contribuya a la economía en igualdad de condiciones. Cuando las mujeres y los hombres no gozan de las mismas oportunidades para tener una actividad social y política, y para influir en leyes y decisiones, es menos probable que se logren corregir las limitaciones institucionales y las deficiencias de los mercados que promueven la desigualdad de género.<sup>128</sup>

El crecimiento económico que no se concreta por los obstáculos que enfrentan las mujeres es considerable, ello sin siquiera considerar los esfuerzos económicos que deben hacer los Estados para reparar o moderar las consecuencias de la desigualdad.

**Reducción de la Violencia.** La violencia generalizada que se presenta en forma de conflictos armados civiles o internacionales es un claro freno para el crecimiento

---

[1299699968583/7786210-1315936231894/Overview-Spanish.pdf](https://www.bancomundial.org/es/publication/1299699968583/7786210-1315936231894/Overview-Spanish.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

<sup>125</sup> Banco Mundial, “Igualdad de Género...”, 6.

<sup>126</sup> Banco Mundial, “Igualdad de Género...”, 6. Los estudios mencionados se realizaron en Bangladesh, Brasil, Costa de Marfil, México, el Reino Unido de Gran Bretaña y Sudáfrica.

<sup>127</sup> Estas políticas han sido sin embargo blanco de objeciones, ya que hay quienes sostienen que los PTC cuyas beneficiarias son únicamente mujeres refuerzan el rol de estas como “cuidadoras” y no son suficientes para conseguir el empoderamiento pretendido. También se ha señalado que las mujeres se incorporan a estos programas para aumentar el capital humano de sus hijos y no el propio –véase entre otras críticas la expuesta por Rebecca Holmes, et. al., “Cash Transfers and Gendered Risks and Vulnerabilities: Lessons from Latin America”, Centre for Inclusive Growth, Research Brief 16 (2010), disponible en: <http://www.odi.org.uk/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/6042.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013)–.

<sup>128</sup> Banco Mundial, “Igualdad de Género...”, 6.

económico. Esto no es ninguna novedad. Se estima que una guerra civil, por ejemplo, reduce el crecimiento en alrededor de un 2,3% anual, por lo que una guerra de siete años deja a un país cerca de un 15% más pobre de lo que hubiera sido de no haber existido conflicto.<sup>129</sup> Pero además las guerras generan refugiados, desplazados, colapso de los sistemas de salud, aumento de enfermedades contagiosas y otras atrocidades que no solo afectan al país en conflicto sino también a sus vecinos.<sup>130</sup>

Más allá de la tan estudiada relación entre conflicto y crecimiento económico, en los últimos tiempos uno de los temas más explorados ha sido el de la relación de la violencia “interpersonal” con el crecimiento económico. Nos referimos a violencia interpersonal como no solo a la que se origina en personas conocidas de la víctima (como la violencia doméstica) sino también aquella que es producto de delitos violentos ejecutados por desconocidos.

La violencia genera diversos problemas para el crecimiento económico<sup>131</sup> que separaremos en tres categorías: barreras para el crecimiento económico propiamente dicho; gastos directos soportados por el Estado y generados por la violencia; y la afectación intergeneracional del capital humano en casos de violencia doméstica.

Como hemos visto en las páginas anteriores, sin inversión no hay crecimiento, y la violencia aleja a las inversiones. Un contexto de violencia no brinda a los inversores la seguridad necesaria y además obliga a una mantener una serie de costos fijos vinculados con los cuidados que requiere el proteger la inversión de la inseguridad. De este modo, por lo general, los países con altos índices de violencia promueven climas de inversión que presentan menos incentivos. Por ejemplo, en El Salvador y Guatemala, dos de los países con mayor índice de violencia en el mundo, el 21% de las empresas participantes

<sup>129</sup> Collier, *El Club de la Miseria*, 57.

<sup>130</sup> Collier, *El Club de la Miseria*, 57.

<sup>131</sup> Como se expuso al iniciar este tramo del trabajo nos centraremos en la relación entre instituciones y crecimiento económico, dejando de lado otros aspectos del desarrollo más vinculados a la noción de desarrollo humano. Por supuesto que el desarrollo humano se ve severamente afectado por la presencia permanente y generalizada de violencia. En este sentido, y sólo por mencionar algunos aspectos, el Banco Mundial estima que la reducción de la pobreza en los países que se ven más gravemente afectados por la violencia es en promedio a un 1% más lenta que en otros países y que la violencia generalizada es uno de los principales obstáculos que tienen los países para alcanzar el cumplimiento de los ODM: los países afectados por altos índices de violencia albergan al 47% de la población mundial, pero en ellos viven el 60% de las personas con desnutrición o mala nutrición; el 70% de los niños que no asisten a la escuela primaria; y se producen el 71% de las muertes de menores de 5 años, solo por mencionar algunos de los ODM –véase Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo mundial 2011, “Conflicto, seguridad y desarrollo” (2011), 60, disponible en: <http://www.contexto.org/pdfs/BMdesarrlImundial2011Overview.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

en un estudio manifestaron que la inseguridad es la mayor barrera para invertir.<sup>132</sup> La respuesta de las empresas parece bastante lógica desde que los gastos que deben realizarse en seguridad y las pérdidas debido a la inseguridad alcanzan el 3,7% del total de la facturación en esos países. Pero el problema no es solo en el llamado “Triángulo Norte de América Central”, la cifra de inversión en seguridad para toda América Latina es también lamentablemente significativa, alcanza al 2,8% de la facturación.<sup>133</sup> En definitiva, se estima que el impacto de los delitos violentos en la productividad se erige como uno de los factores más importantes para el crecimiento y tiene una importancia similar a la corrupción, las regulaciones, la infraestructura, el capital humano o el acceso a la financiación.<sup>134</sup>

La afectación al crecimiento económico también puede producirse con la erosión del empleo: un estudio reciente sobre la violencia vinculada al narcotráfico en México concluyó que el aumento de 10 homicidios por cada 100.000 habitantes en un municipio genera una disminución de entre el 2 y 3% de la proporción de personas trabajando en el mismo trimestre y en el siguiente período; un aumento de la proporción de personas desocupadas en el municipio de cerca de 1,5%; una disminución de la proporción de personas propietarias de un negocio en 0,4% y una disminución de la proporción de personas auto empleadas en el municipio de 0,5%.<sup>135</sup>

La segunda categoría en la que nos detendremos es la de los costos directos generados por la violencia y que son soportados principalmente por el Estado y en menor medida por los particulares. Los gastos destinados a disminuir la violencia o a reparar los daños que esta ha producido podrían destinarse a generar mayor crecimiento económico a través de inversión en tecnología, educación, infraestructura, investigación, o programas sociales. Los costos directos pueden ser identificados principalmente en cuatro sectores:

---

<sup>132</sup> Americas Society Policy Brief, “Security in Central America’s Northern Triangle: Violence Reduction and the Role of the Private Sector in El Salvador” (2012), 3, disponible en: <http://www.as-coa.org/sites/default/files/Central%20American%20Security%202012.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

<sup>133</sup> World Bank, “Crime and Violence in Central America: a Development Challenge” (Washington, D.C.: World Bank, 2011), 5.

<sup>134</sup> World Bank, “Crime and Violence...”, 8.

<sup>135</sup> Gustavo Robles, et. al. “Las Consecuencias Económicas de la Violencia del Narcotráfico en México”, BID y Stanford University (2013), 6. Si bien todas estas variables son pasibles de afectar el crecimiento económico, los autores no encontraron efectos significativos sobre el consumo de electricidad que es el *proxy* que utilizaron para medir las posibles variaciones en el PBI. La hipótesis de los autores es que la afectación al PBI se verificaría luego de superado cierto umbral de violencia que no se concretó en los municipios estudiados por ellos. Disponible en: <http://iis-db.stanford.edu/pubs/24014/EconCostsESP.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

gastos de salud, gastos del Estado en seguridad y justicia, costos de seguridad privada, y costos resultantes de daños materiales.<sup>136</sup>

Estos costos son altísimos para los países con grandes problemas de violencia. Para valorar su impacto proponemos compararlos con el gasto público destinado a los programas de transferencias condicionadas: Guatemala gasta el 7,7% de su PBI en soportar los costos de la violencia mientras que solo el 0,32% de su PBI es destinado a los PTC; por su parte, los gastos vinculados a la violencia para Honduras, El Salvador y Nicaragua exceden el 9% de su PBI (los gastos de estos países en transferencias condicionadas son 0,24%; 0,02% y 0,0%,<sup>137</sup> respectivamente); finalmente, Costa Rica tiene costos directos originados en la violencia que llegan al 3,6% de su PBI (y una inversión del 0,39 en PTC)<sup>138</sup>.

El tercer aspecto que consideraremos sobre violencia solo tiene una relación indirecta con el crecimiento económico: las consecuencias intergeneracionales de la violencia doméstica. Un innovador estudio sugiere que hay una fuerte relación entre violencia física contra la mujer y la salud de sus hijos.<sup>139</sup> Estos efectos negativos han sido constatados cuando la violencia se ha producido incluso antes del nacimiento: los niños por nacer cuyas madres sufren violencia tienen menores chances de que se cumplan las cuatro o más visitas obligatorias de control pre-natal.<sup>140</sup>

Los niños de madres víctimas de violencia tienen mayor incidencia de episodios de diarrea y tienden a tener menor peso. En el largo plazo, que es lo interesante para nuestro análisis sobre crecimiento económico, se verifica una reducción en el cumplimiento del programa de vacunación para los niños hijos de madres víctimas de violencia física (siendo la vacuna contra el sarampión la más excluida).<sup>141</sup> Además, los niños nacidos de madres víctimas de violencia de género tienden a ser más bajos de estatura<sup>142</sup> que aquellos

<sup>136</sup> Banco Mundial, "Crime and Violence...", 6.

<sup>137</sup> Nicaragua es junto con Venezuela de los pocos países de América Latina que no tienen actualmente ningún Programa de Transferencias Condicionadas en actividad. Nicaragua discontinuó el que tenía en el año 2006.

<sup>138</sup> Los datos sobre costos de la violencia provienen del informe del Banco Mundial, "Crime and Violence...", 6. Los datos sobre inversiones en PTC corresponden al año 2009 y provienen de CEPAL, *Panorama Social...*, 147.

<sup>139</sup> Jorge M. Agüero, "Causal Estimates of the Intangible Costs of Violence Against Women in Latin America and the Caribbean", Inter-American Development Bank Working Paper Series 414 (2013), disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=38008356> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

<sup>140</sup> Agüero, "Causal Estimates...", 12.

<sup>141</sup> Agüero, "Causal Estimates...", 12.

<sup>142</sup> Estadísticamente las personas adultas más bajas de estatura tienden a ser menos productivas que las personas de mayor estatura. Esta afirmación, por supuesto, no tiene un sesgo de superioridad genética y no

que no provienen de hogares con episodios de violencia física.<sup>143</sup> La afectación del capital social futuro a través de la violencia doméstica puede tener consecuencias para la generación de ingresos a nivel personal e indirectamente sobre el desempeño de esas personas en el mercado.

**Calidad de la Educación.** Es todavía muy frecuente que se mida el éxito de escolarización de un país a través de la tasa de asistencia/finalización de la escuela primaria o secundaria (por ejemplo, uno de los aspectos que se utilizan en el IDH es el promedio de escolaridad cumplida en relación con la exigida en cada país; incluso los Objetivos de Desarrollo del Milenio –ODM– proponen conseguir la educación primaria y universal). Sin embargo, desde hace algún tiempo este criterio ha entrado en relativa desgracia ya que se advirtió que lo que realmente modifica el nivel de educación de una sociedad, y por lo tanto puede beneficiar al desarrollo económico, no es tanto la cantidad de años de asistencia como los conocimientos obtenidos. El foco se movió de la cantidad de años de educación a la calidad de la educación recibida, ello obviamente sin abandonar el criterio de que la calidad en la educación no puede ir en desmedro de la universalidad del acceso a la educación y de la extensión de su obligatoriedad hasta la mayor medida posible.

En íntima relación con el foco en la calidad educativa, diversos estudios comenzaron a analizar la relación entre la calidad de la educación y el crecimiento económico.<sup>144</sup> Algunos de estos estudios confrontaron los resultados de los tests internacionales estandarizados en más de cincuenta países durante cuatro décadas y demostraron una íntima correlación entre el nivel de aprendizaje de los alumnos promedio y el crecimiento

---

significa que todas las personas de baja estatura sean menos productivas: muchas de ellas son bajas pero han alcanzado su potencial genético; sin embargo muchas otras, y en este sentido es interesante el hallazgo del estudio sobre violencia doméstica, no llegan a alcanzar su potencial genético por deficiencias en la alimentación recibida en la niñez (que es lo que luego se refleja en su menor potencial productivo). Un ejemplo interesante de esta situación se presenta en la tercera generación de personas nacidas en EE.UU. cuyos abuelos inmigraron desde la India. La tercera generación, con padres y abuelos casados con personas de origen indio, presentan una evolución en la ratio de altura muy importante con respecto a las dos generaciones anteriores. Recordemos que por diversas razones (económicas, culturales, etc.) la India es uno de los países con mayor índice de malnutrición en el mundo, especialmente entre niños y mujeres –Véase por todo lo dicho en esta nota Abhijit Banerjee, et. al., “Repensar la pobreza” (Madrid: Taurus, 2012), 50-54–.

<sup>143</sup> Agüero, “Causal Estimates...”, 12.

<sup>144</sup> Véase entre muchos otros trabajos, Eric A. Hanushek, y Ludger Wößmann, “Education Quality and Economic Growth” (Washington, D.C.: World Bank, 2007); Eric A. Hanushek y Ludger Wößmann, “The Role of School Improvement in Economic Development”, World Bank Policy Research Working Paper 4122 (2007).



económico a largo plazo. La relación se encontró en países de altos y bajos ingresos, distintas regiones de un país y diferentes países dentro de una misma región. En todos los países analizados se ha ratificado que las diferencias entre el promedio cognitivo son consistentes y vinculadas estrechamente al crecimiento del ingreso per cápita. Mientras tanto, también la cantidad de años de educación recibidos se relaciona de una forma estadísticamente significativa con el crecimiento económico a largo plazo, pero ello se verifica solo en los análisis en los que se prescindie de la calidad de la educación. Sin embargo, cuando se introduce como variable la calidad de la educación (es decir, los conocimientos adquiridos) la relación entre años de escolarización y crecimiento económico disminuye hasta acercarse a cero.<sup>145</sup>

En otro estudio los mismos autores estiman que el incremento de una desviación estándar en la puntuación media del examen PISA<sup>146</sup> tiene el efecto de aumentar un 1% anual el crecimiento de las economías; argumentan, además, que el vínculo con el crecimiento económico es más exacto si se consideran los resultados de exámenes en asignaturas relacionadas con las matemáticas.<sup>147</sup>

En América Latina –la región que presenta el nivel de ingresos más desigual del planeta– la calidad educativa puede variar mucho entre los diferentes quintiles de la población. Por eso, sostienen Emiliana Vegas y Jenny Petrow, que no solamente la asistencia a la escuela es una condición necesaria para garantizar la igualdad de oportunidades.<sup>148</sup> La diferente calidad en la educación puede promover o enquistar desigualdades. Muchas de las intervenciones exitosas para mejorar la calidad de la educación no han tenido los resultados esperados en los estudiantes de perfil socio-económico bajo,<sup>149</sup> por eso el acento en el diseño de instituciones debería apuntar al triple

---

<sup>145</sup> Hanushek y Wößmann, “Education Quality...”. En ese trabajo se citan una multiplicidad de estudios empíricos en la dirección señalada en el texto.

<sup>146</sup> PISA es el acrónimo de *Program for International Student Assessment* (Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes). Se trata de un conjunto de exámenes de matemáticas, lectura y ciencias naturales que es conducido por la OCDE. Se realiza obligatoriamente en los países de la OCDE y en otros que participan de manera voluntaria. En la última evaluación se evaluaron 62 países. Los evaluados son únicamente los jóvenes de entre 15 años y tres meses y 16 años y dos meses al tiempo de rendir el examen. Los países latinoamericanos que han participado del último examen son Chile (país miembro de la OCDE), Uruguay, México (país miembro de la OCDE), Trinidad y Tobago, Colombia, Brasil, Argentina, Panamá y Perú (el orden presentado es asimismo el orden decreciente de puntaje obtenido en la evaluación PISA 2009. Datos oficiales del informe PISA, disponibles en <http://www.oecd.org/pisa/46643496.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

<sup>147</sup> Hanushek y Wößmann, “The Role of School...”, 26.

<sup>148</sup> Emiliana Vegas y Jenny Petrow, “Raising Student Learning in Latin America The Challenge for the 21st Century” (Washington, D.C.: World Bank, 2008), 13.

<sup>149</sup> Vegas y Petrow “Raising Student Learning...”, 13.

objetivo de no perder la ratio de escolarización que se ha alcanzado; generar una mayor permanencia en el sistema educativo y conseguir un aumento de la calidad educativa que simultáneamente no sea expulsivo. Los mal llamados “milagros”<sup>150</sup> del desarrollo del sudeste asiático han crecido económicamente como lo han hecho en parte por la enorme inversión (no solo en términos monetarios) efectuada para alcanzar la excelencia educativa sin perder universalidad.

No se trata únicamente de cuestiones presupuestarias sino de diseños institucionales creativos. Una arista a considerar, por ejemplo, es la modernización de la actividad docente. Como explica un trabajo publicado por CEPAL y CIDOB, los docentes en América Latina se destacan más por los aspectos gremial-sindicales que por la calidad del desempeño y, por lo tanto, para lograr una mejor calidad en la educación, es necesario transformar la docencia en una profesión provista de una fuerte plataforma de conocimientos y prácticas que den cuenta de su desempeño y del aprendizaje de los alumnos ante las familias, la comunidad local y autoridad pública, y que tenga incentivos relativos a sus éxitos o a la ausencia de estos.<sup>151</sup>

**Políticas de migraciones.**<sup>152</sup> La regulación de las migraciones puede incidir de diversas maneras en el crecimiento económico de un país. En las formas más frecuentes de considerar la relación entre migraciones y crecimiento económico se valora muy positivamente para los países fuente de emigración la función de las remesas dinerarias enviadas por los emigrantes a sus países de origen. Como contracara de ese fenómeno positivo, el problema de la fuga de cerebros (*brain-drain*) es considerado la arista más negativa de la migración.

Con relación a los países receptores de migraciones, hay una serie de creencias que de acuerdo con los más recientes estudios, no se condicen con la realidad. Estas creencias son a veces las inspiradoras de ciertas políticas migratorias y de las leyes que ellas promueven. Dentro de las creencias más frecuentes para rechazar la inmigración encontramos las vinculadas con la posible generación de desempleo, el desplazamiento

---

<sup>150</sup> Se suele llamar “milagros” del desarrollo a los casos de países que han logrado salir de la pobreza utilizando instituciones heterodoxas (no vinculadas únicamente a la libertad de mercado).

<sup>151</sup> José J. Brunner, “Educación y conocimiento: las dos agendas y sus desafíos”, en *Educación, Desarrollo y Ciudadanía en América Latina. Propuestas para el debate*, eds. Alicia Bárcena y Narcís Serra (Santiago de Chile: CEPAL-CIDOB, 2011), 83.

<sup>152</sup> La migración a la que nos referimos en este apartado es aquella que puede caracterizarse como “voluntaria” por lo que excluiríamos de este análisis a los desplazamientos forzados y a los refugiados.

de los trabajadores locales, la tendencia a la reducción en los salarios originada en el aumento de la oferta de trabajadores, el posible aumento de la criminalidad o el temor a tener que soportar una mayor carga fiscal para cubrir las necesidades (salud, educación, transporte, etc.) de los inmigrantes.<sup>153</sup>

Sin embargo, estudios empíricos actuales sobre el impacto de la inmigración en la economía han demostrado que casi todos los temores antes expuestos carecen de fundamento y que las inmigraciones son beneficiosas para la vasta mayoría de los residentes en los países de destino con la única posible –aunque no segura– excepción de los trabajadores con muy baja formación<sup>154</sup> (no obstante se sostiene que aun respecto de estos trabajadores posiblemente perjudicados, otros factores tales como la educación, el comercio, la tercerización de actividades, los cambios tecnológicos o demográficos tienen mayor repercusión en la variación de los salarios que la inmigración)<sup>155</sup>. El temor por el aumento del desempleo, por el desplazamiento de trabajadores locales y por la disminución de los salarios se ve balanceado por un hecho, que explicado de forma muy sencilla, podría resumirse de este modo: los inmigrantes también son consumidores de bienes y servicios y tras su llegada la demanda de estos aumenta por lo que también se produce un aumento de la oferta necesaria para satisfacer esa demanda de modo tal que se generan nuevos puestos de trabajo y se mantienen relativamente estables los salarios (o al menos no se modifican por el fenómeno migratorio).<sup>156</sup>

La creencia de que la inmigración promoverá un aumento de la carga fiscal sobre los residentes tampoco ha sido corroborada por los estudios sobre el impacto económico de las migraciones. Además, las leyes pueden cumplir un rol importante en este sentido: si los países receptores tienen políticas migratorias más generosas se produce una reducción del número de inmigrantes en situación irregular y de este modo, el número de contribuyentes aumenta junto con el número de habitantes.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> Michael Trebilcock y Matthew Sudak, “The Political Economy of Emigration and Immigration”, *New York University Law Review* 81 (2006): 268.

<sup>154</sup> Trebilcock y Sudak, “The Political Economy of Emigration...”, 268.

<sup>155</sup> Will Somerville y Madeleine Sumption, “Immigration and the labour market: Theory, evidence and policy”, Migration Policy Institute, 9, disponible en: <http://www.migrationpolicy.org/pubs/Immigration-and-the-Labour-Market.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

<sup>156</sup> Esta explicación, con otras palabras, es propuesta por Trebilcock y Sudak, “The Political Economy...”, 270.

<sup>157</sup> Por supuesto que no basta con una política migratoria abierta si la economía será la que proveerá el empleo a los inmigrantes.

El PNUD llevó a cabo un estudio empírico del impacto de las migraciones (el estudio fue realizado en 14 países de destino de la OCDE y 74 países de origen para cada año del período 1980 a 2005) y los resultados obtenidos dieron un balance positivo para la ecuación crecimiento económico-migración: en el corto plazo, el crecimiento de la población debido a la inmigración aumenta el PBI real per cápita uno a uno, es decir, un 1% de crecimiento de la población debido a la inmigración aumenta el PBI real per cápita a corto plazo en un 1%.<sup>158</sup>

Si se toman en cuenta los resultados obtenidos en diversos estudios de campo y se realiza una proyección estimativa de las ganancias de eliminar las barreras para la libre circulación de trabajadores se estima que se generaría un aumento en el PBI mundial de mayor magnitud que el que se produciría si se eliminaran todas las restricciones existentes para el intercambio internacional de bienes y capitales.<sup>159</sup>

En definitiva, las migraciones han sido redescubiertas como un factor para el crecimiento económico y las leyes que regulan este fenómeno tienen un gran potencial como generadoras u obstaculizadoras del desarrollo.

#### **IV. Conclusión**

La actual concepción del desarrollo es significativamente más amplia que sus anteriores versiones y en este nuevo paradigma el crecimiento económico es solo un medio más para lograr la expansión de las capacidades humanas. Como hemos visto a lo largo de este trabajo el derecho es uno de los canales naturales para promover la expansión de las capacidades humanas y también es uno de los medios para generar reglas del juego que promuevan el crecimiento económico. Sin embargo, el potencial de las instituciones formales está siendo altamente desaprovechado para generar mayor desarrollo humano y económico. Desde hace años los economistas debaten sobre reglas del juego y desarrollo, mientras que en otro compartimiento sin conexión, los juristas redactan las leyes, las interpretan y las aplican.

---

<sup>158</sup> PNUD, “Reporte sobre Desarrollo Humano 2009. Superando las barreras: Movilidad y Desarrollo Humanos”, (Barcelona: Editorial Aedos, 2009), 93.

<sup>159</sup> Michael Clemens, “Economics and Emigration: Trillion-Dollar Bills on the Sidewalk?”, *Journal of Economic Perspectives* 25 (2011): 83.

Hemos presentado solo algunos rasgos de la conexión entre instituciones, derecho y desarrollo pero son muchos más los aspectos comunes y las sinergias que pueden encontrarse entre estos dos mundos hasta ahora bastante divorciados.

Cuando la democracia se restableció en la Argentina, la materia “Derechos Humanos” no existía en los programas regulares de formación de abogados. En rigor, se hablaba bastante de derechos humanos (el contexto era propicio luego de las atrocidades ocurridas en la dictadura) pero se sabía poco o nada de lo que los derechos humanos implicaban en términos jurídicos. Las universidades fueron incorporando poco a poco la enseñanza de esta materia y hoy casi todos los abogados que nos formamos en la era democrática pensamos en términos de derechos humanos.

Tal vez sea ambicioso, pero sería deseable que algo similar ocurriera con el desarrollo y que pudiésemos integrar nuestro pensamiento habitual sobre el derecho con las soluciones que requieren los problemas de desarrollo que afectan a nuestro país y nuestra región.

## V. Bibliografía

Acemoglu, Daron y James A. Robinson. “Political Losers as a Barrier to Economic Development”. *American Economic Review* 90 (2000): 126.

Acemoglu, Daron y James A. Robinson. *Why Nations Fail*. New York: Crown Publishers, 2012.

Acemoglu, Daron, Simon Johnson y James A. Robinson. “Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation”. *American Economic Review*, 91 (2001): 1369.

Acemoglu, Daron, Simon Johnson y James A. Robinson. “Los orígenes coloniales del desarrollo comparativo: una investigación empírica”. *Revista de Economía Institucional* 13 (2005): 17.

Acemoglu, Daron, Simon Johnson y James A. Robinson. “Reversal of Fortune: Geography and Institutions in the Making of the Modern World Income Distribution”. *Quarterly Journal of Economics*, CXVII (2002): 1231.

Acemoglu, Daron. “Raíz histórica. Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico”. *Revista Finanzas y Desarrollo* (2003): 27.

Agüero, Jorge M. “Causal Estimates of the Intangible Costs of Violence Against Women in Latin America and the Caribbean”. Inter-American Development Bank Working Paper Series 414 (2013). Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=38008356> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Americas Society Policy Brief. “Security in Central America’s Northern Triangle: Violence Reduction and the Role of the Private Sector in El Salvador” (2012). Disponible en: <http://www.as-coa.org/sites/default/files/Central%20American%20Security%202012.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Anoop, Singh, editor. *Stabilization and Reform in Latin America: A Macroeconomic Perspective of the Experience since the 1990*. IMF Occasional Paper 238, 2005.

Baird, Sarah, Craig McIntosh y Berk Ozler. “Designing cost-effective Cash Transfer Programs to Boost Schooling among Young Women in Sub-Saharan África”. World Bank Policy Research Working Paper N° 5090, 2009.

Banco Mundial. “Informe sobre el desarrollo mundial 2011. Conflicto, seguridad y desarrollo” (2011). Disponible en: <http://www.contexto.org/pdfs/BMdesarrilmundial2011Overview.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Banco Mundial. “Informe sobre el desarrollo mundial 2012. Igualdad de Género y Desarrollo”. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/7786210-1315936231894/Overview-Spanish.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Banerjee, Abhijit, Javier Mato Díaz y Esther Dufloet. “Repensar la pobreza”. Madrid: Taurus, 2012.

Becker, Kristina F. *The Informal Economy: fact finding study*. Stockholm: SIDA, 2004.

Benhassine, Najy, Florencia Devoto, Esther Duflo, Pascaline Dupas y Victor Pouliquen. “The impact of Conditional Cash Transfers on Schooling and Learning: Preliminary evidence from the Tayssir Pilot in Morocco”. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2010.

Berkowitz, Daniel, Katharina Pistor, Jean-Francois Richard. "Economic Development, Legality, and the Transplant Effect". *European Economic Review* 47 (2003): 165.

Brunner, José J. "Educación y conocimiento: las dos agendas y sus desafíos". En *Educación, Desarrollo y Ciudadanía en América Latina. Propuestas para el debate*. Editado por Alicia Bárcena y Narcís Serra. Santiago de Chile: CEPAL-CIDOB, 2011.

Carruthers, Bruce. "Institutional Dynamics: When is Change 'Real Change'?". Ponencia presentada en el Arthur M. Sackler Colloquium de la Academia Nacional de Ciencias de EE.UU, diciembre de 2010, 6.

Cecchini, Simone y Aldo Madariaga, *Programas de Transferencias Condicionadas. Balance de la experiencia reciente en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, 2011.

CEPAL, *Panorama Social para América Latina, 2011*. Santiago de Chile: CEPAL, 2012.

Clemens, Michael. "Economics and Emigration: Trillion-Dollar Bills on the Sidewalk?". *Journal of Economic Perspectives* 25 (2011): 83.

Collier, Paul. *El Club de la miseria: qué falla en los países más pobres del mundo*. Barcelona: Debolsillo, 2010.

Cypher, James M. y James L. Dietz, editores. *The Process of Economic Development*. New York: Routledge, 2004.

De Soto, Hernando. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York: Basic Books, 2000.

Defensoría del Pueblo de Perú, "Consulta Nacional: Hacia una Ley de Rondas", Lima (2002). Disponible en: [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/docs\\_ombudsman/Peru/31Rondas.pdf](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/docs_ombudsman/Peru/31Rondas.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Diaz-Cayeros, Alberto, Federico Estévez y Beatriz Magaloni. *Strategies of Vote Buying: Democracy, Clientelism and Poverty Relief in Mexico*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Disponible en: <http://www.stanford.edu/~magaloni/dox/2012strategiesvotebuying.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Dirección General de Estadísticas y Censos. “Resultados provisionales del Censo Nacional de Población y Vivienda 2010 en la Ciudad de Buenos Aires” (2011). Disponible en: [http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/hacienda/sis\\_estadistico/resultados\\_provisionales\\_censo\\_2010.pdf](http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/hacienda/sis_estadistico/resultados_provisionales_censo_2010.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Easterly, William. *Reinventing Foreign Aid*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2008.

Easterly, William. *The Elusive Quest for Growth: Economists' adventures and misadventures in the Tropics*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2002.

Easterly, William. *The White Man's Burden. Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*. New York: Penguin Press, 2006.

Engerman, Stanley L. y Kenneth L. Sokoloff. “History Lessons. Institutions, Factor Endowments, and Paths of Development in the New World”. *Journal of Economic Perspectives* 14, 3 (2000): 217.

Engerman, Stanley L. y Kenneth L. Sokoloff. *Colonialism, Inequality and Long-Run Paths of Development*. Cambridge, Mass.: National Bureau of Economic Research, 2005.

Engerman, Stanley L. y Kenneth L. Sokoloff. *Economic Development in the Americas since 1500: Endowments and Institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Evans, Peter. “El Desarrollo como cambio institucional: las desventajas del monocultivo institucional y el potencial de la deliberación”. *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*. Bogotá: ILSA, 2007.

Frei, Raimundo. “Una aproximación al concepto de Institución en Amartya Sen”. *Revista Humanum Latinoamericana de Desarrollo Humano* 33 (2007): 5. Disponible en: <http://www.revistahumanum.org/revista/una-aproximacion-al-concepto-de-institucion-en-amartya-sen1/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Gruenberg, Christian y Victoria Pereyra Iraola. “El clientelismo en la gestión de programas sociales contra la pobreza”. *Documento políticas públicas y análisis*. Buenos Aires: CIPPEC, 2009.

Gruenberg, Christian. “Transformative Participation or Voice Without Influence”. *Fighting Clientelism: Transparency and participation in targeted social programs*. Editado por Fernando Carrillo y Christian Gruenberg. Buenos Aires: CIPPEC y BID, 2006.



Hanushek, Eric A. y Ludger Wößmann. "Education Quality and Economic Growth". Washington, D.C.: World Bank, 2007.

Hanushek, Eric A. y Ludger Wößmann. "The Role of School Improvement in Economic Development". World Bank Policy Research Working Paper 4122 (2007).

Helmke, Gretchen y Steven Levitsky. "Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda". *Perspectives on Politics*. 2, 4 (2004): 727.

Helmke, Gretchen y Steven Levitsky. *Informal Institutions and Democracy*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2006.

Holmes, Rebecca, Nicola Jones, Rosana Vargas y Fabio Veras. "Cash Transfers and Gendered Risks and Vulnerabilities: Lessons from Latin America". Centre for Inclusive Growth, Research Brief 16 (2010). Disponible en: <http://www.odi.org.uk/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/6042.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Instituto para la Libertad y la Democracia (ILD). "The War of Notary Publics". Disponible en: <http://www.ild.org.pe/publications/books/the-war-of-notary-publics> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Levy, Santiago y Evelyne Rodríguez. "Sin herencia de pobreza: el programa progresión-oportunidades de México". Washington, D.C.: BID y Editorial Planeta Mexicana, 2005.

Levy, Santiago. "Productividad, Crecimiento y Pobreza en México: ¿qué sigue después de Progresión-Oportunidades?". Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2007). Disponible en: <http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/productividad-levy.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Lorenzetti, Ricardo L., Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" (2012). Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

McMillan, John y Christopher Woodruff. "Interfirm Relationships and Informal Credit in Vietnam". *Quarterly Journal of Economics* 114, 4 (1999): 1285.

Milhaupt, Curtis J. y Katharina Pistor. "Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World". Chicago: University of Chicago Press, 2008.

North, Douglass C. “Some Fundamental Puzzles in Economic History/Development”. *The Economy as an Evolving Complex System II*. Editado por W. Brian Arthur, Steven N. Durlauf, David A. Lane. Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1997.

North, Douglass C. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

North, Douglass C. y Robert Thomas. *The Rise of the Western World: A New Economic History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

Nussbaum, Martha. *Creating Capabilities: the Human Development Approach*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

OECD, “Program for International Student Assessment” (2009). Disponible en: <http://www.oecd.org/pisa/46643496.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

OIT. “Panorama Laboral de América Latina y el Caribe 2012”. Disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_195884.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_195884.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

ONU. A/RES/60/1 (2005). Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021752.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

ONU. Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, A/Res/55/2 (2000). Disponible en: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Pistor, Katharina, Antara Haldar y Amrit Amirapu. “Social norms, rule of law, and gender reality: an essay on the limits of the dominant rule of law paradigm”. En *Global Perspectives on the Rule of Law*. Editado por James J. Heckman, Robert L. Nelson y Lee Cabatingan (London: Routledge, 2009).

PNUD. “Informes sobre desarrollo humano”. Disponibles en: <http://hdr.undp.org/es/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

PNUD. “Reporte sobre Desarrollo Humano 2009. Superando las barreras: Movilidad y Desarrollo Humanos”. Barcelona: Editorial Aedos, 2009.

Pogge, Thomas. “A critique on the capability approach”. *Measuring Justice*. Editado por Harry Brighouse e Ingrid Robeyns. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Portes, Alejandro y William Halles. *La economía informal*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL, 2004.

Przeworski, Adam. "The Last Instance: Are Institutions the Primary Cause of Growth?". *European Journal of Sociology* 45, 2 (2004): 165.

Rist, Gilbert. *The History of Development: From Western Origins to Global Faith*. New York: Zed Books, 2008.

Robles, Gustavo, Gabriela Calderón y Beatriz Magaloni. "Las consecuencias económicas de la violencia del Narcotráfico en México". BID y Stanford University (2013). Disponible en: <http://iis-db.stanford.edu/pubs/24014/EconCostsESP.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Rodrik, Dani, Arvind Subramanian y Francesco Trebbi. *Institutions Rule: The primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development*. Cambridge, Mass.: National Bureau of Economic Research, 2002.

Rodrik, Dani. "Goodbye Washington Consensus, Welcome Washington Confusion". *Journal of Economic Literature* XLIV (2006): 979.

Sachs, Jeffrey, Andrew D. Mellinger y John L. Gallup. "The Geography of Poverty and Wealth", *Scientific American* (2001): 73.

Sachs, Jeffrey. "Government, Geography and Growth. The True Drivers of Economic Development". *Foreign Affairs* 91, 5 (2012): 144.

Sachs, Jeffrey. "Institutions Matter but Not for Everything". *Finance and Development* (2003): 38.

Sen, Amartya. "Democracy as a Universal Value". *Journal of Democracy*, 10.3 (1999): 4.

Sen, Amartya. "Missing Women". *British Medical Journal* 304 (1992): 587.

Sen, Amartya. "More than 100 Million Women are Missing". *The New York Review of Books*, 37 (1990).

Sen, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Knopf, 2000.

Smith, Adam. *The Wealth of Nations*. Hazleton, Pennsylvania: PSU-Hazleton, 2005.

Somerville, Will y Madeleine Sumption. "Immigration and the labour market: Theory, evidence and policy". Migration Policy Institute. Disponible en:

<http://www.migrationpolicy.org/pubs/Immigration-and-the-Labour-Market.pdf>

(consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

The Global Subsidies Initiative, “Policy Brief. Corruption and fraud in agricultural and energy subsidies: Identifying the key issues” (2010). Disponible en: [http://www.iisd.org/gsi/sites/default/files/pb10\\_corruption.pdf](http://www.iisd.org/gsi/sites/default/files/pb10_corruption.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

Trebilcock, Michael y Matthew Sudak. “The Political Economy of Emigration and Immigration”. *New York University Law Review* 81 (2006): 268.

Tshuma, Lawrence. “The Political Economy of the World Bank’s Legal Framework for Economic Development”. *Social & Legal Studies* 8 (1999): 75.

Vegas, Emiliana y Jenny Petrow. “Raising Student Learning in Latin America The Challenge for the 21st Century”. Washington, D.C.: World Bank, 2008.

von Hayek, Frederick A. *The constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1960.

Williamson, John. “What Washington Means by Policy Reform”. En *Latin American Adjustment: How much has happened*. Compilado por John Williamson. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1990.

World Bank. “Argentina, Labor Market Study. Informal Employment in Argentina: Causes and Consequences” (2008). Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2008/03/9819912/argentina-labor-market-study-informal-employment-argentina-causes-consequences> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

World Bank. “Crime and Violence in Central America: a Development Challenge”. Washington, D.C.: World Bank, 2011.

World Bank. “Doing Business 2013. Latin America”. Disponible en: [http://www.doingbusiness.org/reports/~/\\_media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Profiles/Regional/DB2013/DB13-Latin-America.pdf](http://www.doingbusiness.org/reports/~/_media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Profiles/Regional/DB2013/DB13-Latin-America.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2013).

World Bank. “Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform”. Washington, D.C.: World Bank 2005.

## EL ACTIVISMO JUDICIAL: SUS ORÍGENES Y SU RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL

*Fernando M. Racimo*\*

### Resumen

El “activismo judicial” es un concepto importado por la doctrina nacional de los Estados Unidos de América donde tuvo su origen y se ha desplegado con múltiples significados desde su aparición a mediados de la década de los cuarenta. El término fue utilizado para describir la conducta de la Corte Suprema estadounidense y paulatinamente adquirió un contenido peyorativo al referirse a una supuesta demasía en el rol asignado a las cortes sobre la doctrina de la teoría de la “autorrestricción judicial”, fuertemente atrincherada como criterio aplicable para examinar la conducta de los jueces. Su recepción en la doctrina argentina se produjo a partir de la década de los ochenta y se diversificó en su empleo, produciéndose una resignificación de su contenido original, vinculado especialmente con la doctrina de la declaración judicial de la inconstitucionalidad de las leyes. El artículo procura distinguir los distintos contextos de su empleo por los autores y postula que se ha establecido –a partir de la reforma constitucional de 1994– como un término normativo que impone a los jueces una conducta dirigida a hacer operativa la aplicación de los derechos humanos, desligada de consideraciones basadas en un sistema tradicional que propone tener en cuenta la estructura de la división de poderes.

