



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.¹ 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 24.240.²

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

¹ 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.

² 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.³ Se señala allí que el activismo es la “estimación primordial de la acción”⁴ o la “dedicación intensa a una determinada línea de acción en la vida pública”⁵. 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.⁶ La respuesta posible a esta afirmación sería

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

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

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

⁶ 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”⁷ 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.⁸

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).⁹ 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”.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.¹⁰ 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).¹¹

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 heredado¹² que es necesario distinguir para una mejor interpretación de su uso en contextos jurídicos y políticos.

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

¹¹ 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.

¹² 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.¹³ 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*¹⁴ 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

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

¹⁴ “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 Thayer¹⁵ titulado “*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” publicado en la *Harvard Law Review* del 25 de octubre de 1893.¹⁶ Autores nacionales consideran a este concepto como una fuerza orientadora dentro del sistema constitucional estadounidense¹⁷ y destacan su relevancia indirecta en nuestra doctrina.¹⁸ Debe señalarse, además, que se han efectuado menciones relevantes a esta obra en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos ocasiones.¹⁹

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 Harvard²⁰ y dentro de ese contexto se dedicó a elaborar un libro de casos de derecho constitucional – *Cases on Constitutional Law* (1895)²¹ 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 1898.²²

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.²³ 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 clase²⁴ o que utilizaba su artículo como un mensaje para las clases ilustradas interesadas en la economía política²⁵. 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

²⁰ 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.

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

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

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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*²⁶.

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.²⁷ 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.²⁸ 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*²⁹– en un rasgo característico de la excepcionalidad de la doctrina estadounidense

²⁶ “*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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.³⁰ 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.³¹ Tampoco se presenta en el artículo la relación dialógica entre el Poder Judicial y el Legislativo,³² 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.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² 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 derechos³³ 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.³⁴ 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.³⁵ 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*;³⁶ y, por otro, supervisando y regulando el ejercicio de la función del jurado.³⁷

³³ 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.

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

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ “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.³⁸ 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”³⁹ 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”⁴⁰.

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.⁴¹ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ Lyons, *Aspectos morales...* (Barcelona: Ed. Gedisa, 1998), 204.

⁴¹ 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.⁴²

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 oprobio⁴³ 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.⁴⁴ 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*⁴⁵, al concepto de Marshall sobre la función judicial como fuertemente política⁴⁶ 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.⁴⁷ 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*⁴⁸ 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.

⁴² 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.

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

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

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

⁴⁶ “Marbury v. Madison”, 5 U.S. 137 (1803).

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

⁴⁸ “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)⁴⁹ 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,⁵⁰ 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.

⁴⁹