---

\* Es abogado y licenciado en historia por la Universidad de Buenos Aires, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino y máster en Derecho con especialización en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo. Ha desempeñado diversos roles en el Poder Judicial Nacional, incluyendo el de Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es autor del libro *Democracia Deliberativa. Teoría y Crítica*, y de más de una docena de artículos publicados en revistas jurídicas. Es Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, desde 2006, exprofesor protitular de la cátedra de Obligaciones de la Universidad Católica Argentina y profesor de cátedra de la Universidad de San Andrés.

## I. Introducción

El “activismo judicial” es un concepto usado profusamente por la doctrina nacional en los últimos veinte años. Se trata de una idea de contornos borrosos empleada por los autores sin definiciones previas y en diversos contextos. A partir de esta situación, se propicia en este artículo un examen del contenido originario de esta expresión en los Estados Unidos de América y la forma en que ha sido importada por los autores de nuestro país al examinar la conducta de los magistrados en ejercicio de sus funciones.

Sabido es que las palabras con cierto contenido jurídico se sitúan habitualmente en dos terrenos básicos. Algunas de ellas reflejan un sentido estrictamente técnico cuyo ámbito es relativamente preciso –como cuando se hace referencia a la usucapión en los derechos reales– y otras –la mayoría– juegan en una zona fronteriza que hace más ardua su interpretación. El uso de una palabra en estos casos origina algunas dificultades ya que no se identifica en su campo semántico con el sentido estrictamente jurídico, como cuando se vincula la palabra robo con la definición del art. 164 del Código Penal y se utilizan los procedimientos de la dogmática penal para determinar sus reales alcances.<sup>1</sup> En ocasiones, las palabras llevan, además, un bagaje cultural que se incorpora inadvertidamente cuando son asimiladas por la cultura importadora. La dilucidación del contenido de la importación es muy sencilla para ciertos vocablos (por ejemplo, *leasing*) mientras que en ocasiones requiere de un proceso de introducción que delimite sus alcances a fin de no socavar el sistema normativo al cual se introduce, como ocurre con el instituto de los daños punitivos receptado por la Ley 24.240.<sup>2</sup>

El problema con el concepto de activismo judicial es que a esta dificultad propia de todo lenguaje natural se le suma que trae desde su lugar de origen –concretamente los Estados Unidos de América– un contenido relativamente vago que dificulta su comprensión cuando es usado por los doctrinarios sin que se hayan explicado sus reales alcances.

Este trabajo tiene dos objetivos.

El primero de ellos consiste en describir el activismo judicial en los Estados Unidos de América como modelo enfrentado al anterior canon de la “autorrestricción judicial”. El

---

<sup>1</sup> Véase Frederick Schauer, “A Critical Guide to Vehicles in the Park”, *New York University Law Review* 83 (2008): 1109, 1124; y también H. L. A. Hart, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (Buenos Aires: Ed. Depalma, 1962), 24 y ss.; y Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976), 66.

<sup>2</sup> Me remito en este punto a mi artículo “En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino”, *Revista de la Universidad de Palermo* 6 (2005): 7.

segundo objetivo consiste en examinar taxonómicamente el modo en que la idea del activismo judicial se insertó en el ámbito de nuestra doctrina. La cuestión tiene cierta importancia ya que según algunos autores el activismo judicial se impone como un patrón de conducta casi inevitable, mientras que para otros la autorrestricción judicial es el principio básico a partir del cual los magistrados deben analizar los casos de relevancia constitucional.

Así, el concepto no se recibió en un vacío cultural. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 repercutió sobre la inteligencia de esta expresión y le dio un matiz distinto respaldando indirectamente a aquellos jueces que lo implementan no solo en los casos constitucionales sino también en decisiones de hecho y de derecho común.

## II. El activismo

El activismo judicial no está definido en el Diccionario de la Real Academia Española.<sup>3</sup> Se señala allí que el activismo es la “estimación primordial de la acción”<sup>4</sup> o la “dedicación intensa a una determinada línea de acción en la vida pública”<sup>5</sup>. La idea, especialmente en la primera acepción, nada dice sobre la subordinación de la acción a algún objetivo y, en realidad, tiende a lo contrario al mirarse a la acción como un valor sustancial independiente de sus fines. Se trata de la reivindicación de la acción por la acción misma y se puede aplicar, naturalmente, a casi cualquier campo de lo humano.

La segunda acepción que vincula el activismo con una línea de acción en la vida pública parece tener más relación de familia con el concepto actual de activismo judicial. El activismo judicial podría ser considerado –y lo es, en ocasiones– como una especie de subordinación de la actividad del juez a un norte político partidista. Desde una perspectiva crítica se puede estimar que el juez activista no es, en estos casos extremos, un agente pasivo dominado por su objetivo político sino uno dominado por las necesidades de la función que tradicionalmente se sustenta en el valor justicia.<sup>6</sup> La respuesta posible a esta afirmación sería

<sup>3</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid: Espasa Calpe, 2009).

<sup>4</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid: Espasa Calpe, 2009).

<sup>5</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid: Espasa Calpe, 2009).

<sup>6</sup> Alfonso Santiago (h.) señala una interesante perspectiva para distinguir entre un concepto jurídico y un concepto político de activismo judicial, pero en realidad, como se advierte de su misma enunciación, no se trata más que de una subclasificación dentro del activismo judicial. Véase Alfonso Santiago (h.), *La Corte Suprema y el control político* (Buenos Aires: Ed. Ábaco, 1999), 417. Más adelante me referiré a esta distinción al tratar las posturas adoptadas respecto al activismo judicial por nuestra doctrina.

que toda actividad del juez es política. No me detendré en este punto porque resulta claro que el activismo judicial, al menos como se lo entiende en la generalidad de la doctrina, no se refiere a este tipo de activismo.

La distinción se advierte en dos artículos de Roberto Gargarella. En uno de ellos se refiere al “activismo cívico”<sup>7</sup> que propone la fuerte participación de los ciudadanos en la vida política (sea local, regional o nacional); y en otro –de una data cercana al primero– menciona al activismo judicial como forma deliberativa de actuación del juez, superadora del juez elitista y del juez populista.<sup>8</sup>

La primera idea es la cercana al concepto que usa el diccionario en tanto supone la dedicación constante a una línea de acción en la vida pública en la cual un activista se asimila a un agitador (refinado en el caso de Gargarella por el filtro del republicanismo cívico).<sup>9</sup> La segunda idea de este autor –que se refiere específicamente a los jueces– se encuentra al final de una secuencia histórica porque presupone una extensa modelación del concepto que se inicia en los Estados Unidos y que transita en nuestro país por la reforma constitucional de 1994 y por la crisis de 2001, a partir de lo cual se asienta entre algunos autores como la postulación de una necesaria actividad refundadora que deberían asumir los magistrados.

Estas dos citas de un constitucionalista tan preciso como Gargarella permiten advertir un aspecto no contemplado en el Diccionario de la Real Academia Española, que tiñe a este concepto en la doctrina nacional.

El activismo judicial –sea que se lo defina aisladamente o adosado a calificativos favorables o peyorativos– tiende, en general, a ser concebido como un instrumento de cambio social a favor de una perspectiva “progresista”. Esta tendencia reformista no surge espontáneamente en nuestro país. Se deriva de la idea del activismo judicial elaborada en los Estados Unidos de América en el marco temporal preciso de actuación de la denominada “Corte Warren”.

---

<sup>7</sup> Roberto Gargarella, “Dar de nuevo: activismo cívico y el derecho a la crítica radical. Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana”, *Colección ¿Más Derecho?: Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana* 2 (2002): 61.

<sup>8</sup> Véase también Roberto Gargarella, “Activismo judicial en defensa de los derechos de las mujeres. Lo que el argumento democrático no puede probar”, *Razón Pública* 1 (2004): 69.

<sup>9</sup> Para la teoría moderna del republicanismo véase la obra de Philip Pettit, *Republicanism* (Barcelona: Ed. Paidós, 1999).



La traslación del concepto de un país a otro exige considerar las sucesivas etapas de su formación en el lugar de origen y particularmente la falta de un núcleo claro de contenido, al tratarse de una idea algo difusa elaborada por la doctrina de los autores. En el campo del lenguaje natural la definición se puede dar de diversos modos. La noción más simple y más correcta de una definición es una proposición declarativa del significado de una palabra; sea el que el vocablo conlleva en la aceptación común, sea aquello que el orador o escritor se propone anexarle para los usos particulares de su discurso.<sup>10</sup> El importador de un término, tal el caso del contrato de *leasing*, puede determinar fácilmente el contenido mediante un diccionario jurídico o, eventualmente, con el empleo de obras de doctrina o fallos de origen anglosajón que permitirán determinar tal alcance. La definición convencional y la lexicográfica confluyen en gran medida sin que se adviertan desinteligencias en la comprensión del concepto. En cambio, las referencias al activismo judicial en los Estados Unidos divergen tanto en su contenido como en la intencionalidad (peyorativa o favorable) del concepto mismo.

Nada más lejos de este trabajo que postular una definición inequívoca del concepto de activismo judicial. El objetivo únicamente se dirige a precisar los términos de la comunicabilidad mutua en estos casos. Ningún doctrinario habla de *leasing* “adecuado” o daños punitivos “discretos”, pero nuestra doctrina, se refiere al “prudente” activismo judicial, al “sano” activismo judicial e incluso se hace referencia al activismo judicial “bueno” o “malo”. El *leasing* es solamente un contrato en el que se establecen obligaciones recíprocas definidas. El activismo judicial es, a veces, un instrumento doctrinario neutro (descriptivo) para algunos, mientras que para otros es un concepto con contenido peyorativo o eventualmente positivo (normativo).<sup>11</sup>

El activismo judicial se diversificó en una familia de consideraciones descriptivas y normativas a punto tal que se trasladó a nuestro país como una especie de conglomerado heredado<sup>12</sup> que es necesario distinguir para una mejor interpretación de su uso en contextos jurídicos y políticos.

---

<sup>10</sup> John S. Mill, *A System of Logic* (New York: Harper, 1882), 105.

<sup>11</sup> Véase en este último aspecto a Marcelo Alegre, “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”, en *Los derechos fundamentales. SELA 2001* (Buenos Aires: Edit. del Puerto, 2003), 91.

<sup>12</sup> El término lo tomo de E. R. Dodds, *Los griegos y lo irracional* (Madrid: Ed. Alianza, 1983), 195.

Ahora bien, su estudio no puede desligarse de una contraposición con el concepto de autorrestricción (*self restraint*) judicial porque el activismo se presenta como una reacción de ciertos jueces a esa posición de base en la que se presupone que se encuentran situados en un determinado sistema institucional. El concepto no se explica por la suma de dos palabras relativamente neutras, como cuando se habla del activismo de los derechos humanos que refleja el desarrollo de comportamientos dirigidos específicamente hacia un objetivo.<sup>13</sup> El activismo judicial surge en los Estados Unidos como polo de esa díada formada conjuntamente con la autorrestricción judicial. A partir de ese principio, debe analizarse el alcance del concepto mismo porque ambos están profundamente interrelacionados en su relación histórica y uno no se comprende sin el otro.

### III. El modelo de la autorrestricción judicial en los Estados Unidos

La democracia representativa significa, en lo esencial, que los cuerpos políticos son elegidos, directa o indirectamente, por el pueblo mismo y actúan dentro del marco institucional del mandato libre distinto del mandato imperativo propio del derecho privado. Dentro de esta teoría, el Poder Judicial es aquel brazo del gobierno que se encuentra más alejado de este tipo de procedimientos (aunque pueden existir jueces elegidos por la voluntad popular como ocurre en muchos distritos de los Estados Unidos de América). No parece necesario analizar en este capítulo el modo en que la teoría política occidental consideró en los últimos dos siglos a la particular situación en que se encuentra el Poder Judicial dentro del sistema político de la división de poderes. Más importante, dentro del objetivo de este trabajo, es reseñar cuál fue el modelo teórico previo contra el cual se elaboró una especie de nuevo paradigma que fue concebido bajo el nombre de activismo judicial.

Parece obvio que la idea de una consciente limitación de los jueces se encuentra en el origen mismo del orden político estadounidense: en un sistema de división de poderes que fue acogido por nuestro país. Los textos de *El Federalista* o las reflexiones de Marshall en *Marbury v. Madison*<sup>14</sup> son buenos ejemplos de ello. No es precisamente contra esta tradición que se levantaron aquellos que sostuvieron la idea de un Poder Judicial que debía tener un

<sup>13</sup> Véase Sofía Tiscornia, *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales en el caso Walter Bulacio* (Buenos Aires: Edit. del Puerto y CELS, 2008).

<sup>14</sup> “Marbury v. Madison”, 5 U.S. 137 (1803).

papel relevante y no sometido a las veleidades del voto popular. La reacción se dio, en realidad, contra un modelo doctrinario elaborado a fines del siglo XIX y que puede denominarse la escuela de la autorrestricción judicial. Su origen se encuentra en un artículo de James Bradley Thayer<sup>15</sup> titulado “*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” publicado en la *Harvard Law Review* del 25 de octubre de 1893.<sup>16</sup> Autores nacionales consideran a este concepto como una fuerza orientadora dentro del sistema constitucional estadounidense<sup>17</sup> y destacan su relevancia indirecta en nuestra doctrina.<sup>18</sup> Debe señalarse, además, que se han efectuado menciones relevantes a esta obra en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos ocasiones.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> James Bradley Thayer (1831-1902) fue abogado en Boston entre los años 1856 y 1874 y tuvo como socio en su estudio durante un tiempo a Oliver Wendell Holmes Jr. Thayer colaboró en la preparación de las constituciones de los Estados de Washington, Dakota del Norte y Dakota del Sur y estudió en Gran Bretaña el sistema de derecho inglés. En el marco de lo académico, fue parte del equipo –liderado por Langdell– que dio prestigio a la Universidad de Harvard. Para dar una idea de sus múltiples intereses puede señalarse que elaboró obras sobre el dominio eminente del Estado, las relaciones con los indígenas y los problemas jurídicos que surgieron por las “nuevas posesiones” posteriores a la Guerra Hispano Americana; véase Jay Hook, “A Brief Life of James Bradley Thayer”, *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 1.

<sup>16</sup> James B. Thayer, “The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 7 (1893): 17. Se ha dicho que “el derecho constitucional académico comienza [...] con la publicación del temprano esfuerzo de Thayer para reconceptualizar la revisión judicial”: Bruce Ackerman, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, *The Yale Law Journal* 93 (1984): 1013, 1015 [traducción propia]. El mismo autor destaca que Thayer y Holmes negaron la supuesta estructura científica del *common law* para considerar que la doctrina legal es básicamente el producto del conflicto social y el compromiso político. Véase Bruce Ackerman, “El derecho y la mente moderna”, en *La política del diálogo liberal* (Barcelona: Ed. Gedisa, 1998), 220.

<sup>17</sup> Véase Jorge R. Vanossi y Pablo A. Horvath, “El fallo ‘Baker v. Carr’ y la justiciabilidad de las cuestiones políticas”, *La Ley* 114: 982; Juan O. Gauna, “La problemática del control judicial de los actos de administración pública. La teoría de la separación del poder”, *La Ley* 1979-C, 622; Roberto O. Berizonce, “El activismo de los jueces”, *La Ley* 1990-E, 920; Guido S. Tawil, “El control de la calificación jurídica de los hechos por parte de los tribunales de justicia”, *La Ley* 1992-D, 335; Néstor P. Sagüés, “La interpretación judicial de la Constitución”, *La Ley* 1998-D, 1433; Emilio A. Ibarlucía, “El veto, la promulgación parcial de las leyes, la insistencia legislativa, el control parlamentario y el control judicial de constitucionalidad”, *La Ley* 2000-E, 138; Miguel A. Almeyra, “La aplicación rigurosa de la ley penal ¿Pueden los jueces morigerar las escalas penales?”, *La Ley* 2003-B, 391; y Jorge A. Amaya, “¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad?”, *La Ley* 2005-F, 1257.

<sup>18</sup> El autor que establece con precisión esta relación es Alberto B. Bianchi quien en diversos artículos –“El control sobre zona interna de la administración”, *La Ley* 1989-C, 481; “¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad? Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Holmes)”, *La Ley* 1990-E, 1089; y “Los poderes del Congreso para crear y reglamentar la jurisdicción de los tribunales federales”, *La Ley* 1992-B, 335– refleja la importancia de Thayer para la elaboración de esta doctrina.

<sup>19</sup> Véanse CSJN, “Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, *Fallos* 319:3241 (1996), consid. 18; y CSJN, “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean”, *Fallos* 308:2268 (1986), voto del juez Petracchi, consid. 15.

Thayer dictó clases en el período en el que Christopher Columbus Langdell se desempeñaba como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard<sup>20</sup> y dentro de ese contexto se dedicó a elaborar un libro de casos de derecho constitucional – *Cases on Constitutional Law* (1895)<sup>21</sup> aunque se especializó en el estudio de los medios de prueba (evidencia) lo cual se cristalizó en una obra clásica (*Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*), publicada en 1898.<sup>22</sup>

La famosa nota surgió desde la mirada de un teórico especialista en los problemas con que se enfrentan los abogados y jueces en el marco del derecho procesal penal en el mundo anglosajón.<sup>23</sup> El espíritu del trabajo se basa esencialmente en el pensamiento de un autor que se mueve en el terreno de las presunciones (a partir de las cuales elabora su “regla de administración”) y de las vías por las cuales los letrados superan los problemas prácticos concernientes a la prueba de los planteos formulados en juicio o la revisión por los jueces de los veredictos de los jurados. La doctrina reciente ha planteado que Thayer defendía una legislación de clase<sup>24</sup> o que utilizaba su artículo como un mensaje para las clases ilustradas interesadas en la economía política<sup>25</sup>. No obstante estas consideraciones, lo importante es que el artículo fue creado por un teórico de la prueba que buscaba atender a la realidad fáctica a la vez que imponía una concepción normativa de estadista a los jueces, en cuanto estos examinan las leyes a la luz de la doctrina de la revisión judicial. El artículo fue motivado por la creciente intervención de las cortes –según lo creía Thayer– que afectaba el sistema

---

<sup>20</sup> Sobre el contexto educacional en ese momento véase Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993), 170-174; y *Education's End* (New Haven: Yale University Press, 2007), 60. Thayer y Holmes participaron académicamente de esa reforma pedagógica, pero sus concepciones miraban con disfavor la posibilidad de considerar el derecho como una disciplina autónoma. En este sentido, véase Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993), 424.

<sup>21</sup> James B. Thayer, *Cases on Constitutional Law* (Cambridge, Mass.: Charles W. Sever, 1895).

<sup>22</sup> James B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law* (Boston: Little Brown, 1898).

<sup>23</sup> Posner incluye a Thayer en la escuela de la indignación en la interpretación constitucional en la que también estarían comprendidos, con algunas diferencias, Holmes, Cardozo y Frankfurter; véase Richard A. Posner, “Against Constitutional Theory”, *New York University Law Review* 73 (1998):4.

<sup>24</sup> Mark Tushnet afirma concretamente –en contra de la opinión predominante– que Thayer sostenía más bien una defensa del *statu quo* vigente a fines del siglo XIX contra las actividades de los políticos progresistas que pretendían mejorar las condiciones laborales; véase Mark Tushnet, “Thayer’s Target: Judicial Review or Democracy?”, *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 9. Posteriormente reconoce haber exagerado sus argumentos en ese artículo; véase Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton: Princeton University Press, 2000), 57 y nota 7.

<sup>25</sup> G. Edward White, “Revisiting James Bradley Thayer”, *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 48, 79.

democrático; ello independientemente de que esa interferencia judicial se correspondiera con la realidad del período inmediatamente anterior a lo resuelto en el conocido caso *Lochner*<sup>26</sup>.

La autorrestricción judicial se basa en un criterio deferencial según el cual en caso de duda las cortes deben ponderar –como criterio básico de decisión– la existencia de una supuesta presunción de constitucionalidad a favor de las legislaturas.<sup>27</sup> Esta tesis se vio reflejada en los fallos de algunos de los jueces de la Corte Suprema estadounidense y especialmente en los votos de Holmes, Harlan, Frankfurter y Rehnquist.<sup>28</sup> Thayer no fue un pragmático. La idea no es que la revisión judicial sea o no sea eficiente; más bien, de lo que se trata es que las decisiones fundamentales de alta política han sido conferidas a un departamento coordinado (el Poder Legislativo) a quien la Constitución le ha atribuido de un modo determinante esta facultad. De este modo, el acto esencial de la voluntad popular democrática (la sanción de las leyes) fue confiada a un poder concreto y la revisión judicial (como creación del derecho constitucional estadounidense) permite la invalidación de estos actos, pero solamente cuando existe un error claro y evidente.

El texto tiene una fundamentación histórica –esencialmente en lo señalado en *Marbury v. Madison*<sup>29</sup>– en un rasgo característico de la excepcionalidad de la doctrina estadounidense

---

<sup>26</sup> “*Lochner v. New York*”, 198 U.S. 45 (1905). A favor de la tesis que sostiene que existía una plétora de casos que demostraban ese activismo judicial, véase Thomas C. Grey, “Thayer’s Doctrine: Notes on its Origin, Scope, and Present Implications”, *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 28, 32.

<sup>27</sup> Steven G. Calabresi cuestiona precisamente esta deferencia porque sostiene que lo que es novedoso realmente en el sistema estadounidense es el departamentalismo mediante el cual tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial se encuentran igualmente autorizados para interpretar y aplicar la Constitución; véase Steven G. Calabresi, “Thayer’s Clear Mistake”, *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 269, 275. Sobre este modelo para el derecho constitucional actual, Pablo de Lora sostiene que defender el principio “*in dubio pro legislatore*” implica que al que alega la inconstitucionalidad le corresponde la carga de la prueba y que ante la falta de elementos suficientes para constatarla se utilice la presunción como forma de salir del *impasse*. La presunción de constitucionalidad opera por tanto *ex post*, una vez comprobada que la “prueba de cargo” no es suficiente para destruir la constitucionalidad de la ley; véase Pablo de Lora, “Las posibilidades del constitucionalismo thayeriano”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23 (2000), 49, 63.

<sup>28</sup> Cass Sunstein encuentra esas influencias en “Leaving Things Undecided”, *Harvard Law Review* 110 (1996): 4, 12. Respecto de Holmes y Harlan, véanse sus disidencias en “*Lochner v. New York*” 198 U.S. 45 (1905), 74 y 65, respectivamente; respecto de Frankfurter, véase su voto en “*Minersville Sch. Dist. v. Gobitis*”, 310 U.S. 636 (1940), 655; y respecto de Rehnquist, véanse sus disidencias en “*Sugarman v. Dougall*”, 413 U.S. 634 (1973), 649 y “*Roe v. Wade*”, 410 U.S. 13 (1973), 171. Esto también lo sostiene Alberto B. Bianchi en su mencionado artículo “¿Está en crisis...?”, nota 27.

<sup>29</sup> Para una reciente ponderación de los reales factores políticos que intervinieron en esta decisión, véase Bruce Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007). La lectura de los recientes estudios sobre la materia –véase, por ejemplo, Larry D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York: Oxford Press, 2004); y William M. Treanor, “Judicial Review before *Marbury*”, *Stanford Law Review* 58 (2005): 45–, pone en evidencia que no existe todavía un consenso sobre los orígenes de la revisión judicial y en especial sobre

al referirse a la revisión judicial.<sup>30</sup> No se trata, sin embargo, del concepto de supremacía judicial que se desarrolló posteriormente según el cual el Poder Judicial tiene la última palabra sobre todo tema relativo al planteo de inconstitucionalidad de actos de otros poderes.<sup>31</sup> Tampoco se presenta en el artículo la relación dialógica entre el Poder Judicial y el Legislativo,<sup>32</sup> porque la teoría de la autorrestricción judicial implica una clara distinción entre la labor hermenéutica del juez ordinario y la tarea concreta de la invalidación de normas unida a la concepción –sustentada en valores democráticos– en el sentido de que es el Poder Legislativo el que refleja fielmente la voluntad de una ciudadanía esclarecida.

El núcleo del texto es la elaboración del patrón normativo del error claro (*clear mistake*) como recaudo necesario para la declaración de inconstitucionalidad de una ley en un esquema conceptual que proyectó su sombra sobre la jurisprudencia estadounidense. Thayer estableció, como en el caso del principio de la regla de administración, un patrón teórico sencillo y aceptable para los jueces. Thayer plantea que la comparación del juez entre ley y Constitución no basta en estos casos. Se requiere una opción política que solo puede ser resuelta por esta regla de administración: una vez advertida la violación constitucional, puede el juez ignorar la ley.

El error del legislador no debe ser solo un error, sino un error que no se encuentre abierto a un cuestionamiento racional. Lo racional es, sin embargo, quebrado por un argumento político: el estándar se construye a partir de la determinación de cuál es el juicio permisible a otro departamento coordinado, en tanto la Constitución admite muchas interpretaciones. El rango de opciones y juicio que le corresponde a la legislatura es lo que decide el caso a favor de ella.

---

la teoría política subyacente –y también consecuente– con su uso en los comienzos de la historia estadounidense.

<sup>30</sup> Búsqueda que es habitual en los teóricos constitucionalistas estadounidenses para dar validez a sus teorías. Laura Kalman, por ejemplo, estima que autores como Michelmann, Sunstein e incluso el mismo Dworkin consideran importante atribuir un *pedigree* histórico para sus deseadas interpretaciones constitucionales porque quieren imbuir el pasado con autoridad prescriptiva. En este sentido, véase Richard A. Posner, “Past-Dependency, and Critique of History in Adjudication in Legal Scholarship”, *The University of Chicago Law Review* 67 (2000): 573, 582.

<sup>31</sup> El procedimiento de “revisión judicial” no es idéntico al concepto de “supremacía judicial” (*judicial supremacy*), que significa que la interpretación de la Corte Suprema ata a las partes más allá del caso especial, incluyendo a otros poderes del gobierno y establece una posición soberana de ese tribunal; véase Barry Friedman, “The history of the countermajoritarian difficulty. Part one: The road to judicial supremacy”, *New York University Law Review* 73 (1998): 352.

<sup>32</sup> Barry Friedman, “Dialogue and Judicial Review”, *Michigan Law Review* 91 (1993): 577.

Estos tres instrumentos –el axioma de duda racional, la duda razonable y el procedimiento analógico de revisión– los utiliza el juez para marcar los límites externos de la acción legislativa. Se trata de una labor de coordinación o de mantenimiento de la separación de poderes. La labor de los jueces es más estructural que protectora de derechos<sup>33</sup> y el fin último de la teoría es procurar que cada uno de los poderes se mantenga dentro de los confines concedidos por la Constitución. Con el objetivo de elaborar una teoría para lograr este procedimiento de delimitación se introduce el paradigma británico de la revisión de los jurados por los jueces.<sup>34</sup> La solución de los problemas no se encuentra en el Poder Judicial; se halla en realidad en la creación de legislaturas esclarecidas por el voto iluminado de los ciudadanos.

Dentro de este contexto, el objetivo de la autorrestricción consiste en evitar la recurrencia al fácil y común recurso del litigio judicial cuando se habla de la declaración de la invalidación de leyes aprobadas por los poderes del gobierno, que son democráticamente responsables ante sus electores, porque ello empequeñecería la capacidad política del pueblo.<sup>35</sup> Es así que el control de los jueces sobre los jurados –y por inferencia sobre las legislaturas– se ejerce a través de dos vías; por un lado, declarando el alcance (*scope*) y la operación de la razón sensata (*sound reason*) en que consiste en gran parte el *common law*;<sup>36</sup> y, por otro, supervisando y regulando el ejercicio de la función del jurado.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> No me refiero aquí a que Thayer considere los derechos constitucionales como resguardos procesales – al estilo de John H. Ely en *Democracia y Desconfianza* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1997)–, sino en cuanto tutelares de la distribución de funciones de cada departamento de gobierno en la Constitución misma.

<sup>34</sup> Véase Thayer, *A preliminary...*, 11, 77, 81-87, 119-121, 147-149, 162, 165 y 236 –con nota de referencia a Austin–.

<sup>35</sup> Antonin Scalia y Bryan A. Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts* (St. Paul: Thomson West, 2012), 410, nota 24; y Juan F. González Bertomeu, “Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review”, *Legal Theory* 17 (2011): 81, 94.

<sup>36</sup> Thayer presenta un rasgo característico de su doctrina y que se olvida a menudo. Strauss señala bien este aspecto al poner de resalto que la peculiaridad del Sistema Legal estadounidense se basa en la interpretación judicial de la Constitución y en el *common law* y agrega que el constitucionalismo estadounidense ha ido adoptando en gran medida el carácter de ese *common law*. La idea central en este punto es que lo decisivo no es el texto específico de la Constitución sino esencialmente el cuerpo elaborado de derecho que se ha desarrollado, la mayor parte a través de decisiones judiciales a lo largo de los años. Véase David Strauss, “Common Law Constitutional Interpretation”, *The University of Chicago Law Review* 63 (1996): 934; y también “Common Law, Common Ground, and the Jefferson’s Principle”, *The Yale Law Journal* 112 (2003): 1717, 1731.

<sup>37</sup> “Especialmente esta función comienza a jugar al supervisar y regular el ejercicio del cargo del jurado. Aquí yace una de las funciones más penetrantes y de mayor alcance del control judicial [*judicial control*] –la de mantener al jurado dentro de los límites de la razón. Este deber, como el de preservar la disciplina y el orden, pertenece al juez en su mera capacidad de funcionario que preside en el ejercicio de la judicatura. La razón no es tanto una parte del derecho [*law*], sino que ella es el elemento en el cual aquél vive y trabaja; aquellos que tienen que administrar el derecho no pueden ver, moverse, ni respirar sin él. Por consiguiente,

La teoría de la deferencia aquí resumida se deriva, finalmente, en una presunción a favor de la constitucionalidad de las leyes que se sostiene en la construcción hipotética del Poder Legislativo como un conjunto de representantes de la voluntad popular imbuidos de espíritu público.<sup>38</sup> De este modo, la creación del derecho constitucional estadounidense –si así se concibe a la revisión judicial– queda circunscripta a una tarea especialmente limitada. El juez solo puede intervenir en el caso de un monstruoso apartamiento de la norma constitucional que no deje lugar a dudas de la contradicción entre la norma ordinaria y el mandato constitucional, con lo cual establece –como puntualiza Lyons– una “teoría especial de la sentencia”<sup>39</sup> ya que se abstiene de aplicar la Constitución a pesar de haberse formado “una idea buena, justificable y quizá correcta, acerca de lo que significa”<sup>40</sup>.

#### IV. El activismo judicial en los Estados Unidos

El concepto del activismo judicial estadounidense surge como una reacción a este modelo previo –y altamente formalizado– de la autorrestricción judicial. Esta aclaración resulta necesaria puesto que la idea no se originó en un vacío como una simple exacerbación de la labor que desarrollan los magistrados.<sup>41</sup> El activismo judicial –que solamente adquiere

---

el veredicto del jurado no debe ser meramente conformista con las reglas legales, sino que deber ser defendible respecto a su sentido; no debe ser absurdo o caprichoso. Esto es, por supuesto, una cosa diferente de imponer sobre el jurado el propio estándar privado del juez acerca de lo que es razonable. Por ejemplo, cuando la pregunta original para el jurado es una relativa a la conducta razonable, y se convoca a una corte para revisar el veredicto, los jueces no se comprometen a dejar de lado el veredicto porque su propia opinión de la conducta en cuestión difiera de la del jurado. Los jueces no son un jurado de apelación. La cuestión para la corte no es si la conducta últimamente bajo examen, por ejemplo, que si la de una parte herida en un accidente de ferrocarril, fue razonable, sino si la conducta del jurado es razonable al sostener que así lo ha sido; y el test es si una persona razonable podría, con la evidencia existente, contemplar la opinión del jurado. ¿Puede la conducta con la cual el jurado está juzgando, ser considerada razonablemente como razonable? ¿Es esa una perspectiva permisible?” [traducción propia], Thayer, *A Preliminary...*, 175.

<sup>38</sup> Por supuesto que esto implica que Thayer asume un modelo muy simple que no explica realmente cómo funcionan los representantes populares en las democracias representativas. La apatía política no se explica suficientemente (ni siquiera en mínima medida) por la existencia o por el desarrollo del procedimiento de revisión judicial; véase Eugene V. Rostov, “The Democratic Character of Judicial Review”, *Harvard Law Review* 66 (1952): 193, 201.

<sup>39</sup> David Lyons, “La interpretación constitucional y el significado original”, en *Aspectos morales de la teoría jurídica* (Barcelona: Ed. Gedisa, 1998), 204. También podría decirse que la tesis de Thayer plantea una posible teoría especial de la ley en la cual la determinación final de la constitucionalidad sea explícitamente formulada por el Congreso de un modo tal que haga evidente su voluntad “progresiva” e “inspiradora” frente a las habituales perspectivas “conservadoras” de los tribunales (sobre esta eventual interpretación de la tesis de Thayer, véase Robin West, “The Aspirational Constitution”, *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 241, 266.

<sup>40</sup> Lyons, *Aspectos morales...* (Barcelona: Ed. Gedisa, 1998), 204.

<sup>41</sup> Para no alterar el curso del trabajo he preferido soslayar los alcances comunes del término que son más amplios que los de nuestro lenguaje. Así se señala que existen tres acepciones de “activism”, a saber: “1.



autoconciencia a partir de fines de la década de los cincuenta del siglo pasado— se forma en contraposición a ese modelo previo y es a partir de esta ubicación cultural que presenta proyecciones con ciertos rasgos específicos.<sup>42</sup>

La primera de estas aristas distinguibles es que el activismo judicial se usa en ocasiones —tanto por conservadores como por liberales— como un término de oprobio<sup>43</sup> o al menos requiere que sus impulsores justifiquen su planteo más allá de su mera enunciación. Es más, resulta claro que se criticaba el activismo judicial bajo otro rótulo (el gobierno de los jueces) porque se consideraba que afectaba la división de poderes propia del sistema republicano. La línea de base de la autorrestricción judicial (supuestamente neutral y exigida por el sistema constitucional americano) imponía formular esas aclaraciones. Se entendía que el término activismo judicial se encontraba a menudo asociado con la invalidación judicial de las decisiones de los representantes electos por el pueblo.<sup>44</sup> No me adentraré, en este punto, en una historia del derecho constitucional americano que podría ir desde la óptica que se tenía en *El Federalista*<sup>45</sup>, al concepto de Marshall sobre la función judicial como fuertemente política<sup>46</sup> o a las repercusiones de un mal entendido formalismo judicial que entendió que un habitante afroamericano de ese país no podía ser considerado como una persona según la Constitución misma.<sup>47</sup> Me ceñiré, en realidad, a una secuencia de la historia de la actividad de la Corte Suprema estadounidense que puede comenzar —quizás arbitrariamente— a partir del citado artículo de Thayer y del conocido fallo *Plessy v. Ferguson*<sup>48</sup> de 1896. Se trata de

---

Filosofía. Una teoría que sostiene que la esencia de la realidad es un acto o proceso de alguna clase. 2. Una teoría que sostiene que la relación entre la mente y la realidad externa a la mente es tal que involucra una actividad continua de parte de la mente. 3. La doctrina o práctica que sostiene la acción o el compromiso vigorosos como un instrumento para alcanzar fines políticos” [traducción propia]; *Webster’s Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language* (New York: Grammercy, 1989), 15.

<sup>42</sup> Posner considera en un reciente texto —véase *Reflections on Judging* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013), 151-177—, que esta teoría ya no tiene vigencia y ningún juez la aplica en la realidad, lo cual no quiere decir, sin embargo, que haya dejado de tener influencia, dentro de la doctrina constitucional estadounidense.

<sup>43</sup> Frank H. Easterbrook, “Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?”, *University of Colorado Law Review* 73 (2000): 1401.

<sup>44</sup> William P. Marshall, “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”, *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 1217.

<sup>45</sup> En especial el artículo de Alexander Hamilton bajo el n° 78 en Alexander Hamilton et al., *The Federalist Papers* (Harmondsworth: Penguin, 1987).

<sup>46</sup> “Marbury v. Madison”, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>47</sup> “Dred Scott v. Sandford”, 60 U.S. 393 (1857).

<sup>48</sup> “Plessy v. Ferguson”, 163 U.S. 537 (1896). La teoría disidente de Thayer respecto a la actividad de los jueces conservadores de fines del siglo XIX y principios del siglo XX colocaba el proceso legislativo mayoritario en el centro de la teoría constitucional de modo que la revisión judicial debía considerarse sospechosa en tanto invalidaba las decisiones que surgían de ese proceso presuntamente legítimo; véase

un esquema simplista ya que no se pretende relatar la historia de ese tribunal. Solo procuro señalar cómo se ha entendido al activismo judicial incluso antes de la creación del concepto mismo porque, como se verá, algunos matices se han transformado en la jurisprudencia y en la doctrina de nuestro país. La historia de la idea del activismo judicial en los casos de relevancia constitucional puede resumirse –teniendo en cuenta el citado punto de partida– en los siguientes términos:

### **A. La Corte de las presidencias de los *Chief Justices* (Presidentes de la Corte) Fuller (1888-1910), White (1910-1921) y Taft (1921-1930)**

El más alto tribunal de los Estados Unidos desarrolló durante este lapso un rol fuertemente conservador basado en una interpretación formalista (y quizás aceptable desde una perspectiva histórica no anacrónica)<sup>49</sup> que procuraba restringir la actividad de las legislaturas como órganos del gobierno democrático, en su protección de los más desfavorecidos en una sociedad capitalista indiferente. Siguiendo este curso de acción, el tribunal invalidó diversas leyes dirigidas a tutelar los intereses de los trabajadores. Más aun, dejó sin efecto estas normas recurriendo a un artilugio de interpretación constitucional –el debido proceso sustantivo (*substantive due process*)– que le permitió mantener principios liberales extremos. Existe una segunda parte de este segmento que puede colocarse a partir de la asunción de Franklin Delano Roosevelt a la presidencia de la nación en 1933.

Dentro de la política del *New Deal*, el Poder Ejecutivo promovió un conjunto de iniciativas que se convirtieron en leyes destinadas a promover una más intensa participación del gobierno a un nivel estructural en las relaciones económicas y laborales. Empero, la Corte siguió invalidando algunas de esas normas,<sup>50</sup> lo que se prolongó hasta bien entrado el lapso de desempeño del siguiente presidente de la Corte (Hughes).

---

Robert M. Cover, “The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities”, *The Yale Law Journal* 91 (1982): 1287.

<sup>49</sup> El caso típico en esta secuencia es “*Lochner v. New York*”, 198 U.S. 45 (1905), donde la Corte invalidó una ley estadual que prohibía trabajar en las panaderías más de sesenta horas semanales. Supuestos similares pueden citarse en “*Adkins v. Children’s Hospital of District of Columbia*”, 261 U. S. 525 (1923) (sobre anulación de ley de salarios mínimos).

<sup>50</sup> Véase, entre otros, “*Carter v. Carter Coal Co.*”, 298 U.S. 238 (1936) (el cual invalida una ley minera que protegía a los trabajadores) y “*Morehead v. New York ex. rel. Tipaldo*”, 298 U.S. 587 (1936) (el cual nulifica otra ley de salarios mínimos).

## **B. La Corte de los presidentes Hughes (1930-1941), Stone (1941-1946) y Vinson (1946-1953)**

Advertido de esa voluntad obstruccionista de la Corte Suprema, Roosevelt intentó modificar el número de sus integrantes para nombrar a jueces favorables a su posición política. La maniobra política iniciada no se llevó a cabo por circunstancias fortuitas que permitieron canalizar los intereses de los órganos de gobierno representativos de la voluntad mayoritaria. Paradójicamente esta concepción acerca de un rol más moderno —e intervencionista— del Estado Federal solo fue posible por la pasividad de los jueces, esto es, la posición “progresista” implicaba en estos casos no actuar frente a las nuevas leyes y resoluciones administrativas que procuraban superar las consecuencias de la Gran Depresión.<sup>51</sup>

Sin embargo, surgía aquí una dificultad porque ese procedimiento era útil cuando la legislación tenía ideas de avanzada en la reforma social de un *status quo* conservador, pero era problemática para la actividad de la Corte cuando se trataba de legislación que sometía a minorías oprimidas o impedía canalizar realmente la voluntad democrática. Sabido es que en el año 1938 se dictó el fallo *Carolene Products*<sup>52</sup> que en su famosa nota 4 establece un paradigma de actuación judicial en los casos en que se afectaran derechos de minorías o de aquellos excluidos del proceso político mediante un escrutinio judicial más estricto.<sup>53</sup>

Las dificultades para la Corte aumentaron cuando la sociedad estadounidense aceptó el criterio del *New Deal* y superó los problemas económicos acuciantes. El tribunal debió enfrentarse en ese entonces al conflicto suscitado por un ordenamiento jurídico que convalidaba la segregación racial de la minoría afro-americana. De este modo, un seguidor de la autorrestricción al estilo de Thayer —el juez Felix Frankfurter— podía convalidar la legislación de Roosevelt pero se veía en un cuello de botella cuando tenía que resolver

---

<sup>51</sup> Son casos prototípicos al respecto: “*West Coast Hotel Co. v. Parrish*”, 300 U. S. 379 (1937) y “*NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*”, 301 U.S. 1 (1937) (los cuales convalidan la legitimidad de la Ley Nacional de Relaciones Laborales propuesta por el Presidente Roosevelt).

<sup>52</sup> “*United States v. Carolene Products Co.*”, 304 U.S. 144 (1938).

<sup>53</sup> La santificación de la nota 4 de *Carolene* se ha dado en el conocido y ya citado texto de Ely, *Democracia y Desconfianza*, cuya interpretación tendría importancia para algunos doctrinarios que se refieren al activismo judicial en nuestro país. La vinculación entre ese fallo y el concepto de activismo judicial puede verse en la nota ya citada de Cover, “*The Origins...*”, 1291, en la cual el autor explica las razones por las que la nota 4 dio una justificación textual y funcional para los estándares del activismo judicial de los derechos de minorías y de la auto-restricción para la legislación económica.

planteos de invalidación de leyes estatales segregacionistas porque ello alteraba su perspectiva de autocontención de la actividad del juez.

En suma, si Frankfurter mantenía el principio de autorrestricción, ello significaba una convalidación de los actos racistas que se cometían cotidianamente en el Sur similares a las medidas adoptadas por las autoridades nazis. En cambio, si abandonaba su autorrestricción y tomaba un curso de activismo judicial debía relajar los principios que habían sostenido su actividad en el período de avance del *New Deal*.

La idea de definir cierta conducta de los magistrados mediante el concepto de activismo judicial surge durante ese período ya que habría sido acuñado por Arthur Schlesinger Jr. quien publicó un artículo sobre el máximo tribunal en la revista *Fortune* de enero de 1947 clasificando a los jueces Black, Douglas, Murphy y Rutledge como “activistas judiciales” (*judicial activists*) y a los jueces Frankfurter y Burton como los campeones de la autorrestricción. Schlesinger describió al primer grupo como personas que creían que la Corte Suprema podía jugar un rol afirmativo en la promoción del bienestar social, interesados en el empleo del poder de los jueces para la realización de su propia concepción del bien social y que consideraban al tribunal como un instrumento para alcanzar los resultados deseados. El segundo grupo (Frankfurter y sus seguidores), sostenía una política de autorrestricción en la Corte mediante la cual se autorizaba la expansión del juicio permisible a las legislaturas aunque fueran contrarias a las perspectivas individuales de los jueces para permitir a los brazos del gobierno alcanzar los resultados que la gente quisiera, para bien o para mal.<sup>54</sup>

Resulta importante destacar que el concepto fue utilizado originariamente en términos puramente descriptivos para señalar una tendencia dentro del máximo tribunal americano. Desde luego, que esta conducta de los magistrados existía antes, pero está claro que el concepto aparece para reflejarla cuando empiezan a desvanecerse las posturas de deferencia de la Corte Suprema hacia el Poder Legislativo durante la década de los treinta y principios de la de los cuarenta para pasar a un criterio –que se acentuará en la de los cincuenta– que reflejaba una mirada cuestionadora de las autoridades estatales que despreciaban los derechos de las minorías. Pero ello no solo suponía alterar la orientación política de las decisiones de la Corte. Suponía también –como señala Duncan Kennedy<sup>55</sup>– reconstruir la

<sup>54</sup> Sobre este artículo véase Keenan D. Kmiec, “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”, *California Law Review* 92 (2004): 1442, 1445.

<sup>55</sup> Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997), 324.

teoría del rol judicial reparando el daño causado por los jueces que habían intervenido siguiendo el paradigma de *Lochner*.

### C. La Corte del período del presidente Warren (1953-1969)<sup>56</sup>

Este es el período del “activismo judicial progresista” o del “liberalismo legal” como Laura Kalman describe a la confianza en el potencial de los tribunales, particularmente de la Corte Suprema, para provocar las reformas sociales específicas que afectan a grandes grupos de personas como los afro-americanos, o los trabajadores, o los partidarios de una creencia política particular, en otras palabras, cambio en las políticas públicas (*policy*)<sup>57</sup> con impacto nacional.<sup>58</sup>

En términos esquemáticos,<sup>59</sup> puede decirse que el activismo judicial –entendido en esos términos– se caracteriza por diversos rasgos:

a) La aplicación de la revisión judicial (*judicial review*) como procedimiento para invalidar leyes segregacionistas (*Brown I*).<sup>60</sup>

b) La adopción de un curso de acción cuasi político para implementar el cumplimiento de las medidas judiciales con toda la rapidez necesaria (*Brown II*).<sup>61</sup>

c) La intervención de la Corte en materias consideradas habitualmente fuera del poder del ámbito judicial, como las cuestiones políticas no justiciables (*Baker v. Carr*).<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> Para una perspectiva esencialmente política de este período, aunque a veces teñida de subjetivismo, véase Lucas A. Powe Jr., *The Warren Court and American Politics* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000).

<sup>57</sup> Traduzco aquí la palabra inglesa *policy* por política pública porque entiendo que el liberalismo legal –o el activismo judicial al estilo de la Corte Warren– se inserta sobre esta distinción entre *politics* y *policy*; véase Wayne Parsons, *Políticas públicas: una introducción a la teoría y a la práctica del análisis de políticas públicas* (México: FLACSO, 2007); y también Charles E. Lindblom, *El proceso de elaboración de políticas públicas* (Madrid: Ministerio para la Administración Pública, 1991).

<sup>58</sup> Laura Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism* (New Haven: Yale University Press, 1996), 2.

<sup>59</sup> Un interesante estudio acerca de los fundamentos de las distintas Cortes puede encontrarse en Michael J. Gerhardt, “The rhetoric of judicial critique: from judicial restraint to the virtual Bill of Rights”, *William and Mary Bill of Rights Journal* 10 (2002): 585.

<sup>60</sup> “*Brown v. Board of Education of Topeka*”, 347 U. S. 483 (1954).

<sup>61</sup> “*Brown v. Board of Education of Topeka*”, 349 U. S. 294 (1955).

<sup>62</sup> “*Baker v. Carr*”, 369 U. S. 186 (1962). En este tipo de casos de redelimitación electoral la perspectiva de Frankfurter era más tradicional y prefería que la Corte no se metiera en el matorral político (*political ticket*); así lo señaló en el fallo “*Colegrove v. Green*”, 328 U. S. 549 (1946), 556; y en su disidencia misma en *Baker*. Sobre los complejos problemas a los que conduce a veces la intervención judicial en estas materias remito a mi artículo “El fallo Vieth: la manipulación partidista como cuestión política no justiciable”, *La Ley* 2005-B, 92.

d) La imposición –y aceptación por el pueblo estadounidense– del concepto de supremacía judicial en *Cooper v. Aron*<sup>63</sup>, de 1958, en cuanto establece que la última palabra en la interpretación constitucional de la ley corresponde a la Corte Suprema la cual desplaza, correlativamente, la posibilidad de que otros poderes se encuentren igualmente legitimados para dar una interpretación última similar.

e) La difusión de un espíritu político-jurídico según el cual los jueces podían –y debían– ser el motor de un cambio que cercenara las estructuras retrógradas de la sociedad tradicional basadas en concepciones de raza, clase, género y delimitación electoral.

f) La creación de una especie de mito justificante de actuación judicial constituido por el activismo judicial en la Corte Warren que se extendió como modelo para el resto de los magistrados en sectores ajenos al mismo derecho constitucional.<sup>64</sup>

Los autores conservadores estiman al criterio adoptado por la Corte Suprema estadounidense en esos casos como el procedimiento modélico de activismo judicial representativo de un sistema de cobertura del gobierno de los jueces, en el cual estos actúan como voceros de la academia liberal reformista. Esta tendencia en la doctrina postula una visión “democrática” según la cual la perspectiva del Tribunal Supremo personifica una visión elitista en contra de la voluntad mayoritaria evidenciada por las legislaturas estatales.<sup>65</sup> El concepto de activismo judicial queda adherido, durante varias décadas, a la instrumentalización que supuestamente habría hecho la Corte Warren de los poderes de interpretación y aplicación de la Constitución para expandir una visión “liberal” elitista que no se compadecía con la idea de “democracia” reflejada en los poderes legislativos estatales. De allí se origina el concepto peyorativo del activismo judicial que se ha mantenido fuertemente dentro de la doctrina estadounidense.

#### **D. La Corte del período del presidente Burger (1969-1986)**

La narración histórica habitual considera que se produjo en este período una disminución del activismo de la Corte Warren. De todos modos, se dictaron sentencias que siguieron esa

---

<sup>63</sup> “Cooper v. Aaron”, 358 U. S. 1 (1958).

<sup>64</sup> Son ilustrativas las consideraciones respecto a la responsabilidad extracontractual (*tort law*) formuladas por Gary T. Schwartz en “The Beginning and the Possible End of the Rise of the Modern American Tort Law”, *Georgia Law Review* 26 (1992): 601, 608.

<sup>65</sup> Lino A. Graglia, “Constitutional Law: A Ruse for Government by an Intellectual Elite”, *Georgia State University Law Review* 14 (1998): 767, 778.

línea como *Roe v. Wade*<sup>66</sup>, que es el modelo de un activismo judicial apartado de la interpretación literal de la ley,<sup>67</sup> o que procuraron la modificación de estructuras inaceptables en las condiciones de las prisiones,<sup>68</sup> así como algunos fallos<sup>69</sup> relativos a la modificación de las estructuras escolares segregacionistas, los cuales son tomados como canon<sup>70</sup> para la idea de reforma estructural de las cortes frente a la inacción del poder administrador.

De todos modos, es cierto que se produjo una crisis en el modelo formado por la Corte Warren y los fallos iniciales de la Corte Burger. Ello queda ejemplificado en el voto en disidencia del mismo Burger –conjuntamente con los jueces Rehnquist, O’Connor y White– en el caso *Plyler v. Doe*<sup>71</sup>, de 1982. Transcribiré *in extenso* sus párrafos centrales porque sirve para entender, al mismo tiempo, la relación compleja en que se han situado los jueces de la corte estadounidense en este punto:

“... [L]a Constitución no nos constituye como ‘Guardianes Platónicos’, ni inviste a esta Corte con la autoridad para abatir leyes porque ellas no satisfacen nuestros estándares de una política social deseable, ‘sabiduría’, o ‘sentido común’ [...]. Nosotros traspasamos la función asignada a los brazos políticos bajo nuestra estructura de poderes limitados y separados cuando asumimos un rol creador de políticas [*policymaking*] como la Corte lo hace hoy en día. [...] [N]o es la función del poder judicial proveer un ‘liderazgo efectivo’ simplemente porque los brazos políticos del gobierno fracasan en así hacerlo. [...] La Constitución no provee una cura para todo mal social, ni inviste a los jueces con un mandato para tratar de remediar todo problema social. [...] Los casos decididos hoy, lamento decirlo, presentan todavía otro ejemplo de acción judicial injustificada que en el largo plazo tiende a contribuir a la debilitación de nuestros procesos políticos”<sup>72</sup> [traducción propia].

<sup>66</sup> “*Roe v. Wade*”, 410 U. S. 113 (1973).

<sup>67</sup> Véase John H. Ely, “The Wages of Crying Wolf: A Comment of *Roe v. Wade*”, *The Yale Law Journal* 82 (1973): 920.

<sup>68</sup> “*Hutto v. Finney*”, 437 U.S. 638 (1978).

<sup>69</sup> “*Milliken v. Bradley*”, 418 U. S. 717 (1974); “*Columbus Bd. of Education v. Penick*”, 443 U. S. 449 (1979); y “*Dayton Bd. of Education v. Brinkman*”, 443 U.S. 526 (1979).

<sup>70</sup> Owen Fiss, “The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review* 93 (1979): 1.

<sup>71</sup> “*Plyler v. Doe*”, 457 U.S. 202 (1982). Michael J. Perry destacaba, en contraposición a la disidencia de Burger, el carácter fundamentalmente activista de la posición de la mayoría; véase Michael J. Perry, “Equal Protection, Judicial Activism, and the Intellectual Agenda of Constitutional Theory: Reflections on, and beyond, *Plyler v. Doe*”, *University of Pittsburg Law Review* 44 (1983): 329.

<sup>72</sup> “*Plyler v. Doe*”, 201 y 253.

Así, puede decirse que la “acción judicial injustificada” es lo que define al activismo judicial progresista desde la perspectiva conservadora y es justamente lo que buscaban destruir juristas como Bork<sup>73</sup> que proponían la defensa literal en la interpretación de la Constitución como única forma de proteger el modelo democrático.

### E. La Corte del Presidente Rehnquist (1986-2005)

Cuando el juez Rehnquist asumió como Presidente de la Corte de los Estados Unidos se inició una revolución conservadora que alteró el concepto mismo de activismo judicial y que –con la ayuda de jueces de otras instancias– modificó, de un modo relevante, el sistema de interpretación constitucional. Surgió así un activismo de derecha o un activismo conservador que ya había existido sin el uso del concepto mismo. Este activismo propone una reforma judicial que postula una vuelta al *status quo* al dejar sin efecto medidas legislativas progresistas.<sup>74</sup> Surge un “activismo judicial en la derecha”<sup>75</sup> que mira la actividad legislativa con disfavor. Se reproduce así –en términos amplios– el gobierno elitista de los jueces conservadores de principios del siglo XX criticado por la perspectiva liberal-reformista. La expansión del activismo judicial originariamente considerado como progresista y enfocado hacia la reforma social para la protección de las minorías tiene su contraparte ahora en un activismo judicial conservador. El concepto de activismo judicial que desde mediados del siglo XX reflejaba la voluntad de cambio de jueces de avanzada sufre un proceso de resignificación dentro de la comunidad interpretativa estadounidense. Con la aparición de jueces que utilizan instrumentalmente sus sentencias para mantener el *status quo* surge un activismo judicial conservador que se diferencia de la perspectiva de la Corte Warren.<sup>76</sup>

Es necesario preciar una distinción a veces soslayada en la consideración del activismo judicial en nuestro país. Es posible decir que jueces como Rehnquist, Scalia y Thomas son

<sup>73</sup> Robert H. Bork, *The Tempting of America* (New York: Free Press, 1997).

<sup>74</sup> Cass Sunstein da una interesante vuelta de tuerca al señalar que las cortes deberían habitualmente respetar los esfuerzos legislativos para alterar el *statu quo*, de lo que se infiere que el activismo judicial es legítimo cuando los jueces siguen ese objetivo; véase Cass Sunstein, *The Partial Constitution* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997), 151. Resulta obvio que definir qué es el *statu quo* de una sociedad para delimitar el ámbito del activismo judicial es un interrogante político y no judicial, de modo que resulta difícil estimar –con la sola lectura del fallo– cuándo se trata de tal tipo de activismo.

<sup>75</sup> He sido a propósito simplista con esta expresión porque refleja el subtítulo de un texto escrito desde la perspectiva opuesta; véase Herman Schwartz *The Rehnquist Court. Judicial activism on the right* (New York: Hill and Wang, 2002).

<sup>76</sup> William P. Marshall, “Conservatives and the...”; y Ernest A. Young, “Judicial activism and conservative politics”, *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 1217 y 1239, respectivamente.



activistas de derecha —como también otros ubicados en instancias inferiores como Easterbrook— en cuanto postulan que no es la función del juez intervenir en el juego político democrático. Pero esta concepción de autocontención no implica que todos utilicen los mismos métodos de interpretación. En otros términos, activismo de derecha no es igual a originalismo.<sup>77</sup> El activismo conservador puede ser pragmático aunque en general es originalista (Scalia y Thomas, con variantes entre ambos, según se le dé o no mayor importancia al precedente judicial) o auténticamente conservador (Rehnquist) y claramente se reconoce como activista ya que pretende ser un simple apego a una interpretación literal de la Constitución.

Este breve repaso de la actividad judicial de la Corte estadounidense —en la que no he incluido la labor de la Corte Roberts—<sup>78</sup> permite ahora tener en cuenta algunos aspectos que quiero resaltar.

El activismo judicial se relaciona inevitablemente en los Estados Unidos con la idea de la autorrestricción en una relación bipolar<sup>79</sup> y refleja la tendencia de algunos jueces a apartarse de este modelo previo.<sup>80</sup> Por supuesto que hay aquí una especie de reacción contramayoritaria<sup>81</sup> a la decisión emanada del principal responsable de la voluntad popular. Pero lo que quiero resaltar es, más bien, que el activismo judicial se refiere primariamente al peculiar procedimiento de revisión judicial vinculado a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, lo cierto es que no se dice en el derecho estadounidense que un magistrado es un activista judicial cuando despliega su actividad creadora en la resolución de un caso

---

<sup>77</sup> Sin embargo, Jed Rubenfeld considera que la Corte Rehnquist se desplegaba a la vez como textualista y activista; véase Jed Rubenfeld, *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005), 158.

<sup>78</sup> El lapso transcurrido desde su incorporación no permite hacer un balance definitivo, aunque se advierten algunos rasgos de flexibilidad respecto de la anterior Corte Rehnquist. Véase John P. Stevens, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir* (New York: Little, Brown and Company, 2011), 214-227.

<sup>79</sup> Easterbrook señala que el activismo judicial comenzó su vida como “la antítesis de la ‘restricción judicial’” de modo que “si la ‘restricción’ es buena, el ‘activismo’ debe ser malo” [traducciones propias] (“Do Liberals and...”, 1401).

<sup>80</sup> Archibald Cox, “The role of the Supreme Court: judicial activism or self-restraint”, *Maryland Law Review* 447 (1987): 118, 121; señalando que el activismo judicial extremo se caracteriza por la creencia de que el derecho (*law*) es sólo política (*policy*) y que el juez debería concentrarse en construir la buena sociedad de acuerdo con su propia visión acerca de la política correcta de modo que es posible que existan jueces activistas conservadores o liberales.

<sup>81</sup> Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis: Bibbs, 1962), cap. I.

dentro del régimen del *common law* cuyo modelo es la tarea del juez Cardozo.<sup>82</sup> La acción creadora del juez o la decisión novedosa del magistrado que sortea formalidades no es activismo judicial. En todo caso, esta función es característica del juez anglosajón y no tiene nada de activista en el sentido de cambio o reforma social como política. A lo sumo, el juez ordinario reconoce los cambios que se han producido en la sociedad y excepcionalmente tiene un rol activo (como en el tema de la responsabilidad por productos elaborados).<sup>83</sup> Se trata, más allá de su función creadora del derecho, del mantenimiento de una larga tradición anglosajona<sup>84</sup> que ha sido reivindicada recientemente<sup>85</sup>.

El surgimiento de un activismo judicial conservador agrega algo más de vaguedad al concepto mismo. Lo que originalmente era un intento de los jueces de promover la reforma social ha perdido nitidez hasta el punto de que se inserta en él un sentido político contrario a la calificación utilizada para la conducta de la Corte Warren. No me detendré aquí en un punto fundamental cual es la verdadera fuerza promotora del cambio social en los Estados Unidos, cuestión que dista de haber sido resuelta en la doctrina.<sup>86</sup> Se sugiere que los abogados conservadores persuadieron a la Corte Suprema de expandir los derechos constitucionales individuales contra las regulaciones restrictivas sobre la propiedad privada o para anular preferencias basadas en la raza en programas de acción afirmativa.<sup>87</sup> La cuestión relevante se

---

<sup>82</sup> Se trata, quizás paradójicamente, de un juez activo como integrante de la Cámara de Apelaciones de New York (*New York Court of Appeals*) en la formación del *common law* moderno y relativamente no activista en su integración –bien que tardía– en la Corte Suprema de los Estados Unidos; véase Andrew L. Kaufman, *Cardozo* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000); y especialmente la excelente nota crítica de Judith S. Kaye, “Cardozo: a Law Classic”, *Harvard Law Review* 112 (1999): 1026.

<sup>83</sup> Véase en este sentido el clásico fallo de Cardozo en “*MacPherson v. Buick Motor Co.*”, 217 N.Y. 382, 111 NE 1050 (1916). Estos procedimientos suponen –como señala recientemente Kent Greenawalt, *Statutory and Common Law Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 178-277– también la existencia de procedimientos hermenéuticos que no se identifican totalmente con los métodos utilizados para la interpretación de textos legales.

<sup>84</sup> Una nación no implica solo una agregación momentánea sino una idea de continuidad [*continuity*] que se extiende tanto en el tiempo como en números y en el espacio; véase Edmund Burke, “Speech on a Committee to Inquire into the State of the Representations of the Commons in Parliament”, en *The portable Edmund Burke*, ed. Isaac Kramnick (Londres: Penguin, 1999).

<sup>85</sup> Véase Cass R. Sunstein, “Burkean minimalism”, *Michigan Law Review* 105 (2006): 353, 356 y 369; donde señala que este tipo de conservadores sostiene que los jueces deben estar atentos a las tradiciones establecidas y evitar los argumentos morales y políticos independientes, y considera que no pueden construir derecho constitucional a partir de sus decisiones, aunque reconoce la posibilidad de elaborar un *corpus* semejante mediante una actividad paulatina que raramente se aparte de un modo radical de las concepciones vigentes de la sociedad.

<sup>86</sup> Véase la exposición escéptica clásica en Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can courts bring about social change?* (Chicago: The University of Chicago, 1991); y la perspectiva algo más favorable a los tribunales en la protección de los derechos raciales en Michael Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights. The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

<sup>87</sup> Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003), 51.

centra en que tanto los activistas progresistas como los conservadores deben justificar políticamente sus decisiones cuando así deciden en casos de relevancia constitucional. Como ha señalado el juez Frank H. Easterbrook “el único consenso parece ser que el activismo es malo”<sup>88</sup> aunque aclarando a continuación que “sin embargo, si el activismo no siempre es loable ¿por qué debería el activismo ser una palabra de oprobio solamente? Creo que lo mejor es encontrar una definición neutral de la palabra”<sup>89</sup> [traducciones propias]. La justificación de esta intromisión de las cortes en áreas normalmente ajenas está a cargo de quien sostiene el activismo judicial independientemente del norte político de las sentencias.<sup>90</sup> Y esta justificación se necesita porque el Congreso –en el imaginario político estadounidense– es el representante de la voluntad popular, con lo cual los jueces deben argumentar las razones por las cuales intentan salir del marco de autorrestricción que la tradición política y doctrinaria les asigna como línea de base de toda su labor de adjudicación.

Se ha producido, además, una vuelta de tuerca sobre el concepto de activismo judicial. Su uso mismo refleja el carácter peyorativo usado por las corrientes tradicionales que quedó instalado en el léxico estadounidense. De esta forma, la referencia a jueces “activistas”<sup>91</sup> o al “activismo judicial”<sup>92</sup> se efectúa entre comillas porque se presupone en su mismo empleo una crítica respecto de los magistrados que efectúan una lectura expansiva de la Constitución que lleva al reconocimiento de derechos que los sectores tradicionales han pasado por alto bajo el uso del criterio de la autorrestricción judicial. La politización del término ha llevado, paradójicamente, a imbuir de contenido partisano a la autorrestricción judicial que era considerada como el punto de partida básico del derecho constitucional estadounidense. En un sentido amplio, activismo y contención son usados como epítetos para aporrear a opositores políticos y legales,<sup>93</sup> con lo cual los límites tradicionales tienden también a desvanecerse en el medio de esta politización de lo jurídico.

---

<sup>88</sup> Lino A. Graglia, “It’s not Constitutionalism, it’s Judicial Activism”, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 19 (1996): 293, 297. El dicho de Easterbrook se encuentra en su ya citado artículo “Do Liberals...?”, 1403.

<sup>89</sup> Graglia, “It’s not Constitutionalism...”, 297.

<sup>90</sup> Graglia, “It’s not Constitutionalism...”, 297.

<sup>91</sup> Akhil Reed Amar, *America’s Unwritten Constitution*, (New York: Basic Books, 2012), 106.

<sup>92</sup> Seth Stern y Stephen Wermiel, *Justice Brennan. Liberal Champion* (Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2010), 232.

<sup>93</sup> Jeffrey A. Segal y Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 408 y ss.

El activismo judicial surge, en verdad, a partir de un trasfondo que le otorga a los tribunales un rol específico dentro del sistema constitucional estadounidense. De este modo, el activismo judicial se presenta como una reacción a una estructura altamente formalizada que operaba –y lo sigue haciendo– como un contrapeso a la actividad atribuida a los jueces desde el fallo *Marbury v. Madison*. Carece, pues, de sentido examinar al activismo judicial como un concepto autónomo porque en los Estados Unidos su surgimiento se originó como una corriente jurisprudencial y doctrinaria opuesta a otra teoría de gran importancia que es el *self restraint*. No se puede comprender uno sin el otro y de allí la necesidad de examinar este otro polo de esta tensión en la teoría constitucional que se encuentra también en la raíz misma del debate en nuestro país.<sup>94</sup>

## V. El activismo judicial en la doctrina nacional

El uso del término activismo judicial para calificar la conducta de los magistrados es relativamente reciente en nuestro país. Se trata de un concepto importado de los Estados Unidos y es ampliamente empleado por la doctrina jurídica nacional.<sup>95</sup> Ejemplos diversos de esta influencia se encuentran en las notas de diversos autores. Así, existen doctrinarios que transmiten el concepto del activismo judicial como progresismo liberal,<sup>96</sup> otros lo conciben como interpretación no originalista,<sup>97</sup> algunos atienden al activismo judicial como una

---

<sup>94</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido en múltiples oportunidades a la consideración de la última ratio como motivo determinante para la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes – CSJN, “Rasspe Sohne, P. D. c/ Nación”, *Fallos* 249:51 (1961); CSJN, “Malenky, Rubén”, *Fallos* 264:364 (1966); CSJN, “Bonfante, Alberto A. c/ Junta Nacional de Carnes”, *Fallos* 288:325 (1974); CSJN, “Asoc. de Socios Argentinos de la O.T.I. c/ D.G.I.”, *Fallos* 324:920 (2001); CSJN, “Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.”, *Fallos* 330:5345 (2007), entre muchos otros–. La autorrestricción judicial participa de esta idea pero, como se advertirá, es un concepto técnico más refinado y amplio en sus alcances que ese método utilizado por el Supremo Tribunal para evitar la supuestamente excesiva intervención de los jueces.

<sup>95</sup> Para el uso de este concepto en un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación véase el excelente artículo de Pablo L. Manili, “El Activismo en la Jurisdicción Constitucional” en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Argentino, Comparado y Transnacional*, dir. Pablo Luis Manili (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2010), Volumen 1, 313 y ss.; donde se distingue entre el activismo “bueno” y el activismo “malo” del Máximo Tribunal (las comillas pertenecen al original).

<sup>96</sup> Javier Mafucchi Moore y José M. Sabat, “El proceso de selección de jueces federales. La experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica”, *La Ley* 1996-E, 1141 (aunque señalando en dos ocasiones la perspectiva crítica de R. Reagan respecto al concepto mismo).

<sup>97</sup> Pablo L. Manili, “La Corte Suprema de los Estados Unidos: el derecho internacional y el desprecio por la vida humana”, *La Ley* 1999-B, 217.

específica tradición estadounidense,<sup>98</sup> y otros aluden a un activismo judicial bien utilizado respecto de los individuos en prisión<sup>99</sup>. Se ha dicho, por ejemplo, que refleja el imperialismo de los jueces transformados en hacedores de leyes<sup>100</sup> mientras que se lo ha señalado como origen de reformas perennes en el tratamiento de personas con perturbaciones mentales mediante la operatividad directa de los derechos fundamentales<sup>101</sup>. La referencia a este concepto se ha mencionado, incluso en sus dos vertientes en los Estados Unidos, al referirse a las decisiones de la Corte Warren basadas en la protección de la igualdad o del debido proceso legal, que era mirado como “activismo judicial” por la Corte Rehnquist que, sin embargo, desarrollaba también un firme activismo judicial en el caso *Bush v. Gore*.<sup>102</sup>

El concepto se despliega en nuestro país por la influencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del período del Presidente Raúl R. Alfonsín (1983-1989). Gozaíni destacaba recientemente la labor de esa Corte como norma de activismo judicial en clara oposición consciente al *self restraint* o la doctrina de las cuestiones no justiciables.<sup>103</sup> La importación de la idea del activismo judicial se evidencia en un artículo fundamental de Augusto Morello titulado “El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” que constituyó su discurso para el ingreso a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en el año 1988.<sup>104</sup> El autor realzaba el activismo –a secas– del Máximo Tribunal como surgido esencialmente de la interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional centralizándose en el caso *Sejean*<sup>105</sup> para difundirse en el activismo en lo procesal, en la resolución de conflictos de poderes y en la fijación o consolidación de los valores de la sociedad argentina. Empero,

---

<sup>98</sup> Víctor Abramovich y Chistian Courtis, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley* 2001-D, 22.

<sup>99</sup> Diego L. Guardia y Luis F. Salas, “El derecho a procrear del condenado a cumplir una pena privativa de libertad”, *La Ley* 2002-E, 325.

<sup>100</sup> Francisco A. Pelerano, “Política y Corte Suprema”, *La Ley* 1988-D, 1204. Walter F. Carnota plantea en su artículo “La Constitución viviente. Nota por el aniversario de la Constitución al fallo “Benjamín Calvete”, *La Ley* 2003-C, 1308, una postura distinta en el uso del concepto al señalar que no canta loas a un desenfrenado activismo judicial que convierte a la Corte en una super-legislatura, con lo que – correlativamente – admite la posibilidad de un activismo judicial normal (usando, por otro lado, el concepto crítico de Frankfurter respecto a la excesiva intromisión de los jueces en otros poderes).

<sup>101</sup> Eduardo Cárdenas, “Reflexiones sobre un fallo de los que florecen breve y aisladamente en los países dependientes”, *La Ley* 2002-D, 1456.

<sup>102</sup> Walter Carnota, “‘Bush v. Gore’. La Corte Suprema de los Estados Unidos elige un presidente”, *La Ley* 2001-A, 394.

<sup>103</sup> Osvaldo A. Gozaíni, “La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la Acordada CS 4/2007”, *La Ley* 2010-C, 898.

<sup>104</sup> Augusto M. Morello, “El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 2ª época, año XXXII, 25 (1988), 63.

<sup>105</sup> CSJN, “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean”, *Fallos* 308:2268 (1986).

la teoría del activismo debía también enmarcarse en el debido acatamiento a la ley no sustituyendo los jueces al legislador.

Se inserta también dentro de esta tendencia la posición de Berizonce<sup>106</sup> que elaboró una teoría del activismo dentro de la jurisprudencia tradicional y moderna de nuestra Corte Suprema. En su relevante artículo se perfilan muchas de las interpretaciones del activismo judicial que posteriormente surgieron en nuestra doctrina.

De todos modos y más allá de la consideración del artículo seminal de Morello y la atención al esquema argumental de Berizonce es posible advertir que el activismo judicial se dice de muchos modos.<sup>107</sup>

Parece oportuno, en consecuencia, realizar una taxonomía no exhaustiva de los usos del concepto de activismo judicial en la doctrina nacional realzando el núcleo fundamental de la posición de los autores y el modo en que califican las sentencias de los magistrados:

#### **A. Falta de autorrestricción judicial en el procedimiento de revisión judicial o de control de constitucionalidad<sup>108</sup>**

Se trata de una derivación directa del contenido inicial del derecho estadounidense y se usa a veces con una connotación peyorativa. Contiene todavía la idea de excepcionalidad de la doctrina de la revisión judicial que había sido enfatizada por Thayer.<sup>109</sup> En nuestro país este concepto es mirado con disfavor por aquellos doctrinarios que procuran revalorizar el rol de los brazos políticos desde una perspectiva más cercana a la posición de la Constitución de 1853 y que cuestionan la actitud de los magistrados que pasan por alto los fundamentos políticos de los legisladores basados en criterios de oportunidad, mérito y conveniencia.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> Berizonce, “El activismo...”.

<sup>107</sup> Parafraseando el tantas veces citado principio de Aristóteles en su *Metafísica*, 1054 b, 14.

<sup>108</sup> El ejemplo más claro en este sentido lo he encontrado en Jorge R. Vanossi, “Filosofía de los valores constitucionales, política institucional y técnica jurídica en las cortes supremas y tribunales constitucionales”, *La Ley* 2005-C, 989.

<sup>109</sup> Thayer, “The Origin...”. Un ejemplo claro de este reproche al activismo judicial sin distinciones puede encontrarse en Ricardo A. Guibourg, “Oferta y demanda de Justicia”, *La Ley* 2008-A, 1154, donde critica “la exacerbación del derecho de daños, la tendencia al abandono de formas y tarifas, el impulso del activismo constitucional y el principalismo jurídico consagrado por el neoconstitucionalismo” (nota al pie número 2).

<sup>110</sup> En este sentido véase Jorge R. Vanossi, “El carnaval de la inconstitucionalidad (A propósito de las leyes de ‘obediencia debida’ y ‘punto final’, que están derogadas)”, *La Ley* 2001-F, 1274; Santos Cifuentes, “Acciones procesales del artículo 43 de la Constitución Nacional. Naturaleza personalísima de los datos informáticos de las personas”, *La Ley* 1999-A, 238 (inconveniencia de un activismo judicial peligroso y no republicano); Carlos F. Colautti, “Los intereses del Estado Nacional y el artículo 129 de la Constitución

El concepto también se aplica a aquellos supuestos en los cuales se produce una invasión en la competencia de otros poderes resquebrajando el sistema republicano.<sup>111</sup> Un buen ejemplo de esta postura se encuentra en Morello, quien proponía que los jueces buscaran un equilibrio entre el *self restraint* y el activismo, sin osadas proyecciones sobre las zonas de reserva de los otros poderes ante el peligro del gobierno de los jueces.<sup>112</sup>

La crítica al activismo judicial no refleja en ocasiones una simple protección estructural de las incumbencias de los respectivos poderes. Existe una vertiente independiente de esta protección estructural tradicional que se transmite en algunos artículos de doctrina – originados en Nino<sup>113</sup> y que reflejan la perspectiva de John H. Ely. Supone un compromiso basado en la defensa procesal de los derechos constitucionales entre la perspectiva no

---

Nacional”, *La Ley* 1997-C, 512 (cuestionando la emisión de acordadas que invaden la competencia de otros poderes); Jorge Rodríguez Mancini, “Contratación laboral y discriminación”, *La Ley* 2006-A, 26 (criticando el activismo judicial cuando se ejerce como una doctrina que afecta la división de los poderes, base esencial del sistema republicano); Agustín Gordillo, “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos constitucionales. El caso de la discriminación”, *La Ley* 2005-F, 1404; Norberto Padilla, “¿El activismo judicial que viene?”, *La Ley* 2005-A, 59 (cuestionando a la Corte como creadora de la ley); Humberto Quiroga Lavié, “La autonomía universitaria desde la mirada de la Corte Suprema”, *La Ley* 1999-E, 384 (“muy negativo precedente de activismo judicial en materia legislativa, impropio a nuestro sistema republicano de gobierno”, punto I); María Jeanneret de Pérez Cortés, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, *La Ley* 2003-B, 1333 (promoviendo el equilibrio entre el activismo judicial y la excesiva autorrestricción para no caer en el gobierno de los jueces, debiendo notarse que el primer concepto es un polo reprochable de por sí mientras que el segundo sólo cuando es excesivo) o Humberto Alias D’Abate, “Teoría egológica del derecho de Carlos Cossio y ejercicio de la magistratura judicial y la abogacía”, *La Ley Noroeste* (febrero, 2006), 1. Véase también la posición de Remón E. Trejo, “Sobre la división de poderes: el caso del juicio político a Aníbal Ibarra”, *La Ley* 2007-D, 161 (que plantea los polos de restricción judicial y activismo judicial cuestionando que los jueces se conviertan en los principales árbitros de los valores públicos con un rol menor del proceso político).

<sup>111</sup> Véase Gonzalo Álvarez, “Objeciones a la constitucionalidad de la ley 26.002, que reforma la Ley de Educación Superior”, *Anales de Legislación Argentina* 2005-E, 5781 (criticando el fomento de un activismo judicial violatorio de la autonomía universitaria).

<sup>112</sup> Augusto M. Morello, “Lo que los jueces no deben hacer”, *Jurisprudencia Argentina* 2003-IV, 1243, 1247. La misma idea respecto a la búsqueda de un punto de equilibrio mediante el ejercicio de la prudencia se halla en Rodolfo C. Barra, “El rol de la justicia en el proceso de integración”, *La Ley* 1992-B, 853. Un concepto parecido –aunque con una relevante modificación en los polos– se encuentra en Alfredo S. Gusmán, “La intangibilidad de la remuneración de los empleados públicos en la emergencia”, *La Ley* 2004-C, 289 al señalar la búsqueda de un “mesurado” activismo judicial entre la pasividad convalidatoria de los actos consumados y la sobreexcitación del gobierno de los jueces, donde el concepto de activismo judicial se aparta del simple concepto del gobierno por el poder judicial.

<sup>113</sup> Calos S. Nino, “Justicia a la conciencia”, *La Ley* 1989-C, 197; Victor Bazán, “La Corte Suprema de Justicia abre paso a los *amici curiae*”, *La Ley* 2004-E, 1193 (con cita de Nino en la nota al pie número 5); Emilio A. Ibarlucía, “Cincuentenario de un fallo trascendente. El caso ‘Brown v. Board of Education of Topeka’ y la interpretación dinámica de la Constitución”, *La Ley* 2004-C, 1227 (en donde también se reivindica el activismo judicial como promotor de los cambios y sociales y la incorporación de nuevos derechos constitucionales) y Alberto B. Bianchi, “¿Está en crisis...?” (identificando a Ely como defensor encarnizado del activismo judicial de la Corte Warren con sustento en las mencionadas consideraciones respecto a la protección del debate político y a la protección de las minorías).

activista y la posición del liberalismo legal.<sup>114</sup> Se tiende en este aspecto a cuestionar al activismo judicial como invasor de la actividad de los otros poderes.<sup>115</sup> Procura que los jueces no decidan en materias propias de las restantes ramas del gobierno puesto que solo la invocación del menoscabo de cláusulas, derechos, declaraciones o garantías constitucionales puede autorizar la intervención de los jueces.<sup>116</sup> El activismo judicial –justificado en estos casos– entra en juego para determinar precisamente cuándo se presentan tales supuestos.<sup>117</sup> El punto no es la existencia misma de la deferencia de los jueces hacia los legisladores sino en qué medida es posible a los jueces mantenerse en este rol pasivo y no activista,<sup>118</sup> como, por ejemplo, ocurre respecto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio<sup>119</sup> o en la reacción de la justicia frente a la emergencia de 2001<sup>120</sup>.

---

<sup>114</sup> Véase en este sentido a Laurence H. Tribe, “The puzzling persistence of process-based constitutional theories”, *The Yale Law Journal* 89 (1980): 1063.

<sup>115</sup> La idea central en este punto es que el procedimiento de revisión judicial es básicamente no democrático y refleja, en ocasiones, una perspectiva elitista según la cual la reflexión monológica del magistrado sería superior al proceso de debate propio de una democracia deliberativa. Dados estos presupuestos resulta necesario justificar el ejercicio de la revisión judicial que queda, entonces, limitado a supuestos tales como la protección de los derechos básicos de los habitantes de un Estado nacional.

<sup>116</sup> Esta referencia elaborada en términos clásicos se encuentra en Carlos S. Fayt, *Supremacía constitucional e independencia de los jueces* (Buenos Aires: Depalma, 1994), 1.

<sup>117</sup> Un ejemplo muy claro respecto de esta crítica al activismo judicial y las zonas que puede invadir los jueces se encuentra en Alfonso Santiago (h.), “El sorpresivo final del primer proceso de remoción a un juez porteño”, *La Ley* 2006-C, 203.

<sup>118</sup> Para el uso de este esquema clásico basado en una perspectiva bipolar entre autocontención y activismo judicial y las diferencias entre la Corte Suprema estadounidense y los tribunales constitucionales europeos, véase la nota del autor español, Víctor Ferreres Comellas, “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial”, en *Los límites de la democracia. SELA 2004* (Buenos Aires: Edit. del Puerto, 2005), 305 –publicado originariamente en *Texas Law Review* 82 (2003): 1705–.

<sup>119</sup> “Sano activismo judicial en la declaración de inconstitucionalidad de oficio” según la postura de José A. Charlin, “Ejecución extrajudicial de hipoteca, control de constitucionalidad y derechos fundamentales conculcados”, *La Ley Buenos Aires* (febrero, 2005): 28; José S. Kurlat Aimar, “La inconstitucionalidad del artículo 92 de la ley 11.683” en *La Ley* 2007-B, 380; y en una perspectiva crítica a esta posibilidad, Richar F. Gallego, “Declaración de inconstitucionalidad. El control de oficio y difuso de constitucionalidad en la Provincia de Río Negro”, *La Ley* 2007-F, 1141; y Pablo D. Sanabria, “Relevancia institucional del control de constitucionalidad” *La Ley* 04/09/2006, 11.

<sup>120</sup> Horacio M. Lynch, “Emergencia, Derecho, Justicia y Seguridad Jurídica. Reflexiones sobre las crisis y las libertades económicas”, *La Ley* 2002-C, 1287 afirmaba postular un mayor activismo judicial en contraposición a las autolimitaciones de los magistrados (moviéndose así en el sistema bipolar señalado), aunque en el caso concreto de los amparos respecto de los bancos consideraba que se había llegado a un exceso con afectación del justo medio.



## B. Aplicación operativa de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional

La doctrina plantea en esta vertiente un concepto de activismo judicial probablemente derivado del reconocimiento pretoriano del amparo en los casos *Siri* y *Kot*.<sup>121</sup> Es importante tener en cuenta que la admisión judicial del amparo supuso pasar por alto en 1957 la concepción normocéntrica que ha dominado gran parte de nuestra historia constitucional.<sup>122</sup> Una buena definición en este orden de ideas se encuentra en Gelli<sup>123</sup> al señalar que el activismo judicial significa diligencia, eficacia y rapidez en las decisiones que amparan derechos constitucionales en forma inmediata y operativa.

Similares perspectivas se presentan cuando se considera que el juez ha adoptado un “correcto” activismo judicial al poner bajo revisión la política adoptada por el Congreso, indagando la voluntad del legislador.<sup>124</sup> El activismo implica aquí un método interpretativo que pone de lado la primacía de la ley sosteniendo siempre la vigencia de la Constitución, y convirtiendo al juez en un cuasi legislador activo o impulsor de normas frente a aquellas que se encuentren en contradicción con la Constitución misma.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> CSJN, “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, *Fallos* 239:459 (1957); y CSJN, “Kot, Samuel SRL s/ Recurso de Corpus”, *Fallos* 241:291 (1958). Es interesante el título de un artículo de Néstor P. Sagüés, “Reflexiones sobre el activismo judicial legítimo (a los cincuenta años de la creación jurisprudencial del amparo federal)” en *El Derecho* 225-1022, en cuanto sugiere que el activismo judicial es un término neutro y no un concepto en un polo del espectro y que solo cabe descartarlo cuando es ilegítimo.

<sup>122</sup> Véase Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Ed. Trotta, 2003).

<sup>123</sup> María A. Gelli, “Valores constitucionales, activismo judicial y hábeas corpus correctivo”, *Jurisprudencia Argentina* 1994-IV, 224, punto IV; y “Los derechos sociales y el amparo en los entresijos de la historia argentina (A modo de epílogo)”, *La Ley* 2008-A, 843; Marcela Basterra, “Procesos colectivos. La consagración jurisprudencial del corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo Verbitsky”, *La Ley* 2005-D, 530 (destacando el encomiable activismo judicial al dar nacimiento al hábeas corpus correctivo y colectivo); Eduardo L. Tinant, “El derecho a la salud y la omisión constitucional del juez”, *La Ley* 2000-C, 545; Mario Masciotra, “La acción de Hábeas Data colectiva”, *La Ley* 2007-E, 869; Jorge Mosset Iturraspe, “Otra muestra del ‘Derecho Privado Constitucional’: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales”, *La Ley* 2004-E, 739; y Laura J. Casas y Marcos P. Arias Amicone, “Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional: hacia una tendencia más inclusiva”, *Doctrina Judicial* 2007-I, 131 (postulando un activismo judicial protector de los derechos humanos frente a la inacción de los otros poderes).

<sup>124</sup> Ver en este sentido Germán J. Bidart Campos, “Delito, proceso penal, prisión preventiva y control de constitucionalidad”, *La Ley* 1999-B, 660; seguido por María E. Slaibe y Claudia Gabot, “Habeas data: su alcance en la legislación comparada y en nuestra jurisprudencia”, *La Ley* 2000-B, 27; y también el comentario de Emilio A. Ibarlucía, “Responsabilidad civil, causalidad y principio de razonabilidad”, *La Ley* 2001-E, 696.

<sup>125</sup> Néstor P. Sagüés, “Las sentencias constitucionales exhortativas (‘apelativas’ o ‘con aviso’), y su recepción en Argentina”, *La Ley* 2005-F, 1461; señalando a las sentencias exhortativas de los tribunales constitucionales y de las cortes supremas como una muestra del activismo judicial reemplazando una norma inconstitucional y proponiendo otra en su reemplazo.

Existe una idea derivativa de la referencia anterior cual es el considerar que el activismo judicial implica una suerte de maximización de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional. La maximización proviene de una concepción doctrinal novedosa que postula el reconocimiento judicial efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). No se trata solamente de una aplicación pretoriana de los derechos existentes en la Constitución. Supone, más bien, una lectura distinta de la Constitución misma inspirada esencialmente por la reforma constitucional de 1994. Desde esta perspectiva se busca que se desarrolle el activismo judicial para que los derechos fundamentales constitucionales no se conviertan en un “catálogo de ilusiones” y sean aplicados de acuerdo con la sensibilidad y la imaginación de los jueces.<sup>126</sup> Esencial en este punto es la recurrencia al principio de progresividad<sup>127</sup> en la protección de los DESC y la crítica a la distinción entre este tipo de derechos y los derechos civiles y políticos habitualmente protegidos, sin mayores dificultades, por el Poder Judicial. Podría decirse que es un activismo impelido por el reconocimiento de tales derechos y alcanza también a las zonas de incertidumbre para proteger al imputado en el marco del derecho penal<sup>128</sup> o incluso el derecho a la vida.<sup>129</sup> Se considera así al activismo judicial como un procedimiento de apertura de los límites procesales para salvaguardar los derechos fundamentales.<sup>130</sup>

El activismo judicial no queda limitado en estos casos al típico planteo interindividual en el cual un derecho del litigante se opone simplemente a otro particular o al Estado. Se desarrolla en este aspecto un activismo judicial orientado a la implementación en la operatividad de los derechos en instituciones complejas. Un ejemplo de un caso encuadrable en esta categoría es la sentencia de la Dra. Alejandra Petrella en la causa “Acuña, María

<sup>126</sup> Tal la definición de Jorge Mosset Iturraspe en “Otra muestra...”, 29.

<sup>127</sup> Víctor Abramovich y Cristian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ed. Martín Abregú (Buenos Aires: Edit. del Puerto, 1999), 283; y también Víctor Bazán, “Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales” *La Ley* 2007-D, 1135 (promoviendo el activismo judicial para los DESC).

<sup>128</sup> Alejandro Carrió, “Derecho constitucional a la privacidad: zonas de protección y zonas de penumbra”, *La Ley* 1993-C, 752.

<sup>129</sup> Héctor P. Iribarne, “Injusto rechazo de la pretensión resarcitoria de la muerte de una criatura por nacer, junto a su madre durante el llamado ‘proceso’”, *La Ley* 2005-B, 82.

<sup>130</sup> Marcela I. Basterra, “Aborto: La acción declarativa de inconstitucionalidad y la legitimación activa de los derechos políticos”, *Derecho de Familia y de las Personas* (abril, 2010): 195.

Soledad c. GCBA s/ amparo”<sup>131</sup>. Este activismo judicial se inserta en la tradición de la implementación de la operatividad de los derechos pero tiene un alcance mayor. En este caso, se ordena a la administración cumplir ciertos cometidos con el objeto de desestructurar organismos complejos (como hospitales psiquiátricos) para que cumplan su función. Es una consideración e implementación de valores públicos mediante mandatos o sentencias judiciales que reestructuran instituciones públicas para que se adecuen a las normas constitucionales.<sup>132</sup> La idea subyacente –planteada por Gil Domínguez para otro supuesto– es que un acendrado activismo judicial garantiza la vigencia sociológica de la fuerza normativa de la Constitución, pudiendo ingresarse “en la esfera de otros poderes renuentes a acatar las obligaciones constitucionales mediante inobservancias, bloqueos o desobediencias señalándose lo que debe hacer o dejar hacer”<sup>133</sup>. La nota distintiva en estos casos es que el activismo judicial debe desplegarse sistemáticamente porque no concluye en el dictado de la resolución y se despliega en la desestructuración de sistemas estatales que afectan derechos humanos básicos. El juez debe asemejarse, de algún modo, a un administrador del proceso de reestructuración de las organizaciones complejas que afectan a los derechos humanos.

### C. El apartamiento de procedimientos tradicionales en la interpretación de la ley

En este caso, el activismo judicial –cuando así se lo denomina– implica un cierto talante flexible para buscar soluciones novedosas y ventajosas para el litigante. Es habitualmente neutral y apartado de los fines. Puede decirse que se encuentra cercano a la perspectiva creativa del *common law*<sup>134</sup> o supone una cierta flexibilidad frente a la aplicación mecánica de la ley.<sup>135</sup> Dentro de este criterio puede incluirse a la actividad pretoriana intersticial

<sup>131</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 12 de la Ciudad de Buenos Aires, “Acuña, María Soledad c. GCBA s/ amparo”, 9/11/2007.

<sup>132</sup> Owen Fiss, “The Forms of Justice”, *Harvard Law Review* 93 (1979): 1, 1-4.

<sup>133</sup> Andrés Gil Domínguez, “La acción declarativa de certeza como proceso constitucional”, *La Ley* 1994-A, 1445 (se trata ya claramente de un supuesto de activismo judicial que perfora el concepto de la separación de poderes).

<sup>134</sup> Véase Marcelo J. Salomón y Rodolfo G. Jáuregui, “La Constitución Nacional y la obligación alimentaria de los abuelos: una mirada integradora”, *La Ley Buenos Aires* (julio, 2007): 605, donde se critica una declaración de inaplicabilidad de la ley al mismo tiempo que se resalta el activismo judicial del tribunal para desenvolverse dentro de la “legalidad constitucional”; y también Germán J. Bidart Campos, “Cautelar en un amparo ambiental y legitimación para accionar”, *La Ley* 1999-D, 120.

<sup>135</sup> Edgardo D. Truffat, “Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo -con motivo de una fallo tan querible como erróneo-”, *La Ley* 2004-F, 790.

desarrollada por los magistrados respecto a la sistematización de los códigos.<sup>136</sup> Se trata de una visión según la cual los jueces trabajan sobre los resquicios de las leyes (o sobre las lagunas del derecho) sin estar autorizados a expandir los derechos en ellas concedidos.<sup>137</sup> Existe, en ocasiones, una consciente separación en la interpretación positivista cuando el activismo judicial es considerado como un método a través del cual los jueces enfatizan un valor contenido en la Constitución Nacional por sobre el texto mismo de la ley. El caso paradigmático es *Sejean* y la crítica realizada por algún sector de la doctrina a ese tipo de procedimientos hermenéuticos de la Corte Suprema,<sup>138</sup> al afirmarse que allí ocurrió un desatinado ejemplo de activismo judicial que se sirvió de la Constitución “en la obliteración de normas legales vigentes, al solo efecto de imponer un criterio doctrinario de pertenencia de unos pocos”<sup>139</sup>.

#### **D. El activismo judicial como principio de decisión judicial instrumental derivado directamente de otros criterios de decisión**

a) **La igualdad:** la construcción de la doctrina se elabora a partir de casos de la Corte Suprema como los dictados en las sentencias *González de Delgado*<sup>140</sup> y *Mignone*<sup>141</sup>. El ejemplo más claro en este sentido es la compilación de Gargarella y Alegre sobre *El derecho a la igualdad*<sup>142</sup>. El activismo judicial se deriva del concepto de igualdad que define y

<sup>136</sup> Julio C. Rivera y Graciela Medina, “La oportunidad de la reforma del derecho privado”, *La Ley* 2000-F, 1225.

<sup>137</sup> Thomas Sowell, “Judicial Activism Reconsidered”, *Essays in Public Policy* 13 (1989).

<sup>138</sup> María A. Gelli lo advierte con claridad al criticar este tipo de activismo judicial y sus confines en una república democrática poniendo en cuestión dicho fallo en “Los deberes de los jueces en una república (o el otro lado del activismo judicial en el caso ‘Gadán’”, *La Ley* 1990-D, 79; y especialmente en la nota número 6, diferenciándose su posición anterior de la que mostrará en sus comentarios más recientes sobre el ya mencionado activismo judicial operativo.

<sup>139</sup> Jorge A. Diéguez, “Cuando el activismo judicial desactiva la Constitución”, *La Ley* 19/02/2008, 3. Además de un directo ataque contra el activismo judicial como método de despositivización de las leyes, este artículo tiene la particularidad de reflejar –indirectamente– la concepción estadounidense de crítica al elitismo de los jueces y de modo similar también Antonio Vázquez Vialard, “El derecho a la salud en la convivencia familiar extramatrimonial”, *La Ley* 2002-C, 729.

<sup>140</sup> CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, *Fallos* 323:2659 (2000). Se trata del conocido caso del Colegio Montserrat de la ciudad de Córdoba en cuyo voto concurrente el Ministro Petracchi cita la postura de Dworkin protectora del principio de igualdad.

<sup>141</sup> CSJN, “Mignone, Emilio F. s/ habeas corpus”, *Fallos* 325:524 (2002).

<sup>142</sup> Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007). Resalto este aspecto de la igualdad porque Alegre reconoce que se trata de una “actitud monista” que, según entiendo, determina también el modo en que se califica la libertad que debe ser la igualdad de las personas libres (véase al respecto su artículo “¿Quién le tema a la igualdad?” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 27 (2004): 181,

delimita la interpretación constitucional incluso ante la idea de libertad, estableciendo un paradigma de interpretación de los derechos constitucionales separado de la senda del liberalismo tradicional.

**b) El medio ambiente:** desde esta perspectiva, la doctrina<sup>143</sup> considera activistas a ciertas decisiones como la adoptada por la Corte Suprema en el caso *Mendoza*<sup>144</sup>. La idea que campea en estos artículos es que la protección del medio ambiente supera la ponderación que habitualmente realiza el juez de los derechos individuales de las partes.<sup>145</sup>

**c) La equidad:** el activismo judicial se predica a veces de la conducta de aquellos magistrados que despliegan una actividad creativa para solucionar conflictos en los denominados “casos difíciles”. Confluyen aquí una interpretación extensiva de los criterios usados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la consideración de postulados de justicia y equidad en la resolución de los conflictos.<sup>146</sup> Supone, en general, una concepción relativamente aislada de la política y se acerca más a la posición del juez activo mencionado por Berizonce. Es el juez con dinámica procesal que está atento al proceso y que asume fielmente las directivas del art. 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El juez activo ejerce esta facultad pero no considera que deba hacerlo en todo momento. En ocasiones se cataloga de activismo judicial lo que antes se denominaba bajo el concepto tradicional de equidad. Así ocurre con Vanossi<sup>147</sup>, al señalar que es partidario de un activismo

---

209). Por razones de espacio no me detendré en cada uno de los artículos de este texto que reflejan, en su mayoría, una concepción de la interpretación constitucional basada en Nino y reforzada normativamente por la Reforma Constitucional de 1994.

<sup>143</sup> Néstor A. Cafferata, “El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental”, *La Ley* 2007-B, 1341 (aludiendo a la expansión del activismo judicial en la adopción de medidas cautelares en protección del medio ambiente); Néstor P. Sagüés, “El amparo ambiental (ley 25.675)”, *La Ley* 2004-D, 1194; Augusto M. Morello y Claudia B. Sbdar, “Teoría y realidad de la tutela jurídica del ambiente”, *La Ley* 2007-F, 821; y Carlos Botassi, “Contratos públicos y emergencia estatal”, *Suplemento Especial El Contrato Administrativo en la Actualidad, La ley* (mayo, 2004): 39 (aludiendo los tres artículos al activismo judicial impelido por el art. 32 de la Ley 25.675); Marcela Basterra, “El amparo ambiental, ¿acción popular o acción colectiva? El caso ‘Cirignoli’”, *La Ley* 2006-D, 320 (refiriendo la difusión del activismo judicial en este aspecto en la Corte y en los restantes tribunales).

<sup>144</sup> Decisión recaída en CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios” (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo), *Fallos* 331:1622 (2008).

<sup>145</sup> Delia Levia, et. al., “Algunas reflexiones en torno al caso Matanza-Riachuelo”, *La Ley* 2006-F, 353. Debe tenerse en cuenta que la Corte se declaró incompetente en Mendoza respecto de los reclamos individuales favoreciendo una concepción holística del problema ambiental.

<sup>146</sup> Me refiero a la postura planteada en el citado artículo “El activismo de los jueces” de Berizonce y también a Renato Rabbi-Baldi, “Actualidad sobre la justicia de ‘equidad’ en la Corte Suprema de Justicia”, *La Ley* 1999-F, 1148.

<sup>147</sup> Jorge R. Vanossi, “El mar no perdona”, *La Ley* 2003-C, 950.

judicial prudente entre la “pasividad convalidatoria” y la “sobreejecución” del pretendido gobierno judicial como deformación patológica. Se afirma que en este activismo judicial los jueces deben volcar toda su energía en la tarea jurisdiccional para sustanciar las cosas adecuadamente, con transparencia, con eficiencia, sin morosidad y llegando a resultados que se traduzcan en una reparación válida e integral del derecho que ha sido lesionado. En estos términos parece difícil ya no ser partidario del “activismo judicial”.<sup>148</sup>

**d) El activismo judicial subordinado a la emergencia:** se trata de un rasgo propio del pensamiento de Gordillo.<sup>149</sup> La idea básica –sentada por dicho administrativista– es que el activismo judicial es aceptable “como medida de emergencia en una situación de emergencia, no como medida normal para situaciones normales”<sup>150</sup> aduciendo que desde luego el activismo judicial deberá honrar el marco legal e internacional que impone el respeto del equilibrio fiscal.

## E. El activismo judicial como activismo procesal

Doctrinarios relevantes en el campo de la protección de los derechos humanos y de la modernización de los procesos, como Morello<sup>151</sup> –el principal propulsor de esta tendencia–, y también especialistas en Derecho Procesal, como Jorge W. Peyrano<sup>152</sup> y Mabel De los Santos<sup>153</sup>, han puesto de resalto esta traslación del activismo judicial a la dirección del

<sup>148</sup> De todos modos Vanossi sigue ubicando el concepto en un sistema bipolar en el cual la Corte debe ejercer, en algunas ocasiones, el activismo judicial y en otras la auto-restricción (Jorge R. Vanossi, “Filosofía de los valores constitucionales, política institucional, y técnica jurídica, en las cortes supremas y tribunales constitucionales”, *La Ley* 2005-C, 989).

<sup>149</sup> Agustín Gordillo, “El Estado de derecho en estado de emergencia”, *La Ley* 2001-F, 1050. Esta concepción restrictiva de la normalidad respecto del activismo judicial se advierte en el mismo autor en otro artículo ya citado, “Frenos y contrapesos...”, en el que sugiere que debe evitarse que los tribunales administrativos internacionales impongan sus decisiones a la asamblea judicial afectando la división de poderes existentes en los organismos internacionales.

<sup>150</sup> Gordillo, “El Estado de Derecho...”, 1053.

<sup>151</sup> Señalando, por ejemplo, al activismo procesal, a secas, como preocupado por las consecuencias sociales que han de seguirse de la interpretación plasmada en la sentencia: Augusto M. Morello, “La apelación y la casación. Aspectos comparativos en un tiempo de desplazamientos y ajustes”, *La Ley* 1986-E, 992.

<sup>152</sup> Jorge W. Peyrano, “Sobre el activismo judicial”, *La Ley* 2008-B, 837, basado también en la eficiencia del sistema de justicia (véase también Jorge W. Peyrano, “Eficiencia del sistema de justicia”, *El Derecho* 202-558).

<sup>153</sup> Mabel A. De los Santos, “La flexibilización de la congruencia”, *Suplemento Especial Cuestiones Procesales Modernas*, *La Ley* (octubre, 2005): 80 (señalando el apartamiento del activismo judicial de la interpretación positivista de la ley y destacando su búsqueda de soluciones justas); Mabel A. De los Santos “Flexibilización y congruencia”, *La Ley* 2007-F, 1278 (mencionando también la polaridad entre activismo judicial y autorrestricción); y Mabel A. De los Santos, “Condiciones para la admisibilidad del hecho sobreviniente en el proceso civil”, *La Ley* 2003-F, 1309.

proceso. Se advierte así que el activismo judicial, o más bien, el activismo procesal, se mira como un valor en sí mismo abandonándose el rol pasivo de los jueces.<sup>154</sup> El activismo procesal se dirige a cuestionar la pasividad de los jueces en la interpretación de las leyes y no busca desafiar las leyes mismas del Congreso. Los que incumplen aquí son los jueces timoratos que no siguen las directrices de la Constitución Nacional. No es necesario ya justificar el activismo judicial como “bueno”. Este activismo procesal (o judicial) es más una técnica de manejo de los procesos con un ojo puesto en la carta magna, más que una interpretación de la ley misma, y se configura a través de los siguientes mecanismos:

a) Ampliación de la legitimación (generalmente activa): Bidart Campos señalaba, por ejemplo, la importancia de este concepto para superar las categorías de la ley, de la doctrina y de la Constitución Nacional, a fin de que no operen como cerraduras herméticas sino como válvulas promotoras de la tutela judicial eficaz, superándose tradicionales rótulos en la interpretación del actual art. 43 en lo referente a la legitimación en los derechos de incidencia colectiva.<sup>155</sup>

b) Instrumentalización apropiada del amparo.<sup>156</sup>

c) Dirección del proceso: la definición de activismo judicial se vincula en estos casos con la idea de un juez civil activo y director del proceso<sup>157</sup> incluso procurando la pacificación

---

<sup>154</sup> Véase Berizonce, “El activismo...”; Carlos A. Carbone, “Antecedentes de Alemania y España. Nuevos horizontes de cargas probatorias dinámicas: desde el activismo judicial hasta los casos por discriminación, servicios telefónicos, productos elaborados, fraudes societarios, calificadoras de riesgo, etc.”, *Jurisprudencia Argentina* 2003-II, 1066, punto IV.

<sup>155</sup> Germán J. Bidart Campos, “Rótulos, casilleros y categorías de cara al activismo judicial”, *El Derecho* 164-501. También Armando S. Andruet (h.), “Poder Judicial y medios de comunicación: torsiones permanentes”, *La Ley* 2007-B 1017 (definiendo al activismo judicial como el encuentro de modos de asegurar la legitimación judicial aunque cuestionando la conducta de jueces proactivos en los medios de comunicación); y también Julio C. Rivera “Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998”, *Academia Nacional de Derecho* 2000: 44 (reivindicando la importancia del derecho procesal contemporáneo en la apertura de la legitimación). También se alude al activismo judicial cuando el Defensor del Pueblo aglutinó daños pluriindividuales diferenciados (Eduardo P. Jiménez, “La Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires asume su rol social en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación y los magistrados actuantes en el caso denotan que el Poder Judicial no siempre adolece de esclerosis normativa”, *La Ley* 2000-F, 137); y María I. Fulgheri, “Estado de Derecho y participación ciudadana”, *La Ley* 2004-A, 317 (puntualizando por la plena vigencia de la acción *-in dubio pro actione-* aunque buscando en otra parte del mismo artículo el equilibrio entre el activismo judicial y la excesiva restricción).

<sup>156</sup> Descripta por Andrés Gil Domínguez como “elogiable activismo judicial” al concederse un recurso en relación y con efecto devolutivo en un juicio de amparo. Véase Andrés Gil Domínguez, “Acción de amparo: la ley 16.986, el art. 43 y las medidas cautelares”, *La Ley* 1999-F, 311.

<sup>157</sup> Gonzalo Torrens Elgueta, “La iniciativa probatoria oficiosa”, *La Ley Córdoba* (2006): 435; y Andrés Gil Domínguez, “Tasas aeroportuarias y pesificación: un ejemplo de justicia constitucional activa y comprometida”, *Doctrina Judicial* 2002-3, 514.

de los interesados antes que la sentencia misma.<sup>158</sup> El magistrado debe intervenir oficiosamente superando los marcos rígidos de su actividad que habían sido establecidos en el siglo XIX,<sup>159</sup> incluso en situaciones que suponen restringir el derecho a la concesión del beneficio para litigar sin gastos<sup>160</sup>.

d) Búsqueda de soluciones eficaces para superar las perspectivas rígidas y formales de las leyes.<sup>161</sup>

e) Creación y reforzamiento de medios procesales apropiados: se trata de proteger a las partes mediante el ejercicio de un activismo judicial que persiga una solución más ajustada a derecho respetando, al mismo tiempo, los derechos de terceros.<sup>162</sup>

f) Reconocimiento de derechos sociales en el proceso.

g) Actividad preventiva de los daños.<sup>163</sup>

<sup>158</sup> Osvaldo A. Gozaíni, “La conciliación”, *La Ley* 1992-E, 928.

<sup>159</sup> Posiciones similares en ese sentido se pueden encontrar en Osvaldo A. Gozaíni, “El amparo como vía de prevención del daño”, *La Ley* 2000-F, 1105; e Ivana M. Airasca, “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, *La Ley Litoral* (mayo, 2003): 543.

<sup>160</sup> Roberto A. Vázquez Ferreira, “Cuantificación de los daños por mala praxis médica”, *La Ley* 2002-F, 1389, nota número 10.

<sup>161</sup> Jorge W. Peyrano, “Medidas conminatorias”, *La Ley* 1989-E, 1043 (aludiendo a un anterior artículo de Morello); y Germán J. Bidart Campos, “Activismo y realismo en una sentencia de la Corte en un caso de pensión”, *El Derecho* 141-627; Germán J. Bidart Campos, “Una muestra de equilibrio en el activismo judicial del Superior Tribunal de San Luis”, *El Derecho* 144-289; Guido S. Tawil, “Omisión, guerra y responsabilidad del Estado”, *La Ley* 1991-D, 362 nota número 13 (puntualizando un ejemplo saludable de activismo judicial de la cámara); y Rodolfo G. Jáuregui, “Un caso de esterilización por vía de amparo”, *La Ley Litoral* (2001): 619 (señalando que el activismo judicial fue encomiable al dictarse resolución con prontitud); Gustavo D. Spacarotel, “Las medidas autosatisfactivas en la Provincia de Buenos Aires (con referencia al proceso contencioso administrativo)”, *La Ley Buenos Aires* 2006-B, 1407 (vinculando el activismo judicial con el activismo procesal al mismo tiempo que se mueve en el ámbito bipolar de la autorrestricción y el activismo judicial, notas número 7 y 9).

<sup>162</sup> Ricardo A. Lorenzetti, “La tutela civil inhibitoria”, *La Ley* 1995-C, 1217.

<sup>163</sup> El juez civil actuando preventivamente para la evitación de los daños es ejemplo de activismo judicial – véase Gabriel A. Stiglitz, “Prevención de daños colectivos en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires”, *La Ley Buenos Aires* (1998): 939–, lo que también procede en casos de daño ambiental (Jorge M. Galdós, “Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales. A propósito del caso Copetro”, *La Ley* 1999-C, 1129); Ivana María Airasca, “El juez del siglo XXI”, *La Ley Litoral* (2002): 1447; admitiendo esta posibilidad de la tutela civil inhibitoria aunque destacando que se deben respetar los derechos de terceros con sustento en el art. 18 de la Constitución Nacional, véase también Ricardo Lorenzetti, “La tutela...”; y siguiendo este camino, Emilio A. Ibarlucía, “Hacia la precisión del concepto de derechos de incidencia colectiva”, *La Ley* 2007-C, 808. Cabe señalar que Lorenzetti estima que las normas fundamentales limitan el excesivo activismo judicial y forman un cerco limitativo para la actividad legisferante y judicial (véase Ricardo Lorenzetti, “Sistema jurídico del MERCOSUR”, *La Ley* 1998-E, 1258; y también el comentario de Walter F. Carnota, “Definiciones sobre el activismo de los jueces”, *Suplemento de Actualidad La Ley*, 16/08/2007).



h) Búsqueda de la verdad material: a menudo se alude al “sano activismo judicial” para superar las angosturas del marco del derecho procesal para alcanzar la verdad y la justicia material.<sup>164</sup>

Estos criterios son criticados por algunos autores que afirman que su implementación, desvinculada de las peticiones de las partes, lesiona la cláusula constitucional del art. 18 que impone la garantía derivada del debido proceso y la defensa en juicio.<sup>165</sup>

También, la doctrina nacional ha reflexionado incluso sobre el activismo judicial mismo. Desde esta perspectiva se han señalado criterios de teoría política que motivarían este tipo de decisiones de los magistrados.

Así, por un lado, Alfonso Santiago (h.) estima al activismo judicial de la Corte Suprema como vanguardia política.<sup>166</sup> Se trata de una concepción que se deriva claramente de su interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Debe tenerse en cuenta que el autor analiza los modelos de corte suprema contraponiendo este canon al de las cortes “hostiles” o “moderadoras”. Entiende que el activismo judicial no es una intensificación de la función de control sino la asunción por la Corte Suprema de la iniciativa política adelantándose a la actuación de los otros órganos de conducción del Estado. En este sentido, el activismo judicial puede ser “legítimo” –como en el caso *Vieytes*<sup>167</sup>– o “ilegítimo” –como en *Sejean*– o encontrarse en una situación próxima al límite de la legitimidad del activismo como en el precedente *Ekmekdjian*<sup>168</sup>.

Por otro lado, se ha indicado que el activismo judicial puede ser derivado de una concepción deliberativa de la democracia. Gargarella promueve superar la distinción entre un Poder Judicial elitista y los poderes administrador y legislativo originados directamente en la voluntad popular. Se trata de una idea derivada indirectamente de la concepción de la

---

<sup>164</sup> Germán J. Bidart Campos, “Reparación por las restricciones ilegítimas a la libertad durante el período 1976-1983”, *La Ley* 1999-F, 305 y Edgardo I. Saux, “La dinámica de las cargas probatorias y el activismo judicial en un proceso de simulación”, *La Ley Litoral* (1997): 7.

<sup>165</sup> Ver, por ejemplo, Carlos A. Livellara, “Debido proceso y seguridad jurídica vs. activismo judicial (salvataje pretoriano)”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* 2004-A, 248; Alejandro D. Almada, “La responsabilidad precontractual y sus requisitos en una prolija sentencia”, *La Ley Litoral* 1998-I, 155; y Miguel E. Rubin, “Mitos y leyendas acerca del juicio de simulación en la quiebra”, *La Ley* 2007-C, 748 (contraponiendo activismo judicial y garantismo).

<sup>166</sup> Alfonso Santiago (h.), *La Corte Suprema y el control político*, 417-444.

<sup>167</sup> CSJN, “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos* 295: 973 (1976).

<sup>168</sup> CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos* 315: 1492 (1992). El autor señala otros casos de activismo de la Corte estadounidense como *Dred Scott* y *Roe v. Wade* (ilegítimo) y *Brown* (legítimo).

democracia deliberativa elaborada por Nino. Para la concepción epistémica<sup>169</sup>, el procedimiento exige la atención a la teoría de la democracia deliberativa que impediría admitir posturas de los jueces basados en un puro criterio contramayoritario.<sup>170</sup>

No menos importante en este aspecto es la mirada que se ha dado al activismo judicial a partir de la sociología del derecho. Felipe Fucito, señala varios modelos de activismo judicial de base sociológica o política, analizando las afirmaciones de algunos magistrados que reconocen el activismo como solución frente a sociedades injustas que reclaman tal conducta para superar los supuestos modelos de equilibrio establecidos en los códigos procesales tradicionales.<sup>171</sup> Corresponde precisar, sin embargo, que algunas de estas consideraciones<sup>172</sup> se refieren a las formas en que los jueces se conciben a sí mismos cuando ejercitan su actividad judicial. En general, estas autorreflexiones de los jueces –según Fucito– se centran esencialmente en un nivel de ajuste a la ley para buscar una solución justa. El autor postula una suerte de perfil ideal que se diferencia tanto de una personalidad dogmática como de un activismo ejercido con olvido del orden jurado al que debe responder su solución. La referencia a la autoconcepción de los jueces se basa en un criterio construido por ellos mismos que busca la solución más justa –desde esa misma percepción– recomendando incluso la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> Véase en este sentido también a Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, (Barcelona: Ed. Gedisa, 1997).

<sup>170</sup> Una concepción del activismo judicial como poder contramayoritario y controlador de los actos de la administración de la legislación y de la administración opuesta a la postulada por Gargarella puede encontrarse, por ejemplo, en Juan Manuel Sansone, “Una evaluación de la actual crisis del Poder Judicial de la Nación”, *Suplemento de Actualidad La Ley*, 28/08/2003.

<sup>171</sup> Felipe Fucito, “Algunos aportes al perfil del juez y al diseño de la escuela judicial”, *La Ley* 1999-D, 1117.

<sup>172</sup> Felipe Fucito, “Algunos aportes al perfil...”. En realidad, el autor examina el tema desde la perspectiva del activismo judicial como es concebido por los jueces, es decir, del activismo judicial como un apartamiento respecto del perfil ideal de juez y como el método –casi informal– que usan algunos jueces para promover soluciones más justas a los conflictos. En otro artículo el mismo autor busca que se avenge la desconfianza al mal llamado activismo judicial asociado a cierto revolucionarismo para comenzar a buscar un saludable acotamiento del concepto de prejuzgamiento judicial (Felipe Fucito, “La reforma judicial frente a la situación social”, *Suplemento de Actualidad La Ley*, 30/11/2001).

<sup>173</sup> Es necesario andar aquí con pies de plomo porque se trata de una especie de teoría acerca de la conducta judicial según la cual lo importante es decir qué se siente o cómo se decide cuando se toma una decisión judicial. En estos términos, las preguntas formuladas por Fucito en su encuesta interesan a algunos jueces –no a todos– y la mayoría de estas autodescripciones pertenecen a los jueces pragmáticos porque los jueces formalistas o legalistas (en la moderna concepción, no activista) dan por sentado lo que hacen sin necesidad de explicarlo o recurrir a fundamentos extranormativos; véanse las interesantes consideraciones al respecto de Richard A. Posner, *How Judges Think* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2008), 40. De todos modos resulta muy relevante la labor realizada por Fucito en este campo porque no es posible ignorar o descartar simplemente la experiencia interna de los jueces como irrelevante o falsamente expresada ya que las impresiones cualitativas de aquellos comprometidos en el proceso de juzgar deben ser ponderadas

El activismo judicial se presenta bajo distintas formas y sirve a diversos objetivos de los autores y, además, se despliega dentro de nuestro orden jurídico con características que lo independizan de algunos rasgos que se encuentran en los Estados Unidos. Parece inconveniente desarrollar aquí otros campos posibles de activismo judicial que no florecieron en nuestro medio por la divergencia con el sistema del *common law*. Desde esta perspectiva las menciones a un activismo judicial que altera el sistema del *stare decisis*<sup>174</sup> o que confiere un particular status interpretativo al originalismo<sup>175</sup> o al textualismo<sup>176</sup> carecen de una analogía real en nuestra doctrina. Derivaciones semejantes como la consideración crítica de Sunstein al maximalismo judicial<sup>177</sup> no son plenamente transferibles a nuestro sistema de derecho continental, por más que exista una secuencia jurisprudencial de la Corte Suprema de más de ciento cincuenta años de antigüedad.

Las definiciones –tácitas o expresas– de los autores sobre el activismo judicial no son siempre nítidas (ni es bueno que lo sean). El activismo judicial se utiliza a veces para referirse a una dinámica especial de los jueces, a una postura específica en relación a los derechos constitucionales o a una actitud frente a una consideración rígida de la separación de poderes. Estos niveles de extensión del concepto se superponen entre sí en los distintos autores de modo que en la reseña efectuada he querido poner de resalto los múltiples usos de esta palabra en nuestra doctrina. Los límites son, en realidad, más borrosos que los reflejados en esta clasificación, aunque se ha buscado también exponer la polisemia del concepto dentro de nuestra doctrina, que ha tendido a emanciparse de la bipolaridad frente a la autorrestricción judicial propia de los autores estadounidenses.

Se advierte de esa enumeración que algunos autores utilizan el término en un sentido relativamente favorable, otros lo consideran de un modo esencialmente peyorativo, y la mayoría estima su uso desde una perspectiva neutral de manera que se le añaden calificativos según haya sido –o no– correctamente empleado. Existen razones para ello que se enraízan,

---

pensativamente como parte de la ecuación; según Harry T. Edwards, “Collegiality and Decision Making on de D.C. Circuit”, *Virginia Law Review* 84 (1998): 1335, 1338; y Gregory C. Sisk, “The Quantitative Moment and the Qualitative Opportunity: Legal Studies of Judicial Decision Making”, *Cornell Law Review* 93 (2008): 873, 886.

<sup>174</sup> Ernest A. Young, “Judicial activism...”, 1180.

<sup>175</sup> Al estilo de Antonin Scalia en “Originalism: the lesser evil”, *University of Cincinnati Law Review* 57 (1989): 849.

<sup>176</sup> Con su variante republicana de Akhil Reed Amar, “Intratextualism”, *Harvard Law Review* 113 (1999): 747; y *America’s Constitution*, (New York: Random House, 2005), 465-477.

<sup>177</sup> Cass Sunstein, *Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1999).

por un lado, en la doctrina estadounidense misma que no tiene una definición inequívoca sobre el activismo judicial. Pero, por otro lado, esa relativa indefinición se basa en algunas características peculiares de nuestro orden jurídico que examinaré en los siguientes párrafos.

## **VI. El activismo judicial en la doctrina y su relación con la Constitución Nacional**

El activismo judicial se ha desarrollado en la doctrina de nuestro país en múltiples vertientes a partir del mismo concepto elaborado por los autores de los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XX para reflejar el legado de las cortes Warren y Burger.<sup>178</sup> Se advierten en este contexto tres perspectivas distintas sobre el ejercicio del activismo judicial por los magistrados.

La primera corriente, que podría denominarse tradicional, tiende a trasladar la bipolaridad propia del universo estadounidense ya que se mueve entre la autorrestricción y el activismo judicial en un marco definido desde el comienzo. El presupuesto que rige las posiciones de estos autores no es otro que un criterio normativo que deben desarrollar los jueces impuesto por la Constitución Nacional –la autocontención dentro de sus límites como principio básico de todo pronunciamiento–, y que se transgrede cuando se incurre en el activismo judicial. La derivación implica trasladar el contenido peyorativo del concepto que se asumía fuertemente en los Estados Unidos cuando se criticaban decisiones de jueces activistas que revocaban decisiones del Congreso y de las legislaturas estatales.

La segunda posición de los autores de la doctrina nacional utiliza el concepto con una mirada puramente instrumental. No se mueve, como la anterior, según un patrón teórico definido y dependiente del trasfondo de la palabra en su país de origen. A partir de esta consideración, resulta difícil –a veces– determinar cuál es el rasgo que define este activismo frente a la labor “normal” de los jueces. Se trata así de un patrón fuertemente subjetivo toda vez que dependerá del modo en que el autor estime que se debe desarrollar la tarea judicial. A ello se suma que los autores elaboran ese canon de activismo o normalidad judicial teniendo en cuenta las distintas ramas del derecho (constitucional, civil, comercial,

---

<sup>178</sup> Véase, por ejemplo, Carlos M. Bidegain, “La Constitución y sus jueces (Génesis de un ‘dicho feliz’)”, *Academia Nacional de Derecho* (2002): 107.

administrativo, previsional). Aunque también es cierto que existen interpretaciones en las cuales se presenta un solapamiento de las dos tendencias. Ello así, al considerar el activismo judicial como un procedimiento neutral dirigido especialmente a analizar los actos de las cortes supremas y, en particular, la judicialización de ámbitos habitualmente reservados a la política mediante la invalidación de normas legislativas.<sup>179</sup>

Se trata de una definición neutral de contornos más amplios que la que utiliza Sunstein en cuanto se refiere a que una corte puede ser calificada de activista viendo cuántas decisiones del Congreso invalida, evitando así el proceso democrático sin que de ello se pueda decir que esas decisiones sean buenas o malas.<sup>180</sup> Y es más amplia en nuestra doctrina porque el activismo prudente, razonable o excesivo –según prediquen los autores acerca de fallos dictados en las diversas instancias– no se refiere exclusivamente a casos de declaraciones de inconstitucionalidad de leyes. El término se utiliza en múltiples ocasiones vinculado con una actividad beneficiosa o errónea de los magistrados sin que se haya llegado al caso de la invalidación de normas legislativas. Lo “neutral” en Sunstein se basa todavía en la importancia de la bipolaridad entre autorrestricción y activismo que no se aplica estrictamente en todos los casos en la doctrina de nuestro país. De todos modos, la relevancia institucional que tuvieron las cortes Warren y Burger produjo una explosión en el uso del concepto que se identifica con una especie de proactividad de los jueces en la defensa de los derechos.<sup>181</sup>

La tercera corriente de la doctrina no supone ni una consideración normativa peyorativa ni una utilización instrumental o neutral del término. Desde esta posición, el activismo judicial es un concepto netamente favorable en su misma enunciación. Cuando se dice que en el reconocimiento de tal o cual derecho se ha ejercido el activismo judicial, en realidad se está afirmando que esa es la conducta exigible para la resolución del caso. Se considera que el activismo judicial dejó de ser una palabra insultante o siquiera de contenido neutral para

---

<sup>179</sup> Tal el caso de Manili y particularmente en la doctrina del derecho comparado de Ran Hirschl, *Towards Juristocracy* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2007): 1, 19 y 213 (destacando la forma en que el activismo judicial estadounidense fue importado por otras naciones como Canadá, Sudáfrica, Israel mediante un proceso de “empoderamiento judicial” para realizar reformas neoliberales en contra del principio de la soberanía legislativa).

<sup>180</sup> Cass R. Sunstein, *Radicals in Robes. Why Extreme Right Courts Are Wrong for America* (New York: Basic Books, 2005), 42. Sunstein examina un primer concepto de activismo judicial que se refiere a una categoría de insulto en cuanto los tribunales se apartan del correcto entendimiento de la constitución.

<sup>181</sup> Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End* (New York: Cambridge University Press, 2009), 92 y 175.

convertirse en una postura que los jueces deben asumir como una suerte de hábito destinado a superar el vicio de la autocontención.<sup>182</sup> Tal consideración se desarrolla, según entiendo, en dos vertientes en particular; una de ellas la del derecho procesal que ha asumido el activismo judicial como un concepto cercano a un patrón de buena conducta y dirección de los procesos, y el otro el de algunos autores de derecho constitucional que estiman al activismo judicial como el instrumento operativo de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional. El activismo judicial se asocia en esta óptica con la conducta de jueces “progresistas” (lo que en los Estados Unidos se llamarían jueces “liberales”), aunque no existan datos en nuestro país que permitan confirmar esta hipótesis en la comparación de su actividad con jueces que podrían denominarse “tradicionales”.<sup>183</sup>

En este proceso se inserta la reforma constitucional de 1994 que angosta la influencia del activismo judicial estadounidense. El reconocimiento textual explícito de muchos derechos debilita, al menos en la teoría, la necesidad de una fuerte interpretación judicial para su reconocimiento en textos más vagos como la Constitución de los Estados Unidos o la Constitución Nacional de 1853. Se crea a partir de ese momento un ámbito propicio para que los jueces apliquen operativamente los derechos constitucionales porque estos son enumerados en el texto y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). La relación entre el activismo como implementación de derechos con independencia de su afectación a la división de poderes se une aquí con el concepto creado valorativamente en la estructura de la reforma liberal judicial, puesto que es la actividad atribuida como beneficiosa a la Corte Warren la que se establece como patrón normativo hacia el que deben tender los jueces en el desarrollo de sus labores.

La materia parece resuelta. El activismo judicial habría surgido en nuestro país como un préstamo tomado del sistema normativo estadounidense y expandido a diversos sectores de la actividad judicial, aceptando –implícita o explícitamente– el ejemplo de la Corte Warren. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como la reconstrucción de una secuencia temporal

---

<sup>182</sup> El caso paradigmático es Jorge W. Peyrano en el artículo ya citado “Sobre el activismo...”.

<sup>183</sup> Frank B. Cross señala en *Decision Making in the U. S. Court of Appeals* (Stanford: Stanford University Press, 2007), 213, que en los Estados Unidos esta presunción de mayor activismo judicial de los jueces liberales no se encuentra corroborada por las estadísticas ya que la influencia de las preferencias ideológicas no tiene tanta importancia en las decisiones y, en todo caso, se encuentran parejamente repartidas entre jueces “conservadores” y “activistas”.

del concepto o de su préstamo de la doctrina y jurisprudencia estadounidenses.<sup>184</sup> El problema en nuestro país no es que algunos favorezcan el modelo de Warren y otros el de Rehnquist. En realidad, el centro de estas divergencias interpretativas no pasa por el análisis del proceso de préstamo del activismo judicial “a la norteamericana” y sus implicancias, sino por la consideración –y reevaluación– del concepto mismo de Constitución operado dentro de nuestro orden jurídico.<sup>185</sup>

No se trata de una distinción puramente vinculada con la consideración de la función judicial o a su eficacia en el marco de un activismo procesal oportuno. En lo que divergen muchos de los autores es en su consideración del alcance del concepto de “Constitución”. La perspectiva que atiende a la importancia de la reforma de 1994 se relaciona con el afianzamiento de una Constitución de derechos, mientras que la idea tradicional hace hincapié en una Constitución de estructuras institucionales (división y equilibrio de poderes).<sup>186</sup> Y es por ello que los doctrinarios que se asientan teóricamente dentro de esta última hipótesis consideran imprescindible una advertencia republicana frente al activismo judicial, puesto que es necesario que no afecte la distribución establecida en la Constitución<sup>187</sup> respecto de los otros dos poderes, sembrando confusión, grave desorden social e inseguridad jurídica. En una perspectiva,<sup>188</sup> lo relevante es la inundación del

---

<sup>184</sup> Véase Carlos F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista de la Universidad de Palermo*, 6, 1 (2005).

<sup>185</sup> Véase Paolo Comanducci, *Modelos e interpretación de la constitución en Teoría del Neoconstitucionalismo* (Madrid: Ed. Trotta, 2007), 41.

<sup>186</sup> Sobre los problemas de definición en este punto desde los orígenes mismos de nuestra nación véase Marcela Ternavasio, *Gobernar la Revolución* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2007).

<sup>187</sup> Catalina E. Arias de Ronchietto, “Efectos de la ley 26.618 en el Derecho de Familia”, *Suplemento de Actualidad La Ley*, 27/12/2011.

<sup>188</sup> Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que Manili expone su planteo respecto de aquellos que cuestionan el activismo judicial como daño del garantismo afirmando que “no todo activismo va en detrimento del garantismo y no siempre que un tribunal actúa de manera ‘activista’ lesiona las garantías procesales básicas, sino que, en algunos casos, el resultado puede ser –justamente– el de reforzar esas garantías”, Pablo L. Manili, “El activismo de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* 2006-D, 1285, Introducción, punto c.

ambiente social<sup>189</sup> por los derechos constitucionales y, en otra,<sup>190</sup> lo peligroso es la invasión estructural de un poder sobre otro.<sup>191</sup>

El problema no puede resumirse en nuestro país en diferencias basadas en las concepciones de la expansividad de los derechos (unos jueces enérgicos y otros pasivos); en la interpretación de aspectos vinculados al cumplimiento del rol judicial (jueces activistas y jueces distraídos acerca de la justicia de sus decisiones); o en la búsqueda de soluciones eficaces (jueces activistas y jueces del debido proceso). El problema es más profundo porque quienes promueven el activismo judicial dan por sentado que esta tendencia se encuentra impelida por la Constitución misma. No habría jueces activistas sanos o prudentes sino solo jueces que aplican la Constitución tal como esta lo dispone. El juez sería agente pasivo de una Constitución que ya no mira a las leyes como requisitos imprescindibles para la adecuada actividad de los magistrados. La Constitución es ya operativa y no meramente declarativa de derechos.

En tanto se despliega este nuevo concepto de constitucionalismo de los derechos,<sup>192</sup> correlativamente se ampliará el campo de aplicación del activismo judicial y se lo considerará como un instrumento *per se* apropiado para resolver los problemas que no enfrentan los poderes ejecutivo y legislativo. No será un método meramente dirigido, como se entiende habitualmente en los Estados Unidos, a la invalidación de legislación popular. El concepto

---

<sup>189</sup> Planteo la concepción en estos términos porque un aspecto esencial de esta concepción es que los ciudadanos sean plenamente conscientes de sus derechos –incluso mediante la acción política estatal– a pesar de que no estén inmersos en el mundo de debate tradicional de los derechos civiles y políticos.

<sup>190</sup> Me parece apropiado transcribir *in extenso* una reciente aplicación de este concepto de Gregorio Badeni quien señala que “no rechazamos el activismo judicial, que cuenta con destacados partidarios. Por el contrario lo admitimos siempre que su desenvolvimiento no supere las potestades que la Constitución otorga al Poder Judicial. Activismo judicial que siempre consideramos como sinónimo de la interpretación progresista o dinámica de la Ley Fundamental que, por obra de los jueces y sin apartarse de ella, le permite adecuarse a los cambios sociales encontrando soluciones acordes a ellos. Sí rechazamos los excesos del llamado activismo judicial mediante el cual se pretende que los jueces adopten decisiones sobre la base de los criterios políticos de conveniencia y al margen de la estructura del orden jurídico. Es que, una cosa es la cuestión política, concepto abarcativo de una área que tiende a reducirse sensiblemente, y otra la politización del Poder Judicial”, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional: Razonabilidad y excesos”, *La Ley* 2008-B, 27. El destacado partidario a quien se refiere el autor es Jorge W. Peyrano con cita del ya mencionado artículo sobre el activismo judicial.

<sup>191</sup> Desde luego que este esquema simplista también es aplicable a otros autores para lo que basta señalar las diversas concepciones sobre el activismo judicial que se trasluce de los artículos de Nicolás Diana, “La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes”, *Suplemento de Actualidad La Ley*, 26/02/2008; y Marcela I. Basterra en “¿Es viable la declaración de inconstitucionalidad de una reforma provincial?”, *La Ley* 2008-A, 526.

<sup>192</sup> Luis Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos” en *Revista Española de Derecho Constitucional* 71 (2004): 47.



del activismo judicial surge así como un norte de conducta hacia el cual debe estar dirigida toda la actividad judicial porque es el único que resulta aceptable a la luz de la doble influencia del activismo judicial estadounidense y especialmente del canon establecido por la Constitución Nacional después de la reforma de 1994.<sup>193</sup> La multiplicidad de derechos y garantías involucrados permite que los jueces recurran a ellos sin necesidad de probar su existencia misma, y el problema no se centra en su descubrimiento sino en su implementación frente a estructuras quebrantadoras de los derechos humanos o en relación a las limitaciones de presupuesto.<sup>194</sup> El activismo judicial se edifica a partir de una lectura distinta de la Constitución Nacional. Lo que en la interpretación tradicional de la Constitución de 1853 se consideraba desde una perspectiva estructural de división y de equilibrio de poderes, se mira en el presente a partir de una consideración operativa de los derechos humanos que presupone a veces la omnipotencia judicial.<sup>195</sup>

Las concepciones de los autores no se derivan ya de un examen de la actividad judicial influenciada según el canon de la Corte Warren. Lo que ocurre en el presente es que el juez no debe sostener doctrinalmente su “invasión” sobre otros poderes cuando se procura la tutela de los derechos humanos.<sup>196</sup> Se produce así una modificación relevante en la “conducta esperable” de los jueces ya que se espera –diría mejor, se exige– de ellos el activismo judicial y se reprochan –al menos en las instancias ordinarias– la pasividad sumida del magistrado a la ley.<sup>197</sup>

No cabe ya preguntar por qué actuó el juez sobre los otros poderes. Lo que se pregunta ahora es por qué no actuó en defensa de los derechos de las personas frente a las acciones u

---

<sup>193</sup> Un ejemplo muy claro en este sentido es la nota de Walter F. Carnota, “El activismo judicial en materia de seguridad social”, *La Ley* 2008-D, 1029.

<sup>194</sup> Véase Courtis y Abramovich, “Hacia la exigibilidad de los derechos...”, nota al pie 134.

<sup>195</sup> Andrés Gil Domínguez, “Neoconstitucionalismo y última palabra”, *La Ley* 2008-B, 985.

<sup>196</sup> Un interesante concreto sobre los diversas formas de interpretación constitucional “pre reforma constitucional” y “post reforma constitucional” en relación con las normas del Código Civil y en punto a la operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño puede encontrarse en el reciente artículo de Néstor E. Solari, “Criterios de atribución de la tenencia en un fallo de la Corte Suprema”, *La Ley* 2008-C, 537.

<sup>197</sup> Si este impulso básico en la interpretación de la Constitución Nacional resulta apropiado es otro tema. Lo relevante en el caso es la comprensión del activismo judicial como instrumento para la operatividad de los derechos constitucionales. Hay que tener en cuenta aquí un comentario ciertamente ilustrativo de Habermas en el sentido de que en estos casos existe, a veces, “la *comprensión paternalista* de la jurisdicción constitucional, que se nutre de una desconfianza, muy extendida entre los juristas, contra la irracionalidad de un legislador dependiente de las luchas por el poder y de unas opiniones mayoritarias determinadas por las emociones y los cambios de estados de ánimo”; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Ed. Trotta, 1998), 339, el destacado pertenece al original.

omisiones de otros poderes. La carga de justificación del activismo judicial se ha invertido. La concepción robusta de la Constitución argentina frente a la estadounidense a partir de la reforma constitucional de 1994 ha conducido a esta consecuencia precedida de artículos relevantes como los de Morello y Berizonce que adelantaban este rumbo.<sup>198</sup>

Desde luego que la rémora del activismo como término neutral subsiste incluso en los que se conciben a sí mismos como juristas interesados en la expansión de los derechos constitucionales. Es por tal razón que, como ya señalé, en ocasiones lo limitan al prudente o sabio activismo judicial. Si se quiere ser más preciso estos autores se encuentran en un campo medio del espectro mientras que los defensores de la protección de los DESC (Alegre y Gil Domínguez) remiten a este término como favorable. Las “virtudes pasivas”<sup>199</sup> de las cortes supremas para la consideración de los casos sometidos a su decisión ya no son más virtudes y la pasividad se transforma en una violación a la Constitución misma cuando se trata de la protección de derechos fundamentales. La ponderación del momento político –esto es, la consideración a la estructura de poderes especialmente considerado en la segunda parte de nuestra Constitución Nacional– cede frente a la operatividad en la protección judicial de los derechos humanos.<sup>200</sup>

El activismo judicial se transforma en un concepto multiforme y dúctil que resulta difícil de aprehender en sus diversos empleos. Un corte sincrónico revela esta divergencia en su utilización y un relato diacrónico pone de manifiesto el apartamiento paulatino respecto de la bipolaridad entre autocontención e invalidación de leyes por su inconstitucionalidad característica del sistema estadounidense. En los Estados Unidos se presentaría un fenómeno similar desde la perspectiva de una Constitución viviente<sup>201</sup> o desde una lectura moral de la Constitución.<sup>202</sup> Ello sería, sin embargo, una respuesta insuficiente porque lo esencial de la

---

<sup>198</sup> Resulta obvio que me refiero a la robustez en su descripción de derechos y no a su robustez en su aplicación concreta.

<sup>199</sup> Según la conocida referencia de Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cap. 4, 111 a 198 y también en “The passive virtues”, *Harvard Law Review* 75 (1961): 40.

<sup>200</sup> Desde luego que este planteo también es problemático porque existen también disposiciones constitucionales operativas que exigen proteger el debido proceso, de modo tal que algunos de estos artículos se encierran en la aporía del conflictivismo de los derechos fundamentales; véase Juan Cianciardo, *El conflictivismo de los derechos fundamentales* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000); y eventualmente procedimientos de balance de derechos constitucionales cuyo tratamiento excede los límites de este trabajo.

<sup>201</sup> Véase un reciente intento ecléctico de Jack M. Balkin, *Living Originalism* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011) y en especial sus críticas en 50-54 a la posición de Strauss indicada en la nota 39.

<sup>202</sup> Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading and the Majoritarian Premise* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1996), 2.

división se centra en la reforma constitucional de 1994. Por más que en Estados Unidos se hable de momentos constitucionales que habrían alterado el sentido político del sistema institucional sin reforma constitucional formal (como el *New Deal*, en 1937),<sup>203</sup> lo cierto es que nadie afirmarí­a que la Constitución como texto es diferente de la que surge de la lectura del texto original con el agregado de sus enmiendas.<sup>204</sup> En cambio resulta evidente que aquellos que pretenden fundamentar en los Estados Unidos una lectura expansiva de los derechos se encuentran, al menos en las últimas dos décadas, a la defensiva en cuanto les incumbe la carga de la prueba de demostrar la existencia o el alcance de los derechos. La doctrina estadounidense se ve forzada a elaborar una Constitución de principios amplios y criticar el principio del *self restraint*.

La situación es netamente distinta en la Argentina puesto que el reconocimiento explícito en la reforma constitucional de múltiples derechos convierte en innecesaria la imposición de un “activismo judicial” dirigido a leer expansivamente derechos ocultos o que se encuentren en una zona de penumbra. El activismo judicial opera como la aplicación inmediata de derechos constitucionales reconocidos y explícitos y se impone a los magistrados como pauta rectora de la tarea judicial. Pese a ello, la idea de un activismo judicial neutral se encuentra incluso inficionada por los patrones doctrinarios estadounidenses en la calificación del activismo judicial. En nuestro país la mayoría de la doctrina, sea “progresista” o “tradicional”, se encuentra anclada en el patrón de activismo judicial desplegado por la Corte Warren. Este tipo de perspectiva tiene dos consecuencias relevantes en nuestro país. En primer lugar, establece el modo en que debe actuar una corte que quiere imponer cambios progresistas –esto es, los objetivos, las tácticas y las relaciones con el poder político– que corresponden adoptar en este curso de acción. En segundo término, impone un principio valorativo al fundamentar que el activismo judicial warreniano se identifica con lo que es bueno para la sociedad. Un ejemplo de ello se encuentra en el detallado artículo de Pablo Manili en el que examina un relevante número de antecedentes de nuestra Corte Suprema

---

<sup>203</sup> Este es el conocido criterio de Bruce Ackerman en sus textos ya clásicos *We The People. Volume 1: Foundations* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998) y *We The People. Volume 2: Transformations* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998) que se ha pretendido trasladar para momentos tan distintos como el período alfonsinista –véase Bruce Ackerman y Carlos Rosenkrantz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Institucionales, 1991)– o para la crisis del año 2001 (según sostiene Gargarella en “Dar de nuevo...”, 67).

<sup>204</sup> La cuestión gira más en el ámbito doctrinario (Amar y Ackerman) que en la aplicación cotidiana de la constitución misma por los tribunales.

con el objeto de distinguir entre un activismo bueno y un activismo malo<sup>205</sup> toda vez que el criterio de distinción parte precisamente del canon elaborado por la corte estadounidense en las décadas de los cincuenta y del sesenta.

No escapa –ni siquiera a aquellos que todavía se ubican en la bipolaridad entre autorrestricción y activismo judicial– la influencia del activismo judicial como canon casi necesariamente aplicable por los magistrados. Es así que un artículo<sup>206</sup> muestra de qué forma las modernas concepciones han modificado el sentido del término incluso para quienes mantienen una concepción tradicional, como es la autorrestricción judicial, al considerar que se trata de un “pseudot activismo judicial”; esto es, lo que antes se consideraba como activismo judicial requiere en el presente estado de cosas de un calificativo para demostrar que se trata de un concepto erróneo. El extremo –la “excesiva” actividad judicial–, ahora se ha convertido en un término medio aceptable que solo se descarta cuando es falsamente usado. El activismo judicial como falta de autorrestricción judicial también ha sido mirado con una consideración favorable en aquellos asuntos en los cuales la revisión judicial efectuada por la CSJN no perfora el área donde el arbitrio legislativo razonable cierra el perímetro a toda penetración descalificadora.<sup>207</sup> Se trata en este caso de una aplicación típica de la concepción de Thayer que admite la declaración de inconstitucionalidad –rotulada como activismo judicial– cuando el Congreso no respeta el mandato constitucional.

De este modo, el “cambio conceptual” y los “cambiantes significados”<sup>208</sup> del término “Constitución” no pueden aislarse de la determinación misma de la idea del activismo judicial (que también ha tenido, como hemos visto, un cambio conceptual diacrónico). La Constitución incorpora –o mejor dicho, acentúa– significados vinculados con la protección de los derechos individuales de modo tal que la conducta del juez se examina ahora esencialmente a partir de estos cánones. Existe una relación particular en la cual ambos conceptos (Constitución y activismo judicial) se vinculan entre sí, produciéndose paulatinamente el desvanecimiento de la anterior relación bipolar entre autocontención y

---

<sup>205</sup> Manili, “El activismo...”.

<sup>206</sup> Nicolás Diana, “La democracia...”. En contraposición, es posible advertir cómo Marcela I. Basterra considera que la simple revisión judicial de una reforma constitucional provincial demuestra un “positivo activismo judicial” en “¿Es viable la declaración...?”, 7.

<sup>207</sup> Germán J. Bidart Campos y Daniel E. Herrendorf, “Más sentencias de la Corte en el marco de su activismo judicial: la declaración de inconstitucionalidad de una pena”, *El Derecho* 134-202.

<sup>208</sup> Utilizando aquí la idea expresada por James Farr en “Conceptual Change and Constitutional Innovation” en *Conceptual Change and the Constitution*, eds. Terence Ball y J.G.A. Pocock (Kansas: University Press of Kansas, 1988), 22.

activismo judicial para imponer solamente a este último como regla de la actividad cotidiana de toda clase de jueces y en todas las instancias. El concepto de Constitución ha sido modificado tanto en sus alcances –la inserción de derechos explícitos– como particularmente en el modo de aplicación mediante la remisión a una operatividad inmediata. Bajo estas condiciones, desaparece la instancia de la ley –en sentido formal– como instancia mediadora en la decisión de los casos sometidos a los magistrados.

La Constitución Nacional misma impondría así el activismo judicial desde una particular perspectiva doctrinal que se hace cada vez más predominante ya que postula un principio de actuación constante en defensa de los derechos humanos. Cuando se atiende a este criterio correlativamente se impone al juez justificar la razón que lo lleva a la abstención en su aplicación inmediata o intentar, en un procedimiento más complejo, retrotraer el concepto de Constitución al modelo liberal de la Constitución de 1853/60 la base de la protección relativamente limitada de los derechos civiles y políticos.

## VII. Conclusiones

He tratado de seguir el derrotero del activismo judicial desde sus orígenes como concepto en la doctrina y en la práctica judicial de los Estados Unidos del siglo XX para ver de qué modo ha desembocado en su uso por la doctrina en nuestro país. Posteriormente desarrollé una especie de taxonomía de las diversas vías por las que se ha expandido en la Argentina intentando mostrar su apartamiento del concepto bipolar que se presenta entre la autorrestricción judicial y el activismo judicial que ha sido decisivo para caracterizar el concepto como básicamente peyorativo en los Estados Unidos. De ello procuré demostrar de qué modo algunos doctrinarios –especialmente Berizonce y Morello– iniciaron un diseño del activismo judicial examinando las conductas de la Corte Suprema de la Nación.

Con esta perspectiva, la idea que planteo es que el activismo judicial no solo ha perdido su carga peyorativa en nuestro país sino que se establece como una especie de módulo de actuación de los jueces que deben aplicar operativamente los derechos constitucionales, incluso aunque ello importe afectar estructuras de gobierno o de administración de los otros poderes. El concepto de activismo judicial se ha transformado así en una especie de presunción que impone a los magistrados la carga de justificar las razones por las cuales no ejercen expansivamente su *imperium*. La reforma constitucional de 1994 y la idea de la

progresividad en la interpretación y en la aplicación de los DESC han sido los dos factores decisivos para este viraje.

Finalmente, he tratado de mostrar que este sector de la doctrina –Courtis, Abramovich, Gil Domínguez y Alegre, entre otros– plantean la viabilidad de este activismo porque miran a la Constitución Nacional después de la reforma de 1994 como un objeto cultural distinto al que miraron los doctrinarios con perspectivas más tradicionales en el procedimiento de hermenéutica constitucional, tales como Vanossi o Padilla. Los primeros establecen la prioridad de la aplicación de los derechos individuales y la expansividad en el mundo jurídico de modo que el juez está inmerso en esta inundación de derechos constitucionales en un grado tal que le será difícil encontrar un motivo para no aplicar su poder. Los restantes mantienen su creencia en la protección de los derechos constitucionales pero se sitúan en una especie de archipiélago dual donde también prima la separación y el equilibrio de poderes como razones justificantes de las decisiones de los magistrados. Unos consideran que la decisión judicial vive en un orden jurídico anegado por los derechos constitucionales y los otros estiman que el juez debe elegir entre una y otra isla –al modo de la autorrestricción tradicional– de modo que el activismo debe justificar su actividad sin que surja del hábitat mismo del juez.

### **VIII. Bibliografía**

Abramovich, Víctor y Chistian Courtis. “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”. La Ley 2001-D, 22.

Abramovich, Víctor y Cristian Courtis. “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”. En La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, editado por Martín Abregú. Buenos Aires: Edit. del Puerto, 1999.

Ackerman, Bruce y Carlos Rosenkrantz. “Tres concepciones de la democracia constitucional”. En Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Institucionales, 1991.

Ackerman, Bruce. “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”. Yale Law Journal 93 (1984): 1013.

Ackerman, Bruce. La política del diálogo liberal. Barcelona: Ed. Gedisa, 1998

Ackerman, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007.

Ackerman, Bruce. *We The People*. Volume 1: Foundations. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.

Ackerman, Bruce. *We The People*. Volume 2: Transformations. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.

Airasca, Ivana M. “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”. *La Ley Litoral* (mayo, 2003): 543.

Airasca, Ivana María, “El juez del siglo XXI”. *La Ley Litoral* (2002): 1447.

Alegre, Marcelo. “¿Quién le tema a la igualdad?”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 27 (2004): 181.

Alegre, Marcelo. “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”. En *Los derechos fundamentales*. SELA 2001. Buenos Aires: Edit. Del Puerto, 2003.

Alias D’Abate, Humberto. “Teoría egológica del derecho de Carlos Cossio y ejercicio de la magistratura judicial y la abogacía”. *La Ley Noroeste* (febrero, 2006), 1.

Almada, Alejandro D. “La responsabilidad precontractual y sus requisitos en una prolija sentencia”. *La Ley Litoral* 1998-I, 155.

Almeyra, Miguel A. “La aplicación rigurosa de la ley penal ¿Pueden los jueces morigerar las escalas penales?”. *La Ley* 2003-B, 391.

Álvarez, Gonzalo. “Objeciones a la constitucionalidad de la ley 26.002, que reforma la Ley de Educación Superior”. *Anales de Legislación Argentina* 2005-E, 5781.

Amar, Akhil R. *America’s Constitution*. New York: Random House, 2005.

Amar, Akhil R. “Intratextualism”. *Harvard Law Review* 113 (1999): 747.

Amar, Akhil Reed. *America’s Unwritten Constitution*. New York: Basic Books, 2012.

Amaya, Jorge A. “¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad?”. *La Ley* 2005-F, 1257.

Andruet, Armando S. (h.). “Poder Judicial y medios de comunicación: torsiones permanentes”. *La Ley* 2007-B 1017.

Arias de Ronchietto, Catalina E. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán) “Efectos de la ley 26.618 en el Derecho de Familia”. Suplemento de Actualidad La Ley. 27/12/2011.

Arias Pelerano, Francisco. “Política y Corte Suprema”. La Ley 1988-D, 1204.

Aristóteles. Metafísica. Libro X.

Badeni, Gregorio. “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional: Razonabilidad y excesos”. La Ley 2008-B, 27.

Balkin, Jack M. Living Originalism. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011.

Barra, Rodolfo C. “El rol de la justicia en el proceso de integración”. La Ley 1992-B, 853.

Basterra, Marcela I. “¿Es viable la declaración de inconstitucionalidad de una reforma provincial?”. La Ley 2008-A, 526.

Basterra, Marcela I. “Aborto: La acción declarativa de inconstitucionalidad y la legitimación activa de los derechos políticos”. Derecho de Familia y de las Personas (abril, 2010): 195.

Basterra, Marcela. “El amparo ambiental, ¿acción popular o acción colectiva? El caso ‘Cirignoli’”. La Ley 2006-D, 320.

Basterra, Marcela. “Procesos colectivos. La consagración jurisprudencial del corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo Verbitsky”. La Ley 2005-D, 530.

Bazán, Víctor. “La Corte Suprema de Justicia abre paso a los amici curiae”. La Ley 2004-E, 1193.

Bazán, Víctor. “Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales”. La Ley 2007-D, 1135.

Berizonce, Roberto O. “El activismo de los jueces”. La Ley 1990-E, 920.

Bianchi, Alberto B. “¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad? Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Holmes)”. La Ley 1990-E, 1089.

Bianchi, Alberto B. “El control sobre zona interna de la administración”. La Ley 1989-C, 481.



Bianchi, Alberto B. “Los poderes del Congreso para crear y reglamentar la jurisdicción de los tribunales federales”. *La Ley* 1992-B, 335.

Bickel, Alexander M. “The passive virtues”. *Harvard Law Review* 75 (1961): 40.

Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis: Bibbs, 1962.

Bidart Campos, Germán J. “Reparación por las restricciones ilegítimas a la libertad durante el período 1976-1983”. *La Ley* 1999-F, 305.

Bidart Campos, Germán J., y Daniel E. Herrendorf. “Más sentencias de la Corte en el marco de su activismo judicial: la declaración de inconstitucionalidad de una pena”. *El Derecho* 134-202.

Bidart Campos, German. “Activismo y realismo en una sentencia de la Corte en un caso de pensión”. *El Derecho* 141-627.

Bidart Campos, Germán. “Cautelar en un amparo ambiental y legitimación para accionar”. *La Ley* 1999-D, 120.

Bidart Campos, Germán. “Rótulos, casilleros y categorías de cara al activismo judicial”. *El Derecho* 164-501.

Bidart Campos, German. “Una muestra de equilibrio en el activismo judicial del Superior Tribunal de San Luis”. *El Derecho* 144-289.

Bidart Campos, German. “Delito, proceso penal, prisión preventiva y control de constitucionalidad”. *La Ley* 1999-B, 660.

Bidegain, Carlos M. “La Constitución y sus jueces (Génesis de un ‘dicho feliz’)”. *Academia Nacional de Derecho* (2002): 107.

Bork, Robert H. *The Tempting of America*. New York: Free Press, 1997.

Botassi, Carlos. “Contratos públicos y emergencia estatal”. *Suplemento Especial El Contrato Administrativo en la Actualidad, La Ley* (mayo, 2004): 39.

Burke, Edmund. “Speech on a Committee to Inquire into the State of the Representations of the Commons in Parliament”. En *The portable Edmund Burke*, editado por Isaac Kramnick. Londres: Penguin, 1999.

Cafferata, Néstor A. “El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental”. *La Ley* 2007-B, 1341.

Calabresi, Steven G. “Thayer’s Clear Mistake”. *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 269.

Carbone, Carlos A. “Antecedentes de Alemania y España. Nuevos horizontes de cargas probatorias dinámicas: desde el activismo judicial hasta los casos por discriminación, servicios telefónicos, productos elaborados, fraudes societarios, calificadoras de riesgo, etc.”. *Jurisprudencia Argentina* 2003-II, 1066.

Cárdenas, Eduardo. “Reflexiones sobre un fallo de los que florecen breve y aisladamente en los países dependientes”. *La Ley* 2002-D, 1456.

Carnota, Walter F. “‘Bush v. Gore’ La Corte Suprema de los Estados Unidos elige un presidente”. *La Ley* 2001-A, 394.

Carnota, Walter F. “Definiciones sobre el activismo de los jueces”. *Suplemento de Actualidad La Ley*. 16/08/2007.

Carnota, Walter F. “El activismo judicial en materia de seguridad social”. *La Ley* 2008-D, 1029.

Carnota, Walter F. “La Constitución viviente. Nota por el aniversario de la Constitución al fallo ‘Benjamín Calvete’”. *La Ley* 2003-C, 1308.

Carrió, Alejandro. “Derecho constitucional a la privacidad: zonas de protección y zonas de penumbra”. *La Ley* 1993-C, 752.

Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.

Casas, Laura J. y Marcos Patricio Amicone, “Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional: hacia una tendencia más inclusiva”. *Doctrina Judicial* 2007-I, 131.

Charlin, José A. “Ejecución extrajudicial de hipoteca, control de constitucionalidad y derechos fundamentales conculcados”. *La Ley Buenos Aires* (febrero, 2005): 28.

Cianciardo, Juan. *El conflictivismo de los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

Cifuentes, Santos. “Acciones procesales del artículo 43 de la Constitución Nacional. Naturaleza personalísima de los datos informáticos de las personas”. *La Ley* 1999-A, 238.

Colautti, Carlos F. “Los intereses del Estado Nacional y el artículo 129 de la Constitución Nacional”. *La Ley* 1997-C, 512.

Comanducci, Paolo. Modelos e interpretación de la constitución en Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Ed. Trotta, 2007.

Cover, Robert M. "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities". *The Yale Law Journal* 91 (1982): 1287.

Cox, Archibald. "The role of the Supreme Court: judicial activism or self-restraint". *Maryland Law Review* 447 (1987): 118.

Cross, Frank B. *Decision Making in the U. S. Court of Appeals*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

De Lora, Pablo. "Las posibilidades del constitucionalismo thayeriano". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 23 (2000): 49.

De los Santos, Mabel A. "Condiciones para la admisibilidad del hecho sobreviniente en el proceso civil". *La Ley* 2003-F, 1309.

De los Santos, Mabel A. "Flexibilización y congruencia". *La Ley* 2007-F, 1278.

De los Santos, Mabel A. "La flexibilización de la congruencia". *La Ley* (octubre, 2005): 80.

Diana, Nicolás. "La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes". *Suplemento de Actualidad La Ley*, 26/02/2008.

Diéguez, Jorge A. "Cuando el activismo judicial desactiva la Constitución". *La Ley* 19/02/2008, 3.

Dodds, E.R. *Los griegos y lo irracional*. Madrid: Ed. Alianza, 1983.

Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.

Easterbrook, Frank H. "Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?". *University of Colorado Law Review* 73 (2000): 1401.

Edwards, Harry T. "Collegiality and Decision Making on de D.C. Circuit". *Virginia Law Review* 84 (1998): 1335.

Ely, John H. *Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

Ely, John H. "The Wages of Crying Wolf: A Comment of *Roe v. Wade*". *The Yale Law Journal* 82 (1973): 920.

Farr, James. "Conceptual Change and Constitutional Innovation". En *Conceptual Change and the Constitution*. Editado por Terence Ball y J.G.A. Pocock. Kansas: University Press of Kansas, 1988.

Fayt, Carlos S. *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

Ferreres Comellas, Víctor. "Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial". En *Los límites de la democracia*. SELA 2004. Buenos Aires: Edit. del Puerto, 2005.

Fiss, Owen. "The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice". *Harvard Law Review* 93 (1979): 1.

Fiss, Owen. "The Forms of Justice". *Harvard Law Review* 93 (1979): 1.

Friedman, Barry. "Dialogue and Judicial Review". *Michigan Law Review* 91 (1993): 577.

Friedman, Barry. "The history of the countermajoritarian difficulty. Part one: The road to judicial supremacy". *New York University Law Review* 73 (1998): 352.

Fucito, Felipe. "Algunos aportes al perfil del juez y al diseño de la escuela judicial". *La Ley* 1999-D, 1117.

Fucito, Felipe. "La reforma judicial frente a la situación social". *Suplemento de Actualidad La Ley*. 30/11/2001.

Fulgheri, María I. "Estado de Derecho y participación ciudadana". *La Ley* 2004-A, 317.

Galdós, Jorge M. "Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales. A propósito del caso Copetro". *La Ley* 1999-C, 1129.

Gallego, Richar F. "Declaración de inconstitucionalidad. El control de oficio y difuso de constitucionalidad en la Provincia de Río Negro". *La Ley* 2007-F, 1141.

Gargarella, Roberto y Marcelo Alegre, editores. *El derecho a la igualdad*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Gargarella, Roberto. "Activismo judicial en defensa de los derechos de las mujeres. Lo que el argumento democrático no puede probar". *Razón pública* 1 (2004): 69.

Gargarella, Roberto. "Dar de nuevo: activismo cívico y el derecho a la crítica radical. Libertad de Expresión y Democracia desde una perspectiva Latinoamericana". Colección

¿Más Derecho?: Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana 2 (2002): 61.

Gauna, Juan O. “La problemática del control judicial de los actos de administración pública. La teoría de la separación del poder”. La Ley 1979-C, 622.

Gelli, María Angélica. “Los deberes de los jueces en una república (o el otro lado del activismo judicial en el caso ‘Gadán’)”. La Ley 1990-D, 79.

Gelli, María Angélica. “Los derechos sociales y el amparo en los entresijos de la historia argentina (A modo de epílogo)”. La Ley 2008-A, 843.

Gelli, María Angélica. “Valores constitucionales, activismo judicial y hábeas corpus correctivo”. Jurisprudencia Argentina 1994-IV, 224.

Gerhardt, Michael J. “The rhetoric of judicial critique: from judicial restraint to the virtual Bill of Rights”. William and Mary Bill of Rights Journal 10 (2002): 585.

Gil Domínguez, Andrés. “Acción de amparo: la ley 16.986, el art. 43 y las medidas cautelares”. La Ley 1999-F, 311.

Gil Domínguez, Andrés. “La acción declarativa de certeza como proceso constitucional”. La Ley 1994-A, 1445.

Gil Domínguez, Andrés. “Neoconstitucionalismo y última palabra”. La Ley 2008-B, 985.

Gil Domínguez, Andrés. “Tasas aeroportuarias y pesificación: un ejemplo de justicia constitucional activa y comprometida” en Doctrina Judicial 2002-3, 514.

González Bertomeu, Juan F. “Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review”. Legal Theory 17 (2011): 81.

Gordillo, Agustín. “El Estado de derecho en estado de emergencia”. La Ley 2001-F, 1050.

Gordillo, Agustín. “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos constitucionales. El caso de la discriminación”. La Ley 2005-F, 1404.

Gozáini, Osvaldo A. “El amparo como vía de prevención del daño”. La Ley 2000-F, 1105.

Gozaini, Osvaldo A. “La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la Acordada CS 4/2007”. La Ley 2010-C, 898.

Gozaíni, Osvaldo. A. “La conciliación”. La Ley 1992-E, 928.

Graglia, Lino A. “Constitutional Law: A Ruse for Government by an Intellectual Elite”. *Georgia State University Law Review* 14 (1998): 767.

Graglia, Lino A. “It’s not Constitutionalism, it’s Judicial Activism”. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 19 (1996): 293.

Greenawalt, Kent. *Statutory and Common Law Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Grey, Thomas C. “Thayer’s Doctrine: Notes on its Origin, Scope, and Present Implications”. *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 28.

Guardia, Diego L. y Luis F. Salas. “El derecho a procrear del condenado a cumplir una pena privativa de libertad”. La Ley 2002-E, 325.

Guibourg, Ricardo A. “Oferta y demanda de Justicia”. La Ley 2008-A, 1154.

Gusmán, Alfredo S. “La intangibilidad de la remuneración de los empleados públicos en la emergencia”. La Ley 2004-C, 289.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Ed. Trotta, 1998.

Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *The Federalist Papers*. London: Harmondsworth Penguin, 1987.

Hart, H.L.A. “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”. En *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1962.

Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2007.

Hook, Jay. “A Brief Life of James Bradley Thayer”. *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 1.

Ibarlucía, Emilio A. “Cincuentenario de un fallo trascendente. El caso ‘Brown v. Board of Education of Topeka’ y la interpretación dinámica de la Constitución”. La Ley 2004-C, 1227.

Ibarlucía, Emilio A. “El veto, la promulgación parcial de las leyes, la insistencia legislativa, el control parlamentario y el control judicial de constitucionalidad”. La Ley 2000-E, 138.

Ibarlucía, Emilio A. “Hacia la precisión del concepto de derechos de incidencia colectiva”. La Ley 2007-C, 808.

Ibarlucía, Emilio A. “Responsabilidad civil, causalidad y principio de razonabilidad”. La Ley 2001-E, 696.

Iribarne, Héctor P. “Injusto rechazo de la pretensión resarcitoria de la muerte de una criatura por nacer, junto a su madre durante el llamado ‘proceso’”. La Ley 2005-B, 82.

Jáuregui, Rodolfo G. “Un caso de esterilización por vía de amparo”. La Ley Litoral (2001): 619.

Jeanneret de Pérez Cortés, María. “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”. La Ley 2003-B, 1333.

Jiménez, Eduardo P. “La Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires asume su rol social en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación y los magistrados actuantes en el caso denotan que el Poder Judicial no siempre adolece de esclerosis normativa”. La Ley 2000-F, 137.

Kagan, Robert A. *Adversarial Legalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003.

Kalman, Laura. *The Strange Career of Legal Liberalism*. New Haven: Yale University Press, 1996.

Kaufman, Andrew L. Cardozo. Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2000.

Kaye, Judith S. “Cardozo: a Law Classic”. *Harvard Law Review* 112 (1999): 1026.

Kennedy, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997.

Klarman, Michael. *From Jim Crow to Civil Rights. The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Kmiec, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism””. *California Law Review* 92 (2004): 1442.

Kramer, Larry D. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford Press, 2004.

Kronman, Anthony T. *Education’s End*. New Haven: Yale University Press, 2007.

Kronman, Anthony T. *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.

Kurlat Aimar, José S. “La inconstitucionalidad del artículo 92 de la ley 11.683”. *La Ley* 2007-B, 380.

Levia, Delia, Paula Nosea y Agnés Sibileau. “Algunas reflexiones en torno al caso Matanza-Riachuelo”. *La Ley* 2006-F, 353.

Lindblom, Charles E. *El proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid: Ministerio para la Administración Pública, 1990.

Livellara, Carlos A. “Debido proceso y seguridad jurídica vs. activismo judicial (salvataje pretoriano)”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* 2004-A, 248.

Lorenzetti, Ricardo A. “La tutela civil inhibitoria”. *La Ley* 1995-C, 1217.

Lorenzetti, Ricardo A. “Sistema jurídico del MERCOSUR”. *La Ley* 1998-E, 1258.

Lynch, Horacio M. “Emergencia, Derecho, Justicia y Seguridad Jurídica. Reflexiones sobre las crisis y las libertades económicas”. *La Ley* 2002-C, 1287.

Lyons, David. *Aspectos morales de la teoría jurídica*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1998.

Mafucchi Moore, Javier y José M. Sabat. “El proceso de selección de jueces federales. La experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica”. *La Ley* 1996-E, 1141.

Manili, Pablo L. “El activismo de la jurisprudencia de la Corte Suprema”. *La Ley* 2006-D, 1285.

Manili, Pablo L. “El Activismo en la Jurisdicción Constitucional”. En *Tratado de Derecho Procesal Constitucional: Argentino, Comparado y Transnacional*, Pablo Luis Manili director. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2010. Volumen 1.

Manili, Pablo L. “La Corte Suprema de los Estados Unidos: el derecho internacional y el desprecio por la vida humana”. *La Ley* 1999-B, 217.

Marshall, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”. *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 1217.

Marshall, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”. *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 1217.

Masciotra, Mario. “La acción de Hábeas Data colectiva”. *La Ley* 2007-E.

Mill, John S. *A System of Logic*. New York: Harper, 1882.



Morello, Augusto M. “El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. 2ª época, año XXXII, 25 (1988), 63.

Morello, Augusto M. “La apelación y la casación. Aspectos comparativos en un tiempo de desplazamientos y ajustes”. *La Ley* 1986-E, 992.

Morello, Augusto M. “Lo que los jueces no deben hacer”. *Jurisprudencia Argentina* 2003-IV, 1243.

Morello, Augusto M. y Claudia B. Sbdar. “Teoría y realidad de la tutela jurídica del ambiente”. *La Ley* 2007-F, 821.

Mosset Iturraspe, Jorge, “Otra muestra del ‘Derecho Privado Constitucional’: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales”. *La Ley* 2004-E, 739.

Nino, Calos S. “Justicia a la conciencia”. *La Ley* 1989-C, 197.

Nino, Carlos S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997.

Padilla, Norberto. “¿El activismo judicial que viene?”. *La Ley* 2005-A, 59.

Parsons, Wayne. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y a la práctica del análisis de políticas públicas*. México: FLACSO, 2007.

Perry, Michael J. “Equal Protection, Judicial Activism, and the Intellectual Agenda of Constitutional Theory: Reflections on, and Beyond, *Plyler v. Doe*”. *University of Pittsburg Law Review* 44 (1983): 329.

Petit, Philip. *Republicanism*. Barcelona: Ed. Paidós, 1999.

Peyrano, Jorge W. “Medidas conminatorias”. *La Ley* 1989-E, 1043.

Peyrano, Jorge W. “Sobre el activismo judicial”. *El Derecho* 202-558.

Posner, Richard A. “Against Constitutional Theory”. *New York University Law Review* 73 (1998): 4.

Posner, Richard A. “Past-Dependency, and Critique of History in Adjudication in Legal Scholarship”. *The University of Chicago Law Review* 67 (2000): 573.

Posner, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2008.

Posner, Richard A. *Reflections on Judging*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013.

Posner, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.

Powe, Lucas A. Jr. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000.

Quiroga Lavié, Humberto. “La autonomía universitaria desde la mirada de la Corte Suprema”. *La Ley* 1999-E, 384.

Rabbi-Baldi, Renato. “Actualidad sobre la justicia de ‘equidad’ en la Corte Suprema de Justicia”. *La Ley* 1999-F, 1148.

Racimo, Fernando. “El fallo Vieth: la manipulación partidista como cuestión política no justiciable”. *La Ley* 2005-B, 92.

Racimo, Fernando. “En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino”. *Revista de la Universidad de Palermo* 6 (2005): 7.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe, 2009.

Rivera, Julio C. (h.). “Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998”. *Academia Nacional de Derecho* 2000: 44.

Rivera, Julio C. y Graciela Medina. “La oportunidad de la reforma del derecho privado”. *La Ley* 2000-F, 1225.

Rodríguez Mancini, Jorge. “Contratación laboral y discriminación”. *La Ley* 2006-A, 26.

Rosenberg, Gerald N. *The Hollow Hope, Can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago, 1991.

Rosenkrantz, Carlos F. “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”. *Revista de la Universidad de Palermo* 6, 1 (2005).

Rostov, Eugene V. “The Democratic Character of Judicial Review”. *Harvard Law Review* 66 (1952): 193.

Rubinfeld, Jed. *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005.

Rubin, Miguel E. “Mitos y leyendas acerca del juicio de simulación en la quiebra”. La Ley 2007-C, 748.

Sagüés, Néstor P. “El amparo ambiental (ley 25.675)”. La Ley 2004-D, 1194.

Sagüés, Néstor P. “La interpretación judicial de la Constitución”. La Ley 1998-D, 1433.

Sagüés, Néstor P. “Las sentencias constitucionales exhortativas (‘apelativas’ o ‘con aviso’), y su recepción en Argentina”. La Ley 2005-F, 1461.

Sagüés, Néstor P. “Reflexiones sobre el activismo judicial legítimo (a los cincuenta años de la creación jurisprudencial del amparo federal)”. El Derecho 225-1022.

Salomón, Marcelo J. y Rodolfo G. Jáuregui. “La Constitución Nacional y la obligación alimentaria de los abuelos: una mirada integradora”. La Ley Buenos Aires (julio, 2007): 605.

Sanabria, Pablo D. “Relevancia institucional del control de constitucionalidad”. La Ley 04/09/2006, 11.

Sanchís, Luis Prieto. “El constitucionalismo de los derechos”. Revista Española de Derecho Constitucional 71 (2004): 47.

Sansone, Juan Manuel. “Una evaluación de la actual crisis del Poder Judicial de la Nación”. Suplemento de Actualidad La Ley. 28/08/2003.

Santiago, Alfonso (h.). La Corte Suprema y el control político. Buenos Aires: Ed. Ábaco, 1999.

Santiago, Alfonso (h.). “El sorpresivo final del primer proceso de remoción a un juez porteño”. La Ley 2006-C, 203.

Santiago, Alfonso (h.). La Corte Suprema y el control político. Buenos Aires: Ed. Ábaco, 1999.

Saux, Edgardo I. “La dinámica de las cargas probatorias y el activismo judicial en un proceso de simulación”. La Ley Litoral (1997): 7.

Scalia, Antonin y Bryan A. Garner. Reading Law. The Interpretation of Legal Texts. St. Paul: Thomson West, 2012.

Scalia, Antonin. “Originalism: the lesser evil”. University of Cincinnati Law Review 57 (1989): 849.

Schultz, Herman, editor. The Rehnquist Court. Judicial activism on the right. New York: Hill and Wang, 2002.

Schauer, Frederick. "A Critical Guide to Vehicles in the Park". *New York University Law Review* 83 (2008): 1109.

Schwartz, Gary T. "The Beginning and the Possible End of the Rise of the Modern American Tort Law". *Georgia Law Review* 26 (1992): 601.

Segal, Jeffrey A. y Harold J. Spaeth. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Sisk, Gregory C. "The Quantitative Moment and the Qualitative Opportunity: Legal Studies of Judicial Decision Making". *Cornell Law Review* 93 (2008): 873.

Slaibe, María E. y Claudia Gabot. "Habeas data: su alcance en la legislación comparada y en nuestra jurisprudencia". *La Ley* 2000-B, 27.

Solari, Néstor E. "Criterios de atribución de la tenencia en un fallo de la Corte Suprema". *La Ley* 2008-C, 537.

Sowell, Thomas. "Judicial Activism Reconsidered". *Essays in Public Policy* 13 (1989).

Spacarotel, Gustavo D. "Las medidas autosatisfactivas en la Provincia de Buenos Aires (con referencia al proceso contencioso administrativo)". *La Ley Buenos Aires* 2006-B, 1407.

Stern, Seth y Stephen Wermiel. *Justice Brennan. Liberal Champion*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2010.

Stevens, John Paul. *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*. New York: Little Brown and Company, 2011.

Stiglitz, Gabriel A. "Prevención de daños colectivos en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires". *La Ley Buenos Aires* (1998): 93.

Strauss, David. "Common Law Constitutional Interpretation". *The University of Chicago Law Review* 63 (1996): 934.

Strauss, David. "Common Law, Common Ground, and the Jefferson's Principle". *The Yale Law Journal* 112 (2003): 1717.

Sunstein, Cass R. "Burkean minimalism". *Michigan Law Review* 105 (2006): 353.

Sunstein, Cass R. *Radicals in Robes. Why Extreme Right Courts Are Wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

Sunstein, Cass. *Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

Sunstein, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997.

Sustein, Cass. "Leaving Things Undecided". *Harvard Law Review* 110 (1996): 4.

Tamanaha, Brian Z. *Law as a Means to an End*. New York: Cambridge University Press, 2009.

Tawil, Guido S. "El control de la calificación jurídica de los hechos por parte de los tribunales de justicia". *La Ley* 1992-D, 335.

Tawil, Guido S. "Omisión, guerra y responsabilidad del Estado". *La Ley* 1991-D, 362.

Ternavasio, Marcela. *Gobernar la Revolución*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

Thayer, James B. "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review* 7 (1893): 17.

Thayer, James B. *Cases on Constitutional Law*. Cambridge, Mass.: Charles W. Sever, 1895.

Thayer, James B. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little Brown, 1898.

Tinant, Eduardo L. "El derecho a la salud y la omisión constitucional del juez". *La Ley* 2000-C, 545.

Tiscornia, Sofía. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales en el caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Edit. Del Puerto y CELS, 2008.

Torrens Elgueta, Gonzalo. "La iniciativa probatoria oficiosa", *La Ley Córdoba* (2006): 435.

Treanor, William M. "Judicial Review before Marbury". *Stanford Law Review* 58 (2005): 45.

Trejo, Remón E. "Sobre la división de poderes: el caso del juicio político a Aníbal Ibarra". *La Ley* 2007-D, 161.

Tribe, Laurence H. "The puzzling persistence of process-based constitutional theories". *The Yale Law Journal* 89 (1980): 1063.

Truffat, Edgardo D. "Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo-con motivo de una fallo tan querible como erróneo". *La Ley* 2004-F, 790.

Tushnet, Mark. “Thayer’s Target: Judicial Review or Democracy?”. *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 9.

Tushnet, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

Vanossi, Jorge R. “El carnaval de la inconstitucionalidad (A propósito de las leyes de ‘obediencia debida’ y ‘punto final’, que están derogadas)”. *La Ley* 2001-F, 1274.

Vanossi, Jorge R. “El mar no perdona”. *La Ley* 2003-C, 950.

Vanossi, Jorge R. “Filosofía de los valores constitucionales, política institucional y técnica jurídica en las cortes supremas y tribunales constitucionales”. *La Ley* 2005-C, 989.

Vanossi, Jorge R. “Filosofía de los valores constitucionales, política institucional, y técnica jurídica, en las cortes supremas y tribunales constitucionales”. *La Ley* 2005-C, 989.

Vanossi, Jorge R. y Pablo A. Horvath. “El fallo ‘Baker v. Carr’ y la justiciabilidad de las cuestiones políticas”. *La Ley* 114: 984.

Vázquez Ferreira, Roberto A. “Cuantificación de los daños por mala praxis médica”. *La Ley* 2002-F, 1389.

Vázquez Vialard, Antonio. “El derecho a la salud en la convivencia familiar extramatrimonial”. *La Ley* 2002-C, 729.

Webster’s Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language. New York: Grammercy, 1989.

West, Robin. “The Aspirational Constitution”. *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 241.

White, G. Edward. “Revisiting James Bradley Thayer”. *Northwestern University Law Review* 88 (1993): 48.

Young, Ernest A. “Judicial activism and conservative politics”. *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 1239.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

### **Jurisprudencia**

CSJN, “Asoc. de Socios Argentinos de la O.T.I. c/ D.G.I.”, Fallos 324:920 (2001).

CSJN, “Bonfante, Alberto A. c/ Junta Nacional de Carnes”, Fallos 288:325 (1974).

CSJN, “Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, Fallos 319:3241 (1996).

CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 315: 1492 (1992).

CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba”, Fallos 323:2659 (2000).

CSJN, “Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.”, Fallos 330:5345 (2007).

CSJN, “Malenky, Rubén”, Fallos 264:364 (1966).

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:2316 (2006).

CSJN, “Mignone, Emilio F. s/ habeas corpus”, Fallos 325:524 (2002).

CSJN, “Rasspe Sohne, P. D. c/ Nación”, Fallos 249:51 (1961).

CSJN, “Samuel, Kot S.R.L.”, Fallos 241:291 (1958).

CSJN, “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean”, Fallos 308:2268 (1986).

CSJN, “Siri, Angel”, Fallos 239:459 (1957).

CSJN, “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 295:973 (1976).

Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Acuña, María Soledad c. GCBA s/ amparo”, 9/11/2007.

“Adkins v. Children’s Hospital of District of Columbia”, 261 U. S. 525 (1923).

“Baker v. Carr”, 369 U.S. 186 (1962).

“Brown v. Board of Education of Topeka”, 347 U. S. 483 (1954).

“Brown v. Board of Education of Topeka”, 349 U. S. 294 (1955).

“Carter v. Carter Coal Co.”, 298 U.S. 238 (1936).

“Colegrove v. Green”, 328 U. S. 549 (1946).

“Columbus Bd. of Education v. Penick”, 443 U. S. 449 (1979).

“Cooper v. Aron”, 358 U.S. 1 (1958).

“Daybon Bd. of Education v. Brinkman”, 443 U.S. 526 (1979).

- “Dred Scott v. Sandford”, 60 U.S. 393 (1857).
- “Hutto v. Finey”, 437 US. 638 (1978).
- “Lochner v. New York”, 198 U.S. 45 (1905).
- “MacPherson v. Buick Motor Co.”, 217 N.Y. 382, 111 NE 1050 (1916).
- “Marbury v. Madison”, 5 U.S. 137 (1803).
- “Milliken v. Bradley”, 418 U. S. 717 (1974)
- “Minersville Sch. Dist. v. Gobitis”, 310 U.S. 636 (1940).
- “Morehead v. New York ex. rel. Tipaldo”, 298 U.S. 587 (1936).
- “NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.”, 301 U.S. 1 (1937).
- “Plessy v. Ferguson”, 163 U.S. 537 (1896).
- “Plyler v. Doe”, 457 U.S. 202 (1982).
- “Roe v. Wade”, 410 U.S. 13 (1973).
- “Sugarman v. Dougall”, 413 U.S. 634 (1973).
- “United States v. Carolene Products Co.”, 304 U.S. 144 (1938).
- “West Coast Hotel Co. v. Parrish”, 300 U. S. 379 (1937).





## Cuando los derechos no son universales: el caso del voto de los extranjeros

*Mauro Benente y Camila Petrone\**

### Resumen

En el presente trabajo se realiza una descripción de las limitaciones que tienen los extranjeros para ejercer el sufragio. En particular se detallan, respecto de los Estados europeos, latinoamericanos y las provincias argentinas, los alcances del derecho a elegir cargos políticos que tienen quienes no tienen la nacionalidad del Estado en que residen. Asimismo, y desde un plano más conceptual, se inscribe el caso del derecho a elegir de los extranjeros, dentro del problemático solapamiento entre derechos ciudadanos y derechos del hombre, diagnosticado por Hannah Arendt y Giorgio Agamben.

### I. Introducción

El presente trabajo se divide en dos partes. La primera de ellas, de tipo descriptiva, consiste en realizar una reseña de los Estados tanto europeos como latinoamericanos que han reconocido a los extranjeros no nacionalizados el derecho de sufragio. Luego se realizará una similar descripción pero respecto de las provincias argentinas que también lo han reconocido. Además de dar cuenta de la nómina de países y provincias, se desarrollará muy brevemente las características del derecho a votar, que en general se encuentra limitado a elecciones locales, comunales, municipales, pero rara vez se extiende a las elecciones nacionales. Se intentará mostrar que, exceptuando algún caso particular, en aquellos Estados en los cuales se reconocen derechos electorales a los extranjeros no nacionalizados, se presentan fuertes limitaciones en comparación con quienes sí son ciudadanos.

En la segunda parte del trabajo, más bien teórica, se intentará sostener que las limitaciones a los derechos electorales de los extranjeros son un capítulo más de un

---

\* Mauro Benente es Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Doctorando en Derecho por la misma Universidad. Es becario doctoral del CONICET e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A. L. Gioja". Es director del Proyecto de Investigación DECyT (1207) "El derecho y el poder en y desde Michel Foucault". Además, es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad de Palermo y de la Universidad Nacional de José C. Paz.

Camila Petrone es estudiante de Abogacía (UBA). Se desempeña como ayudante alumna de "Derechos humanos y garantías constitucionales" y es integrante del Proyecto de Investigación DECyT (1207) "El derecho y el poder en y desde Michel Foucault".

diagnóstico efectuado por Hannah Arendt hace algo más de medio siglo y rescatado en la actualidad por Giorgio Agamben, según el cual, los derechos humanos, en principio universales, en la práctica quedan reducidos a derechos ciudadanos. Si bien las reflexiones de Arendt y de Agamben apuntan a la situación de los refugiados y apátridas, aquí se utilizarán para analizar las limitaciones al derecho de sufragio de los extranjeros.

## II. Los derechos electorales de los extranjeros

En el derecho comparado, desde hace unas cuatro décadas se percibe un lento pero a la vez continuo avance en el reconocimiento del derecho a voto a los extranjeros. En los Estados miembros de la Unión Europea hay un progresivo avance en la materia –impulsado tanto por normativa estadual cuanto comunitaria – y también se advierten avances en los Estados latinoamericanos. No obstante, y tal como veremos, el reconocimiento del derecho de sufragio está acompañado de limitaciones y diferencias respecto de la situación de los nacionales.

### A. La situación en Europa

En el continente europeo fue Irlanda el primer Estado que avanzó en el reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros, cuando la *Electoral Act* de 1973 permitió participar en las elecciones municipales a los mayores de 18 años que tuviesen una residencia habitual de más de seis meses. En el mismo orden de ideas, la *Electoral Act* de 1974 reconoció no solo el derecho de elegir sino de ser elegido, con los mismos requisitos que la normativa del año anterior, y también para los cargos municipales. Si bien este es el primer ejemplo, en la misma década de 1970 se pueden contemplar otros casos. De este modo, en 1975, Suecia reconoció a los extranjeros la posibilidad de participar como electores o como candidatos en las elecciones locales. Dinamarca, por su lado, con una ley sancionada el 18 de mayo de 1977 otorgó el derecho de sufragio en las elecciones locales a los nacionales de los demás Estados de la Unión Nórdica –Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia – y cuatro años más tarde, en 1981, mediante la ley 143 del 30 de marzo, el derecho fue ampliado a todos los residentes extranjeros. Por su lado, Noruega, en 1978, reconoció el derecho al voto de los ciudadanos de la Unión Nórdica para el caso de las elecciones Municipales y de los Consejos del Condado y, al igual que lo sucedido en el caso sueco, en 1983 extendió tal

derecho a todos los extranjeros. Para finalizar con los hitos de la década de 1970, es de destacar que en 1978, el cantón suizo de Jura otorgó a los extranjeros el derecho a sufragio en las elecciones locales<sup>1</sup>.

Mientras hacia las décadas de 1970 y 1980 la base normativa de la ampliación del derecho a voto a los extranjeros era estatal, a partir del decenio de 1990 varias disposiciones de la Unión Europea comenzaron a regular la temática. En el mismo año y mismo mes en que se rubricó el Tratado de Maastricht por el cual la Comunidad Económica Europea se transformó en Unión Europea,<sup>2</sup> el Consejo Europeo aprobó en Estrasburgo – el 5 de febrero de 1992 – la Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local que en su artículo 6 establece que “cada parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9.1 a conceder el derecho de voto activo y pasivo en las elecciones locales a todo extranjero residente, con tal de que este cumpla con los mismos requisitos legales que se aplican a los nacionales y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado en cuestión durante los cinco años anteriores a las elecciones” [traducción propia]<sup>3</sup>.

Continuando con las directivas a nivel comunitario, cabe recordar que esta convención fue complementada por dos directivas del Consejo de la Unión Europea: a) mediante la directiva 94/80/CE, del 19 de diciembre de 1994, se estipularon las modalidades del ejercicio del derecho pasivo y activo del sufragio de ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del cual no sean nacionales; b) dos años más tarde, con la directiva 96/30/CE, del 13 de mayo de 1996, se fijó el modo de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión residentes en Estados de los cuales no son nacionales, en esta oportunidad, para las elecciones del Parlamento Europeo.

Si bien en la actualidad solamente nueve Estados han ratificado la citada Convención, en el plano comunitario continúan los avances normativos. En este sentido, en diciembre del 2000, en la Cumbre de Niza, se aprobó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

---

<sup>1</sup> José Luis Lozano García, *Derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales* (Madrid: Escuela Diplomática, 1991).

<sup>2</sup> Un interesante abordaje sobre los cambios institucionales emergentes del Tratado de Maastricht puede verse en Mariana Vázquez, “Los procesos de formación institucional en el marco de la integración regional. Debates sobre la arquitectura institucional de la Unión Europea”, en *La argentina entre dos siglos. La política que viene*, ed. Julio Pinto (Buenos Aires: Eudeba, 2001).

<sup>3</sup> “Each Party undertakes, subject to the provisions of Article 9, paragraph 1, to grant to every foreign resident the right to vote and to stand for election in local authority elections, provided that he fulfills the same legal requirements as apply to nationals and furthermore has been a lawful and habitual resident in the State concerned for the 5 years preceding the elections.”

Europea que incluye interesantes disposiciones sobre la temática. Así, el artículo 37 estipula que “[t]odo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado” y el artículo 38 prescribe que “[t]odo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.”

Aun con las dificultades para ratificar la Convención, puede decirse que hay un lento avance en materia de reconocimiento de los derechos electorales de los extranjeros, y en la actualidad el panorama que presenta el continente europeo es el siguiente<sup>4</sup>:

- Bélgica: desde el año 2003 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros que acrediten 5 años de residencia.
- Dinamarca: desde el año 1977 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los nacionales de países escandinavos y desde 1981 se le concede a todos los extranjeros que acrediten 3 años de residencia.
- España: desde 1990 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros de origen noruego y en el 2007 el derecho se amplió a todos los extranjeros, sin requisitos de residencia mínima.
- Eslovaquia: desde el 2002 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros que acrediten una residencia de 10 años.
- Eslovenia: desde el año 2002 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros que acrediten 8 años de residencia.
- Estonia: desde 1996 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros que acrediten 5 años de residencia.
- Finlandia: desde 1981 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los nacionales de países escandinavos y desde 1991 a los extranjeros que acrediten 2 años de residencia.
- Holanda: desde 1985 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros que acrediten una residencia de 5 años.

---

<sup>4</sup> Datos extraídos de Mónica Méndez Lago, “Los derechos políticos de los inmigrantes” en *La condición inmigrante*, eds. Andrés Cánovas Pedreño y Manuel Hernández Pedreño (Murcia: Universidad de Murcia, 2005) y debidamente actualizados.

- 
- Irlanda: desde 1973 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros.
  - Hungría: desde 1990 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros.
  - Islandia: desde 1986 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros nacionales de países nórdicos que acrediten 3 años de residencia. En el 2002 el derecho se extendió a los restantes extranjeros que acrediten 5 años de residencia.
  - Lituania: desde el año 2002 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros que acrediten 5 años de residencia.
  - Luxemburgo: desde el año 2003 se concede, para las elecciones locales, el derecho a sufragio a los extranjeros que acrediten 5 años de residencia.
  - Noruega: desde 1978 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros nacionales de los países nórdicos que acrediten 3 años de residencia. En 1983, bajo las mismas condiciones de residencia, el derecho fue extendido a todos los extranjeros.
  - Portugal: desde 1970 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los nacionales brasileros que acrediten 2 años de residencia. En 1982 este derecho se extendió a los nacionales de Cabo Verde bajo las mismas condiciones y, en 1997, se extendió a los nacionales de Argentina, Perú, y Uruguay que acrediten 3 años de residencia.
  - Reino Unido: desde 1972 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los nacionales de Irlanda y los países miembros de la *Commonwealth*.
  - Suecia: desde 1975 se concede, para las elecciones locales, el derecho de sufragio a los extranjeros que acrediten 3 años de residencia.
  - Suiza: con importantes diferencias y no en todos los casos, los cantones conceden derecho a sufragio a los extranjeros.

## **B. La situación en América Latina<sup>5</sup>**

En el caso latinoamericano no hay disposiciones a nivel comunitario porque los procesos de integración regional difieren notablemente del caso europeo, pero sí hay disposiciones a nivel estadual y, como nota a ser especialmente destacada, puede decirse que el reconocimiento del derecho de sufragio por parte de la República Oriental del Uruguay, aunque bastante restringido, antecede en seis años a la regulación irlandesa.

En la actualidad el panorama de los Estados latinoamericanos que brindan algún reconocimiento del derecho a votar de los extranjeros, es el siguiente:

- Argentina: los extranjeros no están facultados para votar en las elecciones nacionales; excepto la provincia de Formosa, todos los Estados provinciales reconocen a los extranjeros alguna modalidad de derecho a elegir.
- Brasil: a partir de un convenio de reciprocidad con Portugal, los ciudadanos portugueses con una residencia mayor a tres años están facultados para votar en las elecciones presidenciales.
- Chile: el artículo 80 de la Constitución y el artículo 60 de la Ley Constitucional Orgánica sobre Voto Popular y Escrutinio, facultan a los extranjeros con cinco años de residencia a votar en todas las elecciones del país.
- Colombia: el artículo 100 de la Constitución de 1991 y la ley 1070 del 2006, facultan a los extranjeros con más de 5 años de residencia a votar en las elecciones y consultas municipales y distritales.
- Ecuador: el art. 63 de la Constitución, aprobada en 2008 en referéndum, faculta a los extranjeros que acrediten una residencia mayor a cinco años a votar en las elecciones a todos los cargos.
- Paraguay: el art. 120 de la Constitución, sancionada en 1992, faculta a los extranjeros con residencia definitiva a votar en las elecciones municipales.
- Uruguay: el artículo 78 de la Constitución de 1967 (reformada en varias oportunidades, la última en 2004) faculta a los extranjeros que acrediten más de 15

---

<sup>5</sup> Gran parte de los datos desarrollados en este subtítulo fueron extraídos de Gustavo Ernesto Emmerich y Ximoara Perez Torres, “Sufragio transnacional. Experiencias latinoamericanas de voto desde el exterior y voto de los extranjeros”, en *La transnacionalización. Enfoques teóricos y empíricos*, coords. Gustavo Ernesto Emmerich y Ludger Pries (Quito: Porrúa, 1991), 155-164 y debidamente contrastados con la normativa.

años de residencia, una familia, capital o propiedad en el país, a votar en las elecciones a todos los cargos.

- Venezuela: el artículo 64 de la Constitución, sancionada en 1999, faculta a los extranjeros que acrediten más de diez años de residencia en el país a votar en las elecciones municipales, parroquiales y estatales. No obstante, a modo de antecedente –aunque algo confuso – es de destacar que una enmienda introducida en 1983 a la Constitución de 1961, había estipulado que “el voto sea extensivo a los extranjeros en las elecciones municipales, dependiendo de las condiciones de residencia y otras que la ley establezca”.

Tal como se advierte, en el caso latinoamericano, a pesar de su notablemente más generosa política de recepción de inmigrantes, incluso teniendo fronteras más permeables que los Estados europeos, se presenta una muy similar restricción a los derechos electorales de los extranjeros. De todos modos, antes de avanzar sobre un plano conceptual, narrada muy brevemente la situación en América Latina, vale realizar una breve referencia al caso argentino.

### **C. La situación en Argentina**

Para las elecciones de autoridades nacionales – esto es Presidente y Vicepresidente, Diputados y Senadores Nacionales –, en la Argentina no existe reconocimiento de los derechos electorales de los extranjeros, aunque sí merecen ser subrayadas algunas iniciativas políticas y proyectos presentados. En esta línea debe destacarse que en 1997 el Gabinete de Oposición del Comité Nacional la Unión Cívica Radical, elaboró una plataforma política en la cual se incluía el voto de los extranjeros a nivel nacional.<sup>6</sup> Al año siguiente, el 10 de marzo de 1998, el Diputado Jorge T. Pérez (Bloque del Partido Justicialista) presentó un proyecto (Expediente 0508-D-1998, reproducido por el 0391-D-2000) en el que se consagraba el derecho a voto a los extranjeros. La particularidad del proyecto es que el sufragio se contemplaba como obligatorio.

En los últimos tiempos se han presentado algunos otros proyectos de ley tendientes a otorgar el derecho de sufragio a los extranjeros residentes. Las iniciativas fueron presentadas

---

<sup>6</sup> Juan Antonio Travieso y Miguel Danielián, *Derecho electoral y partidos políticos* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999), 191.

por: el diputado Gerónimo Vargas Aignasse (Bloque del Frente para la Victoria) el 23 de abril de 2009 (Expediente 1884-D-2009 y dos años más tarde, sin ser formalmente una reproducción, 3121-D-2011), el diputado Hugo Nelson Prieto (Bloque de la Concertación), el 30 de abril de 2009 (Expediente 2119-D-2009, reproducido por el 1017-D-2011), la diputada Ivana María Bianchi (Bloque del Frente Justicia Unión y Libertad en 2009, posteriormente del Bloque del Peronismo Federal) el 5 de mayo de 2009 (Expediente 2148-D-2009, reproducido por el 0560-D-2011). Asimismo, cuentan con estado parlamentario el proyecto presentado por Gladys Beatriz Soto (Bloque del Frente para la Victoria), el 18 de abril de 2013 (Expte. 2195-D-2013). Finalmente, es de destacar que en el año 2012 el senador Aníbal Fernández presentó un proyecto de ley (Expte. 2290/12), que contemplaba la extensión del sufragio a los mayores de 16 años y a los extranjeros residentes. El proyecto fue finalmente aprobado, pero en el dictamen de comisión no incluyó la extensión del derecho a sufragar a los extranjeros.

No obstante, dado que la Argentina es un Estado federal, en virtud de los artículos 5 y 121 de la Constitución Nacional, las provincias se encuentran facultadas para regular el modo de elección de sus autoridades y, en ejercicio de esta facultad, a excepción de la provincia de Formosa, todas ellas reconocen algún tipo de participación de los extranjeros en las elecciones provinciales. La primera provincia en consagrar el derecho a voto de los extranjeros fue Buenos Aires en el año 1995 a través de la ley 11.700, sancionada el 26 de octubre de 1995 y la última en hacerlo –y a la espera del caso formoseño- fue la provincia de La Rioja (ley 8.212, sancionada en noviembre de 2007). En todas las regulaciones provinciales se contempla algún tiempo de residencia mínima, pero en las provincias de Córdoba, Chubut, Entre Ríos, Misiones, Santa Fe y Santa Cruz, se incluye también algún otro tipo de requisito que en general se relaciona con estar casado con un argentino, tener hijos argentinos, ejercer alguna industria lícita, no adeudar tributos al fisco provincial, entre otros. Asimismo, en algunos ordenamientos como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la residencia requerida es la “residencia permanente”.

De acuerdo con todas las regulaciones provinciales, es menester que los extranjeros que deseen ejercer su derecho de elegir se inscriban en un padrón especial y es de destacar que si bien la inscripción en todos los casos es facultativa, en algunos ordenamientos legales como los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la provincia de Buenos Aires y Mendoza los extranjeros que se inscriben tienen la obligación de votar. No solamente existe una notable



distinción entre nacionales y extranjeros porque a estos últimos se les exige anotarse en un padrón, con las molestias –y en algunos casos dificultades- que ello genera, sino que en lo que refiere a las autoridades que están facultados para elegir, solamente la provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Rioja y Córdoba, facultan la elección de Gobernadores y Legisladores provinciales, siendo que en las restantes provincias el derecho a elegir se encuentra limitado a autoridades municipales y/o comunales. Ahora bien en la Argentina viven algo más de un millón ochocientas mil personas nacidas en el exterior, distribuidas geográficamente de acuerdo con el siguiente cuadro:

*Población por lugar de nacimiento, según provincia, Censo 2010.*

San Luis	432.310	426.754	5.556
Santa Cruz	273.964	247.923	26.041
Santa Fe	3.194.537	3.157.105	37.432
Santiago del Estero	874.006	871.122	2.884
Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	127.205	115.906	11.299
Tucumán	1.448.188	1.439.995	8.193
Córdoba	3.308.876	3.258.388	50.488
Corrientes	922.595	914.949	7.646
Entre Ríos	1.235.994	1.225.601	10.393
Formosa	530.162	509.042	21.120
Jujuy	673.307	643.736	29.571
La Pampa	318.951	315.504	3.447
La Rioja	333.642	330.436	3.206
Mendoza	1.738.929	1.673.310	65.619
Misiones	1.101.593	1.057.581	44.012
Neuquén	551.266	519.611	31.655
Río Negro	638.645	591.391	47.254
Salta	1.214.441	1.186.309	28.132
San Juan	681.055	675.034	6.021

De acuerdo con los datos del mismo censo, de esos 1.805.957 extranjeros, 1.665.645 tienen más de catorce años, por lo que podría sospecharse que entre un millón y un millón y medio de extranjeros estarían facultados para votar en las elecciones provinciales, aunque tal como se advierte en el cuadro que sigue – que ha sido reconstruido con numerosas dificultades y por ello no cuenta con los inexistentes datos de varias de las provincias –, el

nivel de participación es notablemente bajo. Para tomar un caso especialmente emblemático, en la provincia de Buenos Aires – donde los extranjeros pueden votar a cargos provinciales –, viven algo más de 941.941 extranjeros, cualquiera sea el número de quienes tengan más 18 años, es especialmente notable que en la elección del 2009 solamente votaran 25.436.

*Voto de Extranjeros Residentes en Argentina*

Provincia	Año	Tipo de elección	Registrados	Votantes	% participación
Capital	2011	Jefe de Gobierno	11.807	S/D	
Federal	2007	Jefe de Gobierno	10.279 <sup>7</sup>	3924 <sup>8</sup>	38,35
Provincia de	2011	Diputados y Senadores	339.803 <sup>9</sup>	S/D	
Buenos Aires	2009	Diputados y Senadores	272.494 <sup>10</sup>	25.436 <sup>11</sup>	9,33
Chaco	2011	Elecciones Locales	1625 <sup>12</sup>	S/D	
Jujuy	2011	Elecciones locales	S/D	1.513 <sup>13</sup>	
Misiones	2011	Elecciones locales	S/D	11.091 <sup>14</sup>	
Neuquén	2011	Elecciones locales	S/D	5.102 <sup>15</sup>	
Río Negro	2011	Elecciones locales	S/D	253	
Salta	2011	Elecciones locales	5.846	1.867	31,95
Santa Fe	2011	Legisladores	896	449	49,99

#### D. Balance

A partir de esta reseña, puede advertirse que en los últimos cuarenta años, y con una fuerte intensificación a partir de la década de 1990, se ha producido cierto avance en el reconocimiento de derechos electorales de los extranjeros. No obstante se trata de un avance limitado puesto que en la mayor parte de los casos se encuentra acotado al derecho a elegir, pero no se contempla con la misma intensidad el derecho a ser elegido. Asimismo, generalmente varios años de residencia legal se erigen como requisito para acceder al derecho a voto, algo que de ningún modo se exige para los ciudadanos. Finalmente, con algunas excepciones como las de Nueva Zelanda, Ecuador, Uruguay, Chile y Malawi que reconocen el derecho a elegir todas las autoridades, usualmente el derecho se circunscribe a elecciones locales. Este reconocimiento limitado, pues, distingue, sigue discriminando, entre nacionales y extranjeros, pero también y aunque no ha sido objeto de desarrollo, entre extranjeros legales e ilegales.

Como destaca Méndez Lago “en la mayor parte de los Estados y, a diferencia de otros derechos civiles, económicos o sociales, el derecho de voto y de ser elegido ha permanecido asociado al requisito de nacionalidad, según el cual solo las personas que ostentan

nacionalidad de un Estado forman parte de su comunidad política y tienen derecho a tomar parte en las decisiones públicas a través del voto.”<sup>7</sup>. En el mismo sentido, Ramiro Avilés concuerda en que “es cierto que la nómina de los derechos del hombre ha ido aumentando progresivamente y que la de los derechos asociados a la ciudadanía ha ido adelgazando pero mantiene un núcleo duro, resistente, que ha de intentar ahondarse para hacer hueco a esta reivindicación. Este núcleo duro lo constituye el criterio de la nacionalidad [...] el fenómeno de la globalización ha supuesto un giro copernicano en los conceptos que manejamos en la Filosofía Política para comprender nuestra realidad política y jurídica. El carácter *esencialmente controvertido* de los conceptos debe rescatarse para cuestionar ese paradigma construido en torno a la unión indivisible entre derecho de sufragio activo y nacionalidad”<sup>8</sup>.

Por otro lado, es de destacar que estas limitaciones deben articularse, o más bien confrontarse, con aquello que representa su contracara: la posibilidad que los nacionales de un Estado voten aun cuando no residan en su territorio. Es así que al menos 111 países permiten, a través del sufragio personal, postal, por poder, etc., el voto de los nacionales en el exterior, en general para las elecciones Presidenciales y/o Legislativas Nacionales<sup>9</sup>. Del mismo modo, a partir de la posesión de dobles ciudadanía por razones filiatorias, hasta es posible que ciudadanos de un Estado que ni siquiera visitaron, voten en las elecciones nacionales. Incluso algunos Estados –es el caso de Argelia, Cabo Verde, Colombia, Croacia, Ecuador, Francia, Italia, Mozambique y Portugal- reservan escaños en sus Parlamentos para representantes de los nacionales residentes en el extranjero. Argentina no es una excepción a esta extraña regla puesto que a la vez que está negada la posibilidad de los extranjeros residentes a votar en las elecciones nacionales, la ley 24.007, sancionada el 9 octubre de 1991, estipula el voto facultativo, con previa inscripción en las embajadas o consulados, de los ciudadanos residentes en el exterior, quienes pueden elegir a las autoridades correspondientes a su último domicilio en Argentina. Se encuentran facultados para elegir los cargos correspondientes tanto al Poder Ejecutivo cuanto al Poder Legislativo Nacional y

---

<sup>7</sup> Méndez Lago, “Los derechos políticos de los inmigrantes”, 126.

<sup>8</sup> Miguel Ramiro Avilés, “El derecho a voto de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* n°12 (2005).

<sup>9</sup> Carlos Navarro et al., “Panorama comparado del voto en el extranjero” en *Voto en el extranjero. El manual de IDEA Internacional*, A.A. V.V. (México DF: Instituto Federal Electoral de México, 2008).

en las últimas elecciones generales –año 2011- votaron 7649 residentes en el exterior.<sup>10</sup> Esto se torna paradójico si pensamos que los países mencionados, incluyendo a Argentina, permiten el voto de los nacionales residentes en el exterior aún si estos jamás han pisado el territorio del país. Este es el caso, por ejemplo, de los ciudadanos con doble nacionalidad que, quizás, nunca han dejado el territorio del país en el que viven, y cuentan con una ciudadanía extranjera en razón de ser hijos o nietos de inmigrantes, lo que les confiere derecho a votar en el país del cual se trate.

De algún modo, lo que presenta en la actualidad el caso de los extranjeros que no tienen derecho a voto o que tienen un limitado derecho a elegir, es decir esta limitación a un derecho que parecería enunciarse como universal, había sido diagnosticado, con algunas diferencias que radican en ciertas particularidades históricas, por Hannah Arendt hace más de medio siglo.

### III. Hannah Arendt. Derechos Humanos y derechos ciudadanos

Hannah Arendt debió escapar del régimen nazi en 1933, y tras pasar por Karlovy Vary, Génova y Ginebra se estableció en la ciudad de París. En 1937 el régimen nazi le quitó su nacionalidad y hacia 1941 debió abandonar Francia, aunque afortunadamente pudo incluir dentro de su equipaje la *Tesis sobre filosofía de la historia* de Walter Benjamin, que finalmente, y ya en los Estados Unidos, fueron entregadas a Theodor Adorno. Luego de una breve estadía en Lisboa, se radicó finalmente en la ciudad de Nueva York. En los Estados Unidos, Arendt escribió dos interesantes trabajos sobre la temática de los refugiados y los apátridas, asunto desde los cuales proyecta su crítica, su manto de sospecha, sobre los derechos del hombre. El primero, “We the refugees” –“Nosotros los refugiados” – data de enero de 1943. Escrito a muy poco de su llegada al país, el artículo fue publicado en una revista judía de lengua inglesa llamada *The Menorah Journal*. El segundo trabajo corresponde al Capítulo IX del segundo volumen de *Los orígenes del totalitarismo – Imperialismo –*, capítulo titulado “La decadencia del Estado-Nación y el final de los derechos del hombre”, cuya primera edición data de 1951, año en que finalmente logró adoptar la nacionalidad estadounidense tras ser, durante 14 años, una apátrida.

---

<sup>10</sup> “Las Elecciones Generales 2011. Las elecciones en números”, Poder Judicial de la Nación, disponible en [http://www.pjn.gov.ar/02\\_Central/ViewDoc.Asp?Doc=51912&CI=INDEX100](http://www.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=51912&CI=INDEX100) (consultado por última vez el 24 de octubre de 2010).

Si bien los trabajos de Arendt no aluden a la situación del voto de los extranjeros, ni tampoco refieren a la situación genérica de los extranjeros, sino que hacen foco en dos situaciones particulares como la de los refugiados y los apátridas, de este análisis circunscripto pueden extraerse algunas reflexiones teóricas que, con algunos ajustes y cuidados, podrían resultar útiles para reflexionar sobre la situación de residentes de un Estado que por cuestión de pasaporte o de partidas de nacimiento, no pueden votar.

El primero de los trabajos es un escrito que podríamos denominar testimonial, escrito en primera y en tercera persona, que intenta dar cuenta de experiencias comunes de emigrados judíos de la Alemania nazi. Narrado con una poderosa carga emotiva, se trata de un testimonio de quienes como ella rehusaban autodenominarse como *refugiados* y preferían la referencia de *recién llegados* o *inmigrantes*.<sup>11</sup> De estas líneas, en apretada síntesis, puede afirmarse que no son otra cosa que una descripción del infierno que acosaba a quienes escapaban del nacionalsocialismo, un infierno “que ya no es una creencia religiosa ni una fantasía, sino algo tan real como las cosas, las piedras y los árboles”<sup>12</sup>.

Dentro de esta narración testimonial, vale destacar que ya aparece un atisbo de aquello que será profundizado ocho años más tarde en el citado capítulo de *Los orígenes del totalitarismo*, y que refiere a la desprotección legal que los judíos sufrían al emigrar. En este sentido, la autora narra que “[s]i empezáramos contando la verdad de que no somos más que judíos, ello significaría exponernos al destino de los seres humanos que, desprotegidos por la ley o convención política específica, no son nada más que seres humanos”<sup>13</sup>, para luego afirmar que “los pasaportes o los certificados de nacimiento, y a veces incluso los recibos del impuesto sobre la renta, ya no son papeles oficiales sino cuestiones de distinción social”<sup>14</sup>. Años más tarde, y retomado algunos de estos vestigios, Arendt profundizará sus reflexiones sobre la temática. Indagará, ya con más herramientas teóricas, el peso de algo tan liviano como un certificado de nacimiento.

En *Los Orígenes del totalitarismo*, antes de analizar la situación de los apátridas y refugiados, Arendt afirma que la emergencia de los tratados sobre protección de minorías étnicas y/o nacionales celebrados con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se erigía

---

<sup>11</sup> Hannah Arendt, “We, refugees”, en *Altogether Elsewhere. Writers on Exile*, ed. Mark Robinson (Boston: Faber and Faber, 1994), 110.

<sup>12</sup> Arendt, “We, refugees”, 111.

<sup>13</sup> Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (Cleveland: Meridian Books, 1962).

<sup>14</sup> Arendt, *The Origins*, 119.

como una muestra clara de lo que otrora no era más que un indicio, una huella, algo que solamente estaba implícito: solo los nacionales podían ser ciudadanos y solo estos podían gozar de una completa protección legal. En los mismos tratados de minorías se contempla que la protección de los no-nacionales no sería una obligación de los Estados-Nación, sino de la recientemente creada Sociedad de Naciones.<sup>15</sup>

La descripción de Arendt se intensifica, en profundidad pero también en contenido dramático, cuando sus desarrollos se trasladan del análisis de la situación de las minorías, hacia la problemática de los refugiados y apátridas, momento en el cual los derechos supuestamente *inalienables* mostraban a todas luces que solo podían ser disfrutados por los ciudadanos de las naciones más prosperas. Arendt muestra, pues, que en los Estados totalitarios la desnacionalización se convirtió en un arma sumamente eficaz, eficacia posibilitada, paradójicamente, no solo por la práctica de los totalitarismos sino también por la incapacidad de los Estados-Nación europeos de dar protección legal a quienes no eran nacionales – máxime cuando el derecho de asilo comenzó, poco a poco, a ser abolido.<sup>16</sup> En este orden de ideas afirma que “[n]inguna paradoja de la política contemporánea está cargada de una ironía tan patética como la discrepancia entre los esfuerzos de idealistas bien intencionados que insistieron tenazmente en considerar como «inalienables» aquellos derechos humanos, que eran disfrutados solamente por los ciudadanos de los países más prósperos y civilizados, y la situación de quienes carecían de tales derechos”<sup>17</sup>, para luego sentenciar con una poderosa y escalofriante descripción sobre la situación de los apátridas, cuya “situación se deterioró intensamente, hasta que el campo de internamiento –que antes de la Segunda Guerra Mundial era la excepción más que la norma para los apátridas– se transformó en la solución de rutina para el problema del domicilio de las «personas desplazadas»”<sup>18</sup>. Los apátridas y refugiados eran una denuncia viva, una falla materializada

---

<sup>15</sup> Arendt, *The Origins*, 272-275.

<sup>16</sup> Así se lee que “[a]quellos a quienes el perseguidor había individualizado como la escoria de la Tierra – judíos, trotskistas, etc. – fueron recibidos en todas partes como escoria de la Tierra; aquellos a quienes la persecución había calificado de indeseables, se transformaron en los *indésirables* [indeseables] de Europa” (Arendt, *The Origins*, 269). Asimismo, Arendt destaca cierta expansión en el arma de la desnacionalización, a tal punto que en los Estados Unidos, un Estado de ningún modo calificable como totalitario a los ojos de Arendt, si consideraba seriamente la posibilidad de quitar la nacionalidad a los estadounidenses comunistas (Arendt, *The Origins*, 279).

<sup>17</sup> Arendt, *The Origins*, 279.

<sup>18</sup> Arendt profundiza aún más y muestra que “[I]ncluso la terminología aplicada a los apátridas se deterioró. El término «apátrida» reconocía al menos el hecho de que estas personas habían perdido la protección de sus gobiernos y requerían acuerdos internacionales para la salvaguarda de su *status* legal. El término de

en sufrimiento, de un discurso que hacía alusión a la universalidad de los derechos humanos, pero que solo funcionaban como derechos ciudadanos. Cuando los derechos humanos fueron puestos a prueba, cuando debieron aplicarse a los apátridas, a aquellos que ya no tenían otro atributo que su sola pertenencia a la humanidad, los derechos humanos quedaron reducidos a los derechos ciudadanos.<sup>19</sup>

De aquello que Arendt intenta dar cuenta, a partir del tratamiento de la situación de las minorías, pero por sobre todo atendiendo al escándalo de los refugiados y apátridas, es que mientras los derechos del hombre se habían consagrado como inalienables e independientes de todo gobierno, realmente no parecían revestir tales atributos.<sup>20</sup> Para la autora alemana, pues “[l]os derechos del hombre, supuestamente inalienables, demostraron ser inaplicables [*unenforceable*] – incluso en países cuyas constituciones estaban basados en ellos- allí donde aparecían personas que no eran ciudadanas de ningún Estado soberano”<sup>21</sup>. El escándalo que implica la situación de los fuera de la ley no es la privación de su felicidad, ni de la igualdad ante la ley, sino su situación de no-pertenencia a la comunidad. Es así que “[s]u situación no es la de no ser iguales ante la ley, sino que no existe ley para ellos”<sup>22</sup>. Sin dudas que el relato histórico que realiza Arendt resulta sumamente importante, pero sus líneas no construyen solamente un relato con pretensiones empíricas, sino que también intentan delinear una manifestación de principios. De acuerdo con lo expuesto por Etienne Balibar en el marco del coloquio “Hidden Tradition – Untimely Actuality?”, celebrado en ocasión de la conmemoración de los 100 años del nacimiento de Arendt, lo potente de los postulados de nuestra autora radica en que “no equivale únicamente a afirmar que a nivel de los «principios» o del ideal moral de los derechos humanos restan concebibles como el fundamento de los derechos del ciudadano, cuya evolución los contradice de facto. El sentido

---

postguerra «personas desplazadas» fue inventado durante la guerra con el propósito expreso de liquidar de una vez y para siempre el estado de apátrida, ignorando su existencia” (Arendt, *The Origins*, 279).

<sup>19</sup> Anne Amiel, *Hannah Arendt. Política y acontecimiento*, trad. de R. Paredes (Buenos Aires: Nueva Visión, 2000), 28.

<sup>20</sup> Arendt, *The Origins*, 290-293. Es así que Arendt postula que “[l]a completa implicación de esta identificación de los derechos del hombre con los derechos de los pueblos en el sistema europeo del Estado-Nación surgió a la luz únicamente cuando aparecieron repentinamente un creciente número de personas y de pueblos cuyos derechos elementales se hallaban tan poco salvaguardados por el funcionamiento ordinario de los Estados-Nación en el centro de Europa, como lo habrían sido en el corazón de África. Los Derechos del Hombre, después de todo, habían sido definidos como «inalienables» porque se suponía que eran independientes de todos los gobiernos: pero resultó que, al momento en que los seres humanos carecían de su propio gobierno y tenían que recurrir a sus mínimos derechos, no quedaba ninguna autoridad para protegerlos ni ninguna institución estaba dispuesta a garantizarlos” (Arendt, *The Origins*, 291-292).

<sup>21</sup> Arendt, *The Origins*, 293.

<sup>22</sup> Arendt, *The Origins*, 296.

de la argumentación es exactamente el inverso, y es por ello que parece una provocación (un poco a la manera en que las argumentaciones *sofísticas* aparecían para los antiguos como provocaciones a la razón y la tradición): si la abolición de los derechos del ciudadano significa también la destrucción de los derechos del hombre, es porque en realidad los segundos reposan sobre los primeros y no a la inversa”<sup>23</sup>. Este reposo de los derechos del hombre sobre los derechos ciudadanos parece confirmarse cuando casi al final del citado capítulo IX, Arendt sugiere que “no solamente la pérdida de los derechos nacionales en todos los casos también entrañó la pérdida de los derechos humanos; la restauración de los derechos humanos, como lo prueba el reciente ejemplo del Estado de Israel, solo ha sido lograda hasta ahora a través de la restauración o el establecimiento de los derechos nacionales”<sup>24</sup>.

Esta apoyatura de los derechos humanos sobre los derechos ciudadanos, que Arendt advertía en sus reflexiones sobre la trágica situación de los refugiados y apátridas se presenta en la actualidad para los extranjeros que no pueden votar sea porque no cuentan con sus papeles, sea porque el Estado en el cual habitan no reconoce el derecho a elegir autoridades, sea porque solo los reconoce parcialmente. Así como el pasaporte o la partida de nacimiento se erigían como la puerta de ingreso al mundo de los derechos, para el acceso al voto, y mucho más para el acceso a los cargos públicos, estos meros papeles continúan siendo poderosas llaves para abrir puertas y por ello mismo, también para clausurarlas. Las cuestiones mencionadas llevan a suponer que la posesión de documentos como pasaportes o partidas de nacimiento constituiría un privilegio del que no todos pueden gozar cuando, en realidad, los diferentes Estados deberían promover los trámites para la obtención de la documentación de sus ciudadanos sin mayores complicaciones para poder lograr, así, una situación de igualdad y evitar la existencia de personas que no son, en términos legales, ciudadanos de ningún lugar.

#### **IV. La mirada de Giorgio Agamben**

El filósofo contemporáneo Giorgio Agamben ha recuperado las reflexiones de Hannah Arendt sobre la temática de los refugiados y los derechos del hombre en dos oportunidades. La primera se trata de un artículo titulado “Más allá de los derechos del hombre”, publicado

<sup>23</sup> Etienne Balibar, “La impolítica de los derechos humanos. Arendt. El derecho a tener derechos y la desobediencia cívica”, trad. de D. Sarkys Fernández, *Revista Erytheis* n°2 (2007), 92.

<sup>24</sup> Arendt, *The Origins*, 299.



en el periódico francés *Libération* del 9-10 de junio de 1993 y luego incluido en la compilación *Medios sin fin*, publicada en 1996. La segunda refiere al capítulo segundo – titulado “Los derechos del hombre y la biopolítica – de la parte tercera del libro *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, aparecido en 1995.<sup>25</sup> Agamben rescata el modo en que Arendt muestra que el refugiado, que debiera haber encarnado la figura central de los derechos del hombre, muy por el contrario, no ha implicado más que su decadencia puesto que los pretendidos derechos sagrados e inalienables habían perdido toda exigibilidad cuando no habían logrado configurarse como derechos ciudadanos. Es a partir de la silueta del refugiado – quizás podría afirmarse que Arendt había trabajado con mayor detalle la situación de los apátridas que la del refugiado- que Agamben soplará acarreado nubes tormentosas sobre la entidad de los derechos del hombre. Siguiendo la línea de la autora alemana, y quizás radicalizando el trazo de la argumentación, al decir de Agamben, el apoyo de derechos humanos sobre los derechos ciudadanos, parece implícita en la propia declaración de 1789: “*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, donde no está claro si los dos términos sirven para denominar dos realidades autónomas o forman un sistema unitario, en el que primero está ya siempre contenido en el segundo y oculto por él; y, en este último caso, qué tipo de relaciones mantienen entre ellos. La *boutade* [broma] de Burke, que a los derechos inalienables del hombre declaraba preferir con mucho sus «derechos de inglés» (*Rights of an Englishman*) adquiere en esta perspectiva una insospechada profundidad”<sup>26</sup>.

Ya en clave biopolítica, para Agamben es menester dejar de concebir a las declaraciones de derechos como proclamaciones de valores metajurídicos para comenzar a analizar su papel histórico en la constitución de los Estados-Nación. “Las declaraciones de derechos representan la figura originaria de la inscripción de la vida natural en el orden jurídico-político del Estado-Nación. Esa nuda vida natural que, en el Antiguo Régimen, era políticamente indiferente y pertenecía, en tanto que vida creatural, a Dios, y en el mundo clásico se distinguía claramente –al menos en apariencia- en su condición de *zoé* de la vida

<sup>25</sup> También hay una muy breve referencia los desarrollos de Arendt en un breve artículo titulado “Política del exilio”, (Hannah Arendt, “Política del exilio”, *Archipiélago* número 26 y 27 (1996): 41). Sobre el modo en que el autor italiano se asienta – no exclusivamente en esta temática – en la obra de Arendt, véase Marco Marsá Díaz , “De la nuda vida como forma de vida o de la aporía de la política moderna”, *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, UNED, Madrid, n.º 22 (2007): 241-278, y Graciela Brunet, “Giorgio Agamben, lector de Hannah Arendt”, *Konvergencias. Filosofías y Culturas en diálogo* (2007).

<sup>26</sup> Giorgio Agamben, “Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida”, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, en *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Giorgio Agamben (Valencia: Ed. Pre-textos, 1998).

política (*bíos*), pasa ahora al primer plano de la estructura del Estado y se convierte en el fundamento terreno de su legitimidad y de su soberanía. Un simple examen del texto de la declaración de 1789 muestra, en efecto, que es propiamente la vida natural, es decir el puro hecho del nacimiento, lo que se presenta aquí como fuente portadora del derecho”<sup>27</sup>.

Volviendo a la temática de los refugiados, y en la misma línea que Arendt, Agamben sugiere que “[l]a paradoja que está aquí en precisamente la figura –el refugiado- que habría debido encarnar por excelencia los derechos del hombre, marca por el contrario la crisis radical de este concepto”<sup>28</sup>. Si bien los trabajos de Arendt tienen más de medio siglo, y sus análisis se remontan a procesos iniciados en el marco de la Primera Guerra Mundial, Agamben dota a sus reflexiones de total actualidad mostrando que “los Estados industrializados tienen ahora una *masa residente estable de no-ciudadanos*, que no pueden ni quieren ser desnaturalizados ni repatriados. Estos no ciudadanos tienen con frecuencia una nacionalidad de origen, pero, al preferir no disfrutar de la protección de su Estado, se encuentran como los refugiados en una condición de «apátridas de hecho». T. Hammar ha propuesto utilizar para estos residentes no ciudadanos el término de *denizens*, que tiene la virtud de mostrar que *citizen* es un concepto ya inadecuado para describir la realidad política-social de los Estados modernos. Por otra parte, los ciudadanos de los Estados industriales avanzados (tanto en Estados Unidos como en Europa) manifiestan, por medio de su creciente deserción con respecto a las instancias codificadas de la participación política, una propensión evidente a transformarse en *denizens*, en residentes estables no ciudadanos; de modo que ciudadanos y *denizens* están entrando, por lo menos en ciertos sectores sociales, en una zona de indiferenciación potencial”<sup>29</sup>.

## V. Notas finales

Muchos Estados europeos y latinoamericanos, en los últimos cuarenta años, han avanzado en políticas tendientes a reducir las distancias entre nacionales y extranjeros en lo relativo al derecho al sufragio, aunque es menester remarcar que mantienen poderosas diferencias en lo relativo a los requisitos de residencia y en los cargos a elegir, a la vez que

<sup>27</sup> Agamben, “Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida”, 161-162.

<sup>28</sup> Giorgio Agamben, “Más allá de los derechos del hombre”, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, en *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Giorgio Agamben (Valencia: Ed. Pre-textos, 2001), 25.

<sup>29</sup> Agamben, “Más allá de los derechos del hombre”, 28.

son muy limitados los avances en la posibilidad de que sean elegidos. En el caso de la Argentina, la estrategia de gran parte de las provincias ha sido la misma: conceder el derecho a sufragio, en la mayoría de los casos limitado únicamente a elecciones municipales, incluyendo requisitos de residencia y hasta de estar casado o casada con un argentino/a, tener los impuestos al día, etc. Por otro lado, esta situación suele estar acompañada por su contracara: nacionales que residiendo en el exterior facultados para elegir autoridades de su país de origen, de un Estado que emite normas que no se le aplican.

A pesar de que en un primer vistazo, pueda resultar interesante profundizar este camino de acotamiento de distancias entre nacionales y extranjeros, quizás desde una perspectiva más cercana al pensamiento de Arendt o de Agamben, la estrategia no sea asimilar a los nacionales con los extranjeros, a los ciudadanos con los no-ciudadanos. Muy por el contrario, tal vez la estrategia más radical sea erradicar aquello que Arendt denunciaba hace más de medio siglo y que Agamben recupera y redefine en la actualidad. El sendero a trazar quizás sea no tanto el de asimilar los derechos de quienes tengan diferentes –o ninguna partida de nacimiento- sino de abandonar la idea misma que vincula una partida de nacimiento con un Estado para que la situación de este con sus habitantes se articule de modos bien distintos. Tal vez la estrategia más interesante sea no la de igualar los derechos de los nacionales y los extranjeros, sino la de dejar de lado la idea misma de nacionalidad y, con tal abandono, la idea de extranjero.

## VI. Bibliografía citada

- Agamben, Giorgio. “Más allá de los derechos del hombre”. Trad. de Antonio Gimeno Cuspinera). En *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Giorgio Agamben. Valencia: Ed. Pre-textos, 2001.
- Agamben, Giorgio. “Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida”. Trad. de Antonio Gimeno Cuspinera. En *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Giorgio Agamben. Valencia: Ed. Pre-textos, 1998.
- Agamben, Giorgio. “Política del exilio”. Trad. de Dante Bernardi. *Revista Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura* n° 26-27, Barcelona (1996).
- Amiel, Anne. *Hannah Arendt. Política y acontecimiento*. Trad. de R. Paredes. Buenos Aires: Nueva Visión, 2000.

- Arendt, Hannah. "We, refugees". En *Altogether Elsewhere. Writers on Exile*, editado por Mark Roninson. Boston: Faber and Faber, 1994.
- Arendt, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Cleveland: Meridian Books, 1962.
- Avilés, Miguel Ramiro. "El derecho a voto de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI". *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* n°12 (2005).
- Etienne Balibar. "La impolítica de los derechos humanos. Arendt. El derecho a tener derechos y la desobediencia cívica". Trad. de D. Sarkys Fernández. *Revista Erytheis* n°2, (2007).
- Brunet, Graciela. "Giorgio Agamben, lector de Hannah Arendt". *Konvergencias. Filosofías y Culturas en diálogo* (2007).
- Díaz Marsá, Marco. "De la nuda vida como forma de vida o de la aporía de la política moderna". *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, UNED, Madrid, n.º 22 (2007): 241-278.
- Emmerich, Gustavo Ernesto y Ximoara Peraza Torres. "Sufragio transnacional. Experiencias latinoamericanas de voto desde el exterior y voto de los extranjeros". En *La transnacionalización. Enfoques teóricos y empíricos*, coordinado por, Gustavo Ernesto Emmerich y Ludger Pries. México D.F.: Porrúa, 2011.
- Lozano García, José Luis. *Derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales*. Madrid: Escuela Diplomática, Paseo de San Juan XXIII, 1991.
- Navarro, Carlos, Isabel Morales y María Gratschew. "Panorama comparado del voto en el extranjero". En *Voto en el extranjero. El manual de IDEA Internacional*, A.A. V.V. México D.F.: Instituto Federal Electoral de México, 2008.
- Méndez Lago, Mónica. "Los derechos políticos de los inmigrantes". En *La condición inmigrante*, compilado por Andrés Cánovas Pedreño y Manuel Hernández Pedreño. Murcia: Universidad de Murcia, Vicerrectorado de Extensión Cultural y Proyección Universitaria, 2005.
- Vázquez, Mariana. "Los procesos de formación institucional en el marco de la integración regional. Debates sobre la arquitectura institucional de la Unión Europea". En *La argentina entre dos siglos. La política que viene*, compilado por Julio Pinto. Buenos Aires: Eudeba, 2001.



## Problemas constitucionales del *per saltum*

*Hernán Víctor Gullco\**

### Resumen

La Ley 26.790 incorporó el *per saltum* al procedimiento del recurso extraordinario federal. De esta manera, se sana el problema constitucional que dicho instituto poseía en la jurisprudencia argentina al haber sido aplicada por el máximo tribunal en los casos *Dromi y González* en clara violación del artículo 117 de la Constitución Nacional. Sin embargo, este instituto puede violar el artículo 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al prescindir de la garantía de “doble instancia”. Si bien la Corte Suprema de Justicia interpretó que dicha garantía era de naturaleza penal en fallos como *Giroldi*, *Casal* y *Abella*, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana determinaron en diversos precedentes la aplicación de dicha garantía al orden civil, laboral, fiscal, etc. El artículo propone una interpretación amplia de la vinculación entre la cuestión de hecho y el derecho federal reconocida por la Corte en el precedente *Ferrocarril Central Córdoba* con el objeto de evitar las mencionadas objeciones constitucionales a la ley citada. Asimismo, será necesario que el Máximo Tribunal se abstenga de desechar casos utilizando el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

---

\* Abogado (UBA) y Master of Laws in Comparative Law (Universidad de Miami, USA). Profesor tiempo completo de la Universidad Torcuato Di Tella.

## I. Introducción

La sanción de la Ley 26.790<sup>1</sup>, que incorporó el instituto del llamado *per saltum* al procedimiento del recurso extraordinario federal, plantea algunos problemas constitucionales. El objetivo de este breve comentario es examinar dichos problemas y proponer respuestas tentativas a los mismos.

## II. El problema constitucional que la Ley 26.790 sí ha solucionado

Antes de entrar a examinar los posibles problemas creados por la ley citada, es necesario mencionar cuál es la cuestión constitucional que dicha norma sí ha zanjado definitivamente.

---

<sup>1</sup> La Ley 26.790 (B.O. 4/12/ 2012) dice así:

“Art. 1. Incorpóranse como artículos 257 bis y 257 ter de la Ley 17.454 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) los siguientes:

Recurso Extraordinario por salto de instancia

Art. 257 bis. Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.

Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados.

La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad.

Sólo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares.

No procederá el recurso en causas de materia penal.

Forma, plazo, trámite y efectos

Art. 257 ter. El recurso extraordinario por salto de instancia deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución impugnada.

La Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite si no se observaren *prima facie* los requisitos para su procedencia, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda.

El auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida.

Del escrito presentado se dará traslado a las partes interesadas por el plazo de cinco (5) días notificándolas personalmente o por cédula.

Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Corte Suprema decidirá sobre la procedencia del recurso.

Si lo estimare necesario para mejor proveer, podrá requerir al Tribunal contra cuya resolución se haya deducido el mismo, la remisión del expediente en forma urgente.

Art. 2. La presente ley entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 3. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.”

Es sabido que, antes de la sanción de la Ley 26.790, la Corte Suprema había aplicado dicho procedimiento, a pesar de que no existía norma legal alguna que lo autorizara expresamente.<sup>2</sup>

Así, en dos casos resueltos antes de esa sanción, el citado tribunal aceptó la admisibilidad formal ante su jurisdicción de presentaciones de litigantes que no cumplían con el requisito del “tribunal superior de la causa”, previsto en el artículo 14 de la Ley 48<sup>3</sup>. Más allá de una irrelevante referencia a la legislación estadounidense que – como vimos – sí autorizaba dicho procedimiento, la Corte fundó esas decisiones en el artículo 280 del Código Procesal

---

<sup>2</sup> Así, decía el profesor Lino Enrique Palacio antes de la sanción de la Ley 26.790 que, a diferencia de lo que ocurría en los Estados Unidos de América, “... [l]a legislación federal argentina no contiene disposición alguna al respecto y, por el contrario, el Congreso de la Nación no aprobó un proyecto de ley sometido a su consideración en el año 1987 que contemplaba expresamente, en casos de gravedad institucional, la facultad de la CS para intervenir en el proceso con prescindencia del trámite y de sentencia de la alzada”. Véase Lino Enrique Palacio, *El Recurso Extraordinario Federal. Teoría y Técnica* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 96.

<sup>3</sup> El artículo 14 de la Ley 48 (sancionada en 1863) dice así: “Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.”

En el caso *Di Mascio* – CSJN, “Di Mascio”, *Fallos* 311:2478 (1988) –, el Tribunal, al interpretar el citado concepto legal de “tribunal superior de provincia”, resolvió que “[...] todo pleito radicado ante la Justicia provincial, en el que se susciten cuestiones federales, debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de ‘fenecer’ ante el órgano máximo de la Judicatura local, dado que los Tribunales de Provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprendan puntos regidos por la Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales, cabe concluir en que las decisiones que son aptas para ser resueltas por esta Corte Nacional no pueden resultar excluidas del previo juzgamiento por el Órgano Judicial Superior de la Provincia” (véase el considerando 13 del fallo citado). A su vez, el artículo 6° de la Ley 4.055 (aprobada en 1902) prevé que “la Corte Suprema conocerá por último en grado de apelación, de las sentencias definitivas pronunciadas por las cámaras federales de apelación; por las cámaras federales de apelación de la Capital; por los tribunales superiores de provincia y por los tribunales superiores de provincia y por los tribunales superiores militares, en los casos previstos por el art.14 de la 48 del 14/IX/1863”. Finalmente, la Corte Suprema ha resuelto que, en los procesos penales que provienen de la justicia nacional de la Capital y de la justicia federal de todo el país, la Cámara Nacional (actualmente, Federal) de Casación Penal es el “tribunal superior de la causa” a los fines del recurso extraordinario federal. Véase CSJN, “Di Nunzio”, *Fallos* 328:1108 (2005).

Civil y Comercial de la Nación<sup>4</sup> (en adelante “CPCCN”) y en la “gravedad institucional” de los casos planteados<sup>5</sup>.

Estas decisiones son criticables ya que, si se parte de la premisa de que la jurisdicción apelada de la Corte Suprema se ejerce “...según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso” (art.117 de la Constitución Nacional), la falta de previsión expresa del *per saltum* al momento de resolverse los casos *Dromi* y *González*, debe llevar a concluir que la Corte, con anterioridad a la sanción de la Ley 26.790, carecía de facultades para prescindir del requisito legal del superior tribunal de la causa.<sup>6</sup>

### III. La nueva cuestión constitucional que plantea la Ley 26.790

Hemos visto en el punto anterior, que la Ley 26.790 ha eliminado las falencias constitucionales que tenía el procedimiento de *per saltum* a la luz del principio de legalidad, en tanto aquella prevé expresamente dicho procedimiento. Tal como tradicionalmente lo entendía la doctrina argentina la posibilidad de instituir el *per saltum*, le competía “... al legislador ordinario...según pautas de oportunidad y conveniencia que hacen a su esfera privativa de decisión”<sup>7</sup>.

Sin embargo, la ley citada nos enfrenta a un nuevo problema constitucional. La cuestión a resolver, a la luz de las mencionadas facultades que la Constitución reconoce al Congreso

---

<sup>4</sup> Dicha norma, conforme la reforma introducida por la Ley 23.374 establece, en lo que interesa, que la “... Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”. Esta regulación es una adaptación de la institución del “*writ of certiorari*” de la legislación estadounidense. Para una reseña del procedimiento creado por el citado artículo 280 y normas complementarias del CPCCN, véase el artículo de Carlos R. Tribiño, “Aspectos sustanciales y formales del certiorari en el recurso extraordinario”, *J.A.* 2005-III-1358, y la bibliografía que allí se cita.

<sup>5</sup> Véase CSJN, “*Dromi*”, *Fallos*: 313:630 (1990), y CSJN, “*González*”, *Fallos*: 313:1242 (1990).

<sup>6</sup> Esta crítica se funda en el principio de legalidad, el cual constituye uno de los aspectos centrales del Estado de Derecho: “[...] Que el del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso, como lo ha señalado esta Corte [...]” (CSJN, “*Naveiro de la Serna de López*”, *Fallos* 315:2771 (1992), considerando 5° y sus citas; entre otros). Para un examen detallado de la decisión de la Corte en el caso *Dromi* véase Alejandro Carrió y Alberto Garay, *La jurisdicción ‘per saltum’ de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso Aerolíneas Argentinas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991). Entre otras críticas a este fallo, los autores nombrados transcriben la opinión de Joaquín V González, en el sentido de que la Corte Suprema no puede ejercer su jurisdicción apelada fuera de las reglas prescriptas por el Congreso de la Nación (Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina* (Buenos Aires: Ángel Estrada, 1897), 36.). La misma posición había adoptado previamente la mayoría de la Corte Suprema (con una integración sustancialmente diferente) en el caso *Margarita Belén* – CSJN, “*Margarita Belén*”, *Fallos* 311:1762 (1988). Este fallo fue comentado aprobatoriamente por Néstor Sagües, “Constitucionalidad de la apelación ‘per saltum’”, *L.L.* 1989-B, 318.

<sup>7</sup> Sagües, “Constitucionalidad de la...”, 321.



para fijar los alcances de su jurisdicción apelada<sup>8</sup>, y de que “el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior” (artículo 14.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).<sup>9</sup> Es decir, ¿sería compatible con las citadas disposiciones constitucionales, la interposición de un recurso extraordinario federal contra la decisión de un juez federal de primera instancia, prescindiendo de la revisión de la correspondiente Cámara de Apelaciones, la segunda instancia en el caso?

Tal interrogante resulta muy relevante si se tiene en cuenta que la revisión que realiza la Corte Suprema, a través del recurso extraordinario federal, de las decisiones de los tribunales ordinarios no puede ser considerada como el cumplimiento del derecho “a la doble instancia” reconocido en los mencionados artículos 8.2. h y 14.5.<sup>10</sup> Entre las limitaciones de esa jurisdicción que son relevantes para el presente comentario, se encuentra el hecho, en primer lugar, que el citado art. 280 CPCCN ha otorgado a la Corte la facultad *discrecional* para denegar el recurso extraordinario. Esto demuestra que el citado recurso mal puede ser considerado, en la actualidad, como un *derecho* del litigante.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Véase art. 117 de la Constitución. No voy a examinar en este comentario si el Congreso posee facultades constitucionales para restringir discrecionalmente la jurisdicción apelada de la Corte. Con un texto constitucional similar, en los Estados Unidos ha habido un intenso debate doctrinario acerca de la constitucionalidad de diversos proyectos legislativos de eliminar la jurisdicción apelada de la Corte de ese país en temas fuertemente polémicos, tales como la validez constitucional de las oraciones religiosas en las escuelas públicas; las confesiones prestadas por los acusados criminales ante la policía y de los juramentos de lealtad de los funcionarios públicos y abogados (Véase Erwin Chemerinsky, *Federal jurisdiction* (Boston: Little, Brown and Co., 1989)). En nuestro país, Gustavo Vitale ha sostenido que el art. 280 es inconstitucional al permitirle a la Corte vedar a los litigantes a acceder a su jurisdicción sin dar razón alguna de tal decisión (Véase Gustavo Vitale, “Indefinición de la Corte Suprema de la Nación en un caso de suspensión del proceso a prueba (el ilegítimo ‘certiorari al revés’)”, *J.A.* 2003-II-1244). Véase, al respecto, la jurisprudencia citada en la Nota 11 de este artículo.

<sup>9</sup> Como es sabido ambas convenciones, entre otros tratados de derechos humanos, “tienen jerarquía constitucional” (Véase el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, incorporado en la reforma constitucional de 1994).

<sup>10</sup> Este análisis presupone que la Ley 26.790 no modificó los restantes requisitos de admisibilidad formal del recurso extraordinario, tal como aparecen descriptos en la Ley 48. En mi opinión, ello surge claramente de la lectura de la primera de las normas mencionadas.

<sup>11</sup> Ello fue reconocido por la propia Corte Suprema en el caso *Giroldi* – CSJN, “Giroldi”, *Fallos*: 318:514 (1995) – al interpretar el art. 8. 2. h de la Convención Americana. Esta decisión fue citada aprobatoriamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para arribar a la misma conclusión respecto de los alcances de esa cláusula convencional (véase “Abella”, Informe N° 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 262 y ss.). Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que el recurso extraordinario federal, debido a su alcance restringido, no cumple con el requisito de la doble instancia y que el art. 280 CPCCN no otorga pauta alguna a los litigantes a los fines de determinar cuáles cuestiones serán consideradas “trascendentes” o no por la Corte Suprema, lo cual determinaba que dicha norma tampoco sea compatible con el derecho a la doble instancia (Véase CIDH, “Mohamed v. Argentina”, sentencia del 23/11/2012, párrafos 104 y 107, respectivamente).

Por otra parte, según una tradicional doctrina de la Corte Suprema, el artículo 14 de la Ley 48 le veda a aquella el examen de cuestiones de hecho<sup>12</sup>. Tal circunstancia ha determinado que la Corte haya resuelto, en los casos que tramitan ante la justicia nacional en lo criminal de la Capital y en la justicia federal, que sea la Cámara Federal de Casación Penal, la doble instancia reconocida constitucionalmente.<sup>13</sup>

#### IV. Un intento (fallido) de rebatir la conclusión del punto anterior

Es cierto que las mencionadas dudas acerca de la validez constitucional de la Ley 26.790 podrían ser desechadas, a primera vista, so pretexto de que los argumentos que hemos examinado acerca de los alcances de la doble instancia solo serían relevantes para los procesos penales<sup>14</sup>.

Tal afirmación se fundaría en el hecho que, tanto el art. 8.2. h de la Convención Americana como el art. 14.5. del Pacto Internacional, se refieren a esa clase de juicios. Así, la Ley 26.790 no sería pasible de ninguna objeción constitucional en ese punto, ya que aquella expresamente establece que “no procederá el recurso en causas de materia penal” (art. 257 bis *in fine*), lo cual demostraría que se habría preservado el derecho a la doble instancia. Un análisis textual de las normas constitucionales indicaría que el derecho a la doble instancia no se aplica a los procesos señalados en el artículo 8.1. de la Convención, ya que aquel no lo

<sup>12</sup> Véase Hernán Gullco, “La libertad de expresión y el alcance del recurso extraordinario federal”, L.L.2010-E-380/387, y la jurisprudencia de la Corte que allí se cita.

<sup>13</sup> Véase decisión de la Corte Suprema en el caso *Casal* – CSJN, “Casal”, *Fallos*: 328:3399 (1995). Para la aplicación de la doctrina *Casal* en las jurisdicciones locales, véase la sentencia de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en el caso “F., D.J.”, sentencia del 31/5/2011. En el caso *Casal*, la Corte Suprema citó aprobatoriamente la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, en el cual se resolvió que, para que el recurso contra una sentencia condenatoria satisficiera los requisitos exigidos por el art. 8.2.”h” de la Convención Americana, era necesario que dicho recurso “... permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen *comprendido e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior*” [énfasis añadido] (CIDH, “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, sentencia del 2/7/2004, parr.167). En el párrafo anterior de su sentencia, la Corte Interamericana transcribió aprobatoriamente los dictámenes del Comité Internacional de Derechos Humanos (órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional) en donde se sostuvo que “[...] la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto” (Comité Internacional de Derechos Humanos, “Sineiro Fernández c. España”, dictamen del 7/8/2003 y Comité Internacional de Derechos Humanos, “Gómez Vásquez v. España”, dictamen del 20/7/2000).

<sup>14</sup> Por cierto que estos argumentos serían irrelevantes para rechazar las objeciones basadas en la concesión discrecional del recurso extraordinario que hace la Corte con fundamento en el art. 280 CPCCN.

prevé expresamente en tanto las garantías procesales que reconoce a los litigantes son mucho más genéricas que las del art. 8.2.<sup>15</sup> Por otra parte, los mencionados casos *Girolodi, Casal, Abella y Mohamed*, vinculados con un derecho amplio a la doble instancia, eran todos de naturaleza penal.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha apartado de una inteligencia textual del artículo 8.2. de la Convención Americana. Así, al dictar la Opinión Consultiva 11/90, el citado tribunal estableció la siguiente doctrina: “en materias que conciernen con la *determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el artículo 8 no especifica *garantías íntimas*, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de *debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal*. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”<sup>16</sup> [énfasis añadido parcialmente].

Al resolver posteriormente un caso contencioso, la Corte Interamericana señaló que, a pesar de que el artículo 8.1. de la Convención Americana: “... no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, *el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal*”<sup>17</sup> [énfasis añadido]. Y, aunque la Corte Interamericana no ha realizado – tal como surge de la lectura de los precedentes citados – una equiparación absoluta entre las garantías que deben regir en los procesos penales con las correspondientes

---

<sup>15</sup> El art. 8.1. de la Convención dice así: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

<sup>16</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva 11/90 del 10/08/1990.

<sup>17</sup> Corte I.D.H., “Tribunal Constitucional”, sentencia del 31/1/2001, párrafo 70. Este precedente fue citado aprobatoriamente en el voto concurrente de los jueces Fayt y Zaffaroni de la Corte Suprema de la Nación en el caso *Marchal*. Véase CSJN, “Marchal”, *Fallos*: 330:1427 (2007).

a los restantes juicios, es claro que, como regla general, se puede afirmar que el derecho a la doble instancia también se aplica a los procesos no penales.

Ello significaría que la Ley 26.790 sería inconstitucional en tanto desconoce, en los juicios no penales, el citado derecho, con el alcance que se le otorgó en los mencionados casos *Giroldi, Casal y Abella*.

## V. Un nuevo intento (quizás exitoso) de salvar la validez de la Ley 26.790

A pesar de los argumentos desarrollados en el punto anterior, no parece correcto concluir, sin más, que la Ley 26.790 es inconstitucional, dado que la prohibición que pesa sobre la Corte Suprema de examinar cuestiones de hecho en el recurso extraordinario no es absoluta.

El primer argumento a favor de esta afirmación lo encontramos en la conocida doctrina de la arbitrariedad desarrollada por la Corte. Según esta doctrina, corresponde invalidar la decisión de un tribunal ordinario cuando aquella "... prescinde de pruebas fehacientes, regularmente traídas al juicio o se hace remisión a las que no constan en él"<sup>18</sup>. Por cierto que el alcance de esta doctrina es limitado ya que "... el error en la estimación de las...[pruebas], sea cual fuera su gravedad, no hace arbitraria a una sentencia en el sentido propio y estricto de la expresión – que es el que debe presidir el discernimiento de la procedencia del recurso extraordinario en esos casos – porque la existencia de él es por sí sola demostrativa de que el pronunciamiento no se ha desentendido de la ley y de la prueba sino que se ha hecho según una interpretación equivocada – es tomando por verdadera la que no lo es –, de la primera y una apreciación también equivocada de la segunda, es decir, que no es un mero acto de arbitrariedad o capricho del juzgador..."<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Este párrafo pertenece al pronunciamiento de la Corte en el caso *Carlozzi* – CSJN, “Carlozzi”, *Fallos*: 207:72 (1947) –, el cual es un *leading case* en el desarrollo de la doctrina de la arbitrariedad y ha sido seguido por ese tribunal posteriormente en numerosos casos (véase, por ejemplo, la sentencia dictada en el caso “P de P., E.P. c. Gobierno de la Provincia de Córdoba” el 21/12/2010, Abeledo Perrot N°: 70067650, en el cual la Corte descalificó la sentencia de la justicia local por haber omitido examinar una prueba que era decisiva para la solución del caso).

<sup>19</sup> Véase CSJN, “Carlozzi”. Esta doctrina, acerca del carácter excepcional de la arbitrariedad, ha sido ratificada muchas veces por la Corte (véase, entre otros, “B. S., J. G. c. Unión Cordobesa de Rugby y otros”, sentencia del 20/11/2012, AP/JUR/3371/2012, considerando 5°. Sin embargo, en ese mismo caso, la Corte aplicó la citada doctrina para dejar sin efecto a la sentencia recurrida (“B. S., J. G. c. Unión Cordobesa de Rugby y otros”, considerandos 11-13).

Precisamente, es dicho alcance limitado de la doctrina de la arbitrariedad lo que llevó a la Comisión Interamericana a sostener en el mencionado caso *Abella* que aquella no satisfacía el derecho a la doble instancia reconocido en la Convención Americana.

En cambio, existe otra doctrina de la Corte, que fue desarrollada con anterioridad a la de la arbitrariedad, que sí parece reunir los requisitos exigidos por la Constitución.

Así, ese tribunal ha resuelto, desde antiguo, que no resulta ser "... un impedimento para la procedencia del recurso extraordinario federal que la 'cuestión central' del litigio haya sido calificada como de 'hecho' cuando dicha cuestión '... tiene dependencia y conexión tan estrechas con los puntos de derecho federal materia del pleito, que la decisión de la primera es, también, la de los últimos —v. Fallos: 177, 373; 181, 418 y 423—. En análogo sentido 223 U.S.573; 266 U.S.389"<sup>20</sup> [énfasis añadido]. "Así recuerda Sagüés... al reseñar otras decisiones de la CSJN que han reiterado la citada doctrina acerca de la 'conexidad entre cuestiones federales y de hecho', que el Tribunal ha entrado '[...] a considerar las pruebas en un pedido de ciudadanía, si determinadas expresiones constituyen o no delito de injurias, o la apreciación de circunstancias fácticas para la oposición al registro de marcas, o un juicio de índole similar sobre la confiscatoriedad de una contribución de mejoras, lo que obligó a evaluar el valor de una obra de pavimentación y de un inmueble'[...]"<sup>21</sup> [énfasis añadido].

## VI. Conclusión

Los argumentos desarrollados en el punto anterior demuestran que el recurso extraordinario federal tutelaré adecuadamente el derecho a la doble instancia en aquellos casos en que los planteos fácticos de la parte apelada<sup>22</sup> "estuviesen estrechamente vinculados con la interpretación de normas federales"<sup>23</sup>.

A los fines de evitar cualquier posible cuestionamiento constitucional respecto de la Ley 26.790 con base en la privación del derecho a la doble instancia, la Corte deberá realizar una

<sup>20</sup> CSJN, "Ferrocarril Central Córdoba c. Comisión de Fomento de J. B. Molina", *Fallos*: 189:170 (1941).

<sup>21</sup> Transcripción por Hernán Gullco, "La libertad de expresión y el alcance del recurso extraordinario federal", *L.L.2010-E-380/387*.

<sup>22</sup> Doy por sentado que el posible agravio a la violación al derecho a la doble instancia solo podría ser planteado por la parte apelada. En cambio la apelante, al haber decidido utilizar la vía del *per saltum*, habría "renunciado" al citado derecho con el objeto de obtener una solución más rápida del caso. Ver, sin embargo, la decisión de la Corte Suprema en cual se resolvió que el derecho genérico a recurrir a un tribunal de justicia (reconocido, entre otros, por los arts.18 de la Constitución Nacional y 8.1. y 25 de la Convención Americana) era, en principio, irrenunciable. Véase CSJN, "Astorga Bracht", *Fallos*: 327:4185 (2004).

<sup>23</sup> CSJN, "Ferrocarril Central Córdoba c. Comisión de Fomento de J. B. Molina".

interpretación sumamente amplia de la citada “vinculación” entre la cuestión de hecho y el derecho federal alegado en el caso.

Esta solución no es novedosa ya que en varios de sus precedentes la Corte ha realizado interpretaciones de la Constitución que se apartaban de su texto expreso, para evitar conflictos con las disposiciones de la Convención Americana que tutelan el derecho genérico a un recurso judicial y el derecho a la doble instancia en materia penal.<sup>24</sup>

Por otra parte, a los fines de asegurar que la instancia ante la Corte pueda ser considerada un verdadero derecho en los términos de la Convención Americana y del Pacto Internacional, el Tribunal deberá abstenerse de desestimar las presentaciones en tales casos mediante la sola remisión al artículo 280 CPCCN, ya que dicha norma no otorga pauta alguna a los litigantes a los fines de determinar qué planteos serán considerados formalmente admisibles por la Corte.<sup>25</sup>

Esta solución, de tratar de encontrar una interpretación a la ley que evite su conflicto con una norma superior, encuentra, su antecedente en una tradicional doctrina del Alto Tribunal: “... en materia de interpretación de las leyes debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional. De manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional, cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental...”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Véase, entre otros, casos *Brusa* – CSJN, “Brusa”, *Fallos*: 326:4816 (2003) – y *Dito* – CSJN, “Dito”, *Fallos*: 332:1622 (2009) –, respectivamente.

<sup>25</sup> Véase Corte I.D.H., “Mohamed v. Argentina”. La Ley 26.790 parece haber respetado este principio ya que su art.257 ter establece que “la Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite *si no se observaren prima facie los requisitos para su procedencia*, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda” [énfasis añadido]. Tal salvedad parece excluir que, en tales casos, la Corte desestime el recurso con fundamento en las facultades discrecionales que le reconoce el art. 280 CPCCN.

<sup>26</sup> CSJN, “Provincia de Buenos Aires c. Elvira de Lacour”, *Fallos*: 200:180 (1944), considerando 6°. Esta doctrina ha sido ratificada muchas veces por la Corte Suprema. Véase, entre otros, CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual v. Estado Nacional”, *Fallos*: 329:522 (2006). Un ejemplo temprano del reconocimiento implícito de este método interpretativo puede encontrarse en la decisión de la Corte Suprema de la Nación en el caso *Sojo* – CSJN, “Sojo”, 1887, *Fallos*: 32:120 (1887). Según la investigación que realicé para la elaboración de este artículo, la primera oportunidad en que la Corte adoptó expresamente esta doctrina fue en el mencionado caso de *Pcia. de Buenos Aires c. de Lacour*. Entre otros fundamentos, en la elaboración de esa doctrina, la Corte citó en esa oportunidad la decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Crowell v. Benson* – “Crowell v. Benson”, 285 US 22 (1932). Aparentemente, el ejemplo más antiguo, en el derecho estadounidense, de esta solución se encuentra en la decisión de la Corte Suprema en el caso *Mossman v. Higgins* – “Mossman v. Higgins”, 4 U.S.12 (1800). Véase el artículo de Ernst A. Young, “Constitutional Avoidance, Resistance Norms and the Preservation of Judicial Review”, *Texas Law Review* 78 (2000): 1549, nota 28.

En conclusión, si se interpreta la Ley 26.790 a la luz de las pautas reseñadas (lo cual es posible, como vimos, sin forzar su texto), aquella no debería ser objeto de cuestionamiento constitucional. Esperemos que esa sea la interpretación que reciba esa disposición por parte de la Corte Suprema.

## VII. Bibliografía

- Carrió, Alejandro y Alberto Garay. *La jurisdicción 'per saltum' de la Corte Suprema Su estudio a partir del caso Aerolíneas Argentinas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.
- Chemerinsky, Erwin. *Federal jurisdiction*. Boston: Little, Brown and Co., 1989.
- González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Ángel Estrada, 1897.
- Gullco, Hernán. “La libertad de expresión y el alcance del recurso extraordinario federal”. *L.L.* 2010-E-380/387.
- Palacio, Lino Enrique. *El Recurso Extraordinario Federal. Teoría y Técnica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.
- Sagües, Néstor. “Constitucionalidad de la apelación ‘per saltum’”. *L.L.*, 1989-B, 318 (1989).
- Tribiño, Carlos R. “Aspectos sustanciales y formales del certiorari en el recurso extraordinario”. *J.A.* 2005-III-1358 (2005).
- Vitale, Gustavo. “Indefinición de la Corte Suprema de la Nación en un caso de suspensión del proceso a prueba (el ilegítimo ‘certiorari al revés’)”. *J.A.* 2003-II-1244.
- Young, Ernst A. “Constitutional Avoidance, Resistance Norms and the Preservation of Judicial Review”. *Texas Law Review* 78 (2000): 1549.

## Jurisprudencia

- Corte I.D.H., Opinión Consultiva 11/90 del 10 de agosto de 1990.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Abella y Otros v. Argentina”, caso 11.137, informe 55/97, 18 de julio de 1997.
- Comité Internacional de Derechos Humanos, “Gomez Vazquez v. España”, dictamen del 20 de julio del 2000, Comunicación No. 701/1996.
- Comité Internacional de Derechos Humanos, “Sineiro Fernandez v. España”, dictamen del 7 de agosto de 2003, Comunicación No. 1007/2001.

- Corte I.D.H., “Mohamed v. Argentina”, 23 de noviembre de 2012, Serie C, No. 255.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107.
- CSJN, “Sojo”, *Fallos*: 32:120 (1887).
- CSJN, “Margarita Belén”, *Fallos* 311:1762 (1988).
- CSJN, “Dromi”, *Fallos*: 313:630 (1990).
- CSJN, “González”, *Fallos*: 313:1242 (1990).
- CSJN, “Naveiro de la Serna de López”, *Fallos*: 315:2771 (1992).
- CSJN, “Provincia de Buenos Aires c. Elvira de Lacour”, *Fallos*: 200:180 (1944).
- CSJN, “Girolodi”, *Fallos* 318:514 (1995).
- CSJN, “Brusa”, *Fallos*: 326:4816 (2003).
- CSJN, “Astorga Bracht”, *Fallos*: 327:4185 (2004).
- CSJN, “Casal”, *Fallos* 328:3399 (2005).
- CSJN, “Di Nunzio”, *Fallos*: 328:1108 (2005).
- CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c. Estado Nacional”, *Fallos*: 329:522 (2006).
- CSJN, “Marchal”, *Fallos*: 330:1427 (2007).
- CSJN, “Dito”, *Fallos*: 332:1622 (2009).
- CSJN, “P de P., E.P. c. Gobierno de la Provincia de Córdoba”, Abeledo Perrot N°: 70067650, 21 de diciembre de 2010.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, “F., D.J s/ Recurso de Casación”, Causa N° 12.884, 31 de mayo de 2011.
- CSJN, “B., S., J.G. v. U.C.R. y O”, AP/JUR/3371/2012, 20 de noviembre de 2012.
- “Mossman v. Higgins”, 4 U.S.12 (1800).
- “Crowell v. Benson”, 285 U.S. 22 (1932).





## **Bercovich, Luciana y Maurino, Gustavo, eds., Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires (Buenos Aires: Eudeba, 2013)**

*María Trevisani\**

Generalmente, al menos en mi experiencia, cuando nos aproximamos a los derechos sociales –y a la abogacía de interés público en general– lo hacemos a través de autores como Víctor Abramovich, Christian Courtis, Cass Sunstein, Stephen Holmes y demás nombres conocidos en la materia. No tardamos en conocer la tradicional caracterización de los derechos civiles y políticos como gratuitos y operativos, y los derechos sociales como onerosos y meramente programáticos.<sup>1</sup> Luego, entendemos que la distinción entre derechos positivos y negativos, que entiende a los primeros como derechos costosos y a los segundos como gratuitos, no tiene en cuenta que los individuos gozan de derechos siempre y cuando el Estado esté dispuesto a reparar en forma “justa y predecible” las ofensas que aquellos sufran.<sup>2</sup>

---

\* Abogada. Al presente, se encuentra cursando la Especialización en Derecho Penal en la Universidad Torcuato di Tella (UTDT). Profesora titular del curso “Práctica Profesional I” y profesora asistente en “Derecho Constitucional II” en la Universidad de Palermo. Profesora asistente en los cursos de “Filosofía Política” y “Derecho Societario” en la UTDT. Miembro activa de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Es investigadora en la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). Colaboradora en el libro objeto de esta reseña.

<sup>1</sup> Siempre trayendo reminiscencias de los clásicos conceptos de libertad de los antiguos y los modernos de Benjamin Constant, o el de libertad positiva y negativa estudiado por Isaiah Berlin. Véase Benjamin Constant, “De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos”, en *Del Espíritu de la Conquista* (Madrid: Tecnos, 1988), 65-93; Isaiah Berlin, “Two concepts of freedom”, en *Four essays on liberty* (New York: Oxford University Press, 1970), 118-172.

<sup>2</sup> Véase Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011), 61-62. En el mismo sentido, Abramovich y Courtis han explicitado que la estructura de los derechos civiles y políticos como la de los derechos sociales pueden caracterizarse como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición de la noción de Estado moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a “naturalizar” esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación. Por su parte, en los derechos sociales las obligaciones positivas revisten una importancia simbólica mayor para identificarlos, sin embargo, ambos conjuntos de derechos son exigibles ante los tribunales. Véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales* (Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997). Véase también Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002); o el interesante artículo de Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales y sus ‘enemigos’: elementos para una construcción garantista”, en *Defender y repensar los Derechos Sociales en tiempos de crisis*, ed. Vanesa Valiño (Barcelona: Observatori Desc, 2009). Un libro reciente que también vale la pena leer en la materia es el de Horacio Etchichury, *Igualdad*

En este sentido, los actores jurídicos vemos en el Derecho y en los derechos sociales en particular, un potencial de reivindicación jurídica y social que tiende a la inclusión de las comunidades más desaventajadas en sociedades marcadas por significativas desigualdades. Dada esta situación, observamos un importante grupo de académicos, activistas y demás actores relevantes que interactúan en la búsqueda de este ideal con diverso éxito.

En este marco, en los últimos años, distintos operadores jurídicos –desde la academia, la práctica de activistas, los operadores públicos, entre otros– vienen desarrollando tareas tendientes a dotar de efectividad estos derechos. Es en la Ciudad de Buenos Aires y –en menor medida, como lo mencionan algunos autores en el libro analizado– en Provincia de Buenos Aires, donde estas actividades se desarrollan con mayor presencia. Los autores recopilan, analizan y problematizan, muchas veces en primera persona, gran parte del trabajo realizado en los últimos años en esta materia.

Es en esta cuestión que *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires*<sup>3</sup> se presenta como una obra colectiva en el marco de un proyecto de investigación, análisis y acción para promover la efectividad de los derechos sociales en relación con las comunidades excluidas. Los autores llevan a cabo un ejercicio crítico sobre la práctica local de la que forman parte. El libro consta de 28 artículos divididos en cuatro partes: la primera dedicada a las aproximaciones teóricas; la segunda a los “derechos en acción”; una tercera referida a las políticas públicas y los derechos sociales; y finalmente, la última referida a los derechos sociales ante la Justicia –o el Poder Judicial. Sin embargo, es posible que el lector considere otro orden como pertinente o preferible e, incluso, organice su lectura tendiendo distintos puentes entre los temas que más le interesen. Así, por ejemplo, existe una gran variedad de textos que refieren al derecho a una vivienda digna (estudios jurisprudenciales, fundamentaciones teóricas y prácticas para su reivindicación).

Más allá del título del libro, muchos de los artículos no se basan exclusivamente en los derechos sociales en la Gran Buenos Aires –especialmente en la sección dedicada a aproximaciones teóricas–, sino que tratan cuestiones generales.

---

*desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina* (Córdoba, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 2013); disponible en: <http://www.igualdaddesatada.blogspot.com.ar> (consultado por última vez el 28 de octubre de 2013)

<sup>3</sup> Luciana Bercovich y Gustavo Maurino, *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires* (Buenos Aires: Eudeba, 2013)

A continuación, recorreré cada una de las secciones, concentrándome –por restricciones de extensión– en algunos de los artículos que me parecen más sobresalientes.

Las dos primeras secciones son, a mi entender, las más interesantes y sólidas del libro. La primera, dedicada a la teoría, cuenta con ocho artículos: algunos referidos a cuestiones más generales y otros a estudios particulares.

La obra inicia con un artículo de Roberto Gargarella<sup>4</sup>, quien no sorprende, pero tampoco decepciona. En este artículo –el cual forma parte de su nuevo libro sobre constitucionalismo latinoamericano contemporáneo– trata los procesos de reformas constitucionales en América Latina y la forma en la que se intentó “injertar” derechos sociales en constituciones que, por ser producto de tradiciones generalmente liberales–conservadoras, son hostiles a ellos. Gargarella incluso se pregunta si la incorporación de cláusulas sociales constitucionales fue un error, sin tener en cuenta lo que –no en el artículo comentado, pero sí en otros– él llama la “sala de máquinas” de la Constitución. Es decir, la forma en que la organización del poder afecta la posterior efectividad de los derechos incorporados.<sup>5</sup> De esta forma, nos introducimos al tema en estudio y el artículo resulta un llamado de atención a quienes damos por hecho que los derechos sociales se encuentran consolidados. Muy por el contrario, Gargarella señala que estamos “simplemente en una etapa de apertura”<sup>6</sup>.

La obra continúa con dos artículos interesantes: uno de Romina Faerman<sup>7</sup> en el cual, a partir de una mirada crítica a dos fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, se analiza una fundamentación alternativa a la ética de la justicia para fundamentar el derecho a una vivienda digna y adecuada basada en el deber de solidaridad. Así, la autora presenta el concepto de ética del cuidado como posible fundamentación a estos derechos. Sebastián Tedeschi<sup>8</sup>, por su parte, introduce de manera comparada un derecho que se encuentra en etapa de formulación: el “derecho a la ciudad” como potencial concepto que nos ayudaría a buscar soluciones a los problemas de segregación en las ciudades actuales.

---

<sup>4</sup> Roberto Gargarella, “Injertar derechos sociales en Constituciones hostiles a ellos (1917-1980)”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, Roberto Gargarella, “El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la constitución (1980-2010)”, *Gaceta Constitucional*, N° 48.

<sup>6</sup> Roberto Gargarella, “Injertar derechos sociales en Constituciones hostiles a ellos (1917-1980)”, 33

<sup>7</sup> Romina Faerman, “El derecho a la vivienda digna y adecuada. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires a la luz de los principios de la ética del cuidado”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires ...*

<sup>8</sup> Sebastián Tedeschi, “El derecho a la ciudad, un cambio de enfoque desde la perspectiva de la justicia socioespacial”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

Continuamos con un riguroso estudio de Laura Pautassi<sup>9</sup> sobre las políticas argentinas tendientes a dar cumplimiento a, tal vez, uno de los derechos sociales menos estudiados: el derecho a la seguridad y protección social. En la misma línea, pero estudiando dos programas de transferencia de ingresos, Damián Azrak y Federico Orlando<sup>10</sup> ponen en duda la constitucionalidad de las condicionalidades punitivas en estos programas. El artículo presenta una mirada crítica a un punto que, al menos en mi caso, tengo generalmente naturalizado, por lo que resulta revelador en este sentido.

Uno de los artículos tal vez más sustanciosos para quienes estamos interesados en el derecho penal es el de Claudio Pandolfi<sup>11</sup>, donde analiza la situación de los derechos sociales en una de las comunidades más excluidas y marginadas de la sociedad: las personas privadas de la libertad. El autor retrata un panorama desolador de las cárceles en el conurbano bonaerense, relatando la forma en la que se violan constantemente los derechos sociales de los detenidos. Asimismo, presenta algunas alternativas que son pasibles de llevarse a la práctica de manera relativamente inmediata para mejorar la situación de las personas detenidas, sin necesidad de recurrir a medidas estructurales.

La segunda sección, dividida en dos partes, se centra en los derechos en acción: la primera se dedica a analizar las experiencias de abogados/as en su trabajo en comunidades de las villas en la búsqueda de la reivindicación de los derechos de sus habitantes (con tres artículos<sup>12</sup> dedicados a este fin); y la segunda enfocada a analizar críticamente, y de manera más general, el papel que juegan los/as abogadas/os activistas al usar al derecho como herramienta en la búsqueda de inclusión social a través de tareas de reivindicación de los derechos de las comunidades excluidas. Creo que en esta parte se pone en cuestión lo que

---

<sup>9</sup> Laura C. Pautassi, “Seguridad y protección social. Lecciones de la experiencia argentina”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>10</sup> Damián Azrak y Federico Orlando, “Las condicionalidades en los Programas de Transferencia de Ingresos: aportes desde una lectura igualitaria de la Constitución”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>11</sup> Claudio Pandolfi, “La vulneración de los D.E.S.C de las personas privadas de libertad El litigio judicial frente al gobierno de la penalidad y la vulneración de derechos: Tres respuestas posibles”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>12</sup> Soledad Arqueros, Cecilia Calderón, Natalia Jauri, Julia Ramos, Pablo Vitale y Paula Yacovino, “Política y Derecho en la judicialización de demandas colectivas de las villas de la Ciudad”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*; Natalia Belmont y Cecilia Calderón, “De la reivindicación a la construcción política. Prácticas organizativas en torno al reclamo por el hábitat urbano en la experiencia de villa 3, barrio Fátima”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*; Luciana Bercovich, Mariel Acosta, Mauro Chellillo y Celina Giraudy, “Desde el barrio hasta el juicio. Construcción comunitaria, incidencia institucional y litigio para la efectividad del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

sobrevuela todo el libro: ¿qué rol juegan los abogados y el derecho a la hora de interactuar con comunidades que históricamente son expulsadas y excluidas de su juego institucional?; ¿funciona realmente como un medio que permite incluir a estas comunidades?; ¿qué debe tenerse en cuenta a la hora de actuar como nexo entre las comunidades y las instituciones?; ¿qué debemos hacer para no “quitar la voz” a las personas con las que trabajamos?

El artículo a mi juicio más destacado es el de Guillermo Moro<sup>13</sup>, quien presenta de manera novedosa un diálogo entre tres abogados que se interpelan constantemente acerca de la práctica de la abogacía de interés público, de los derechos sociales, del derecho y de la democracia. En esta conversación, los personajes ficticios –o no, no podemos saberlo– se realizan muchas de las preguntas que nos surgen a los/as abogados/as que trabajamos con expectativas de cambio, viendo en la práctica una búsqueda del ideal de justicia social (lo que sea que eso signifique). Me atrevo a decir que es, posiblemente, uno de los mejores artículos que leí en este último tiempo. El autor no toma posición y nos interpela como lectores, obligándonos a tomar en cuenta los argumentos posibles a la hora de ejercer la abogacía social o de interés público, desde posiciones más escépticas, realistas o idealistas. Este artículo dialoga bien con el de Acosta y otros<sup>14</sup>, quienes proponen una categorización posible de las distintas prácticas de la abogacía de interés público; y con el de Gustavo Maurino<sup>15</sup>, quien se concentra en las clínicas jurídicas de interés público como posible método de enseñanza para el ejercicio del derecho.

El tercer apartado del libro se refiere al análisis de políticas públicas. En esta sección encontramos artículos referidos casi exclusivamente a políticas de vivienda en la Ciudad y Provincia de Buenos Aires (sumado a un apartado referido al otorgamiento de licencias por maternidad y paternidad en el Municipio de Morón). Esta parte del libro trata cuestiones tal vez más coyunturales (como el análisis del artículo de Cravino y otros<sup>16</sup>, sobre las políticas desarrolladas en las villas de la Ciudad por la administración macrista en los últimos años) y

---

<sup>13</sup> Guillermo Moro, “I am the Walrus: Abogacía y Derechos Sociales [Fragmentos de algo]”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>14</sup> Mariel Acosta, Luciana Bercovich y Mauro Chellillo, “Modelos para armar: una posible tipología de la relación Abogacía de Interés Público - comunidades segregadas”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>15</sup> Gustavo Maurino, “La enseñanza del derecho en las clínicas jurídicas de interés público: cuatro preguntas para una caracterización”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>16</sup> María Cristina Cravino, María Victoria Ricciardi y Alejandro Sehtman, “De la programación a la administración o de los anuncios al pragmatismo: Avatares de las políticas de villas del macrismo (2007-2011)”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

el análisis de políticas desde el punto de vista de los mismos funcionarios públicos que las llevan adelante (como es el caso de los funcionarios del Municipio de Morón). Un artículo que, afirmarí, vale la pena destacar es el de Ayelén Correa y otros<sup>17</sup>, quienes introducen un interesante concepto: el derecho de autogestión territorial, que nos fuerza a repensar nuestras exigencias de participación de los movimientos sociales en el planeamiento territorial.

Finalmente, la cuarta y última parte del libro refiere a los derechos sociales frente a la Justicia. Esta sección cuenta con siete artículos. El primero<sup>18</sup> resulta introductorio a las prácticas de judicialización de los derechos sociales, presentándola como una alternativa a la mercantilización de las necesidades sociales.

Arenaza y Fava<sup>19</sup> brindan un panorama preocupante de las respuestas de los tribunales de Provincia de Buenos Aires a la judicialización del derecho a la vivienda, tomando en cuenta las particularidades de la legislación constitucional provincial y las dinámicas que se dan con los poderes políticos, en esta jurisdicción, distintas a las que presenciamos en Ciudad. Esta sección se completa con un artículo de Enrique Peruzzotti<sup>20</sup>, quien analiza los mecanismos de *accountability* en el, tan estudiado, caso *Mendoza*<sup>21</sup>; y tres artículos<sup>22</sup> de análisis jurisprudencial de sentencias de tribunales de la Ciudad referidos al derecho a la educación, la efectivización de los derechos políticos de los habitantes de villas y los argumentos presupuestarios en las demandas por derechos sociales.

---

<sup>17</sup> Ayelén Correa, Franco Pedersoli y Damián Raboso, “El derecho a la autogestión territorial. Desafíos para nuevas territorialidades”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>18</sup> Pilar Arcidiácono y Gustavo Gamallo, “Política social, bienestar y justiciabilidad de los derechos sociales”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>19</sup> Soledad Arenaza y Ricardo Fava, “Entre lo político y lo jurídico: arreglos institucionales en la justiciabilidad del derecho a la vivienda en la Provincia de Buenos Aires”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>20</sup> Enrique Peruzzotti, “La articulación de mecanismos sociales y horizontales: El caso Matanza-Riachuelo como una forma novedosa de ejercer la rendición de cuentas”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

<sup>21</sup> CSJN, “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, *Fallos* 326:2316 (2006)

<sup>22</sup> Dalile Antunez, Juan Ignacio Pérez Bello y Martín Sigal, “Poder Judicial y derecho a la educación en la Ciudad de Buenos Aires”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...; Jonatan Emanuel Baldiviezo y Albertina Maranzana, “El Poder Judicial en las villas de la Ciudad: vitalizando la democracia participativa”, en Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...; Jonatan Emanuel Baldiviezo y Albertina Maranzana, “El presupuesto y la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Estudio de Casos”, en Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*

---

El recorrido termina con un interesante estudio empírico de Demián Zayat<sup>23</sup> sobre dos tipos de casos de desalojos en la Ciudad y la falta de participación de los afectados en estos procesos y consecuente violación de este derecho.

Así, el libro cuenta con una amplia variedad de temáticas, todas en torno al estudio crítico de la efectivización de los derechos sociales. Algunos, como quien escribe, interesados en la teoría, se verán atraídos por las primeras dos secciones; otros, más volcados a la práctica, se concentrarán en las políticas públicas llevadas adelante en los últimos años, contenida en la sección tres; finalmente estarán aquellos que se interesarán en la interacción con el Poder Judicial y los efectos de su intervención.

En resumen, se trata de un libro que logra reunir lo más reciente de la práctica y teoría de los derechos sociales en su búsqueda de una sociedad más igualitaria, por lo que es recomendable para cualquiera que tenga interés en estos temas. Creo pertinente volver a una de las cuestiones con las que abrimos esta reseña: a pesar de lo que quisiéramos creer, los derechos sociales no se encuentran consolidados, sino que estamos vivenciando su construcción, probando su potencialidad y exponiéndolos constantemente a críticas sobre su fundamentación. De esta manera, quienes vemos en el derecho una aptitud emancipadora e inclusiva, nos toca la tarea de analizar críticamente la forma en la que nuestro accionar logra –o no– este objetivo. En este sentido, este libro se presenta como una buena oportunidad para conocer en primera persona a los que vienen haciéndolo hace más o menos tiempo y los efectos que estas prácticas ya van mostrando en nuestra sociedad, presentando un panorama que nos obliga a pensar la forma en la que deberíamos seguir como comunidad jurídica en esta construcción.

---

<sup>23</sup> Demián Zayat, “La participación de los afectados por los desalojos ante los tribunales”, en *Los Derechos sociales en la Gran Buenos Aires...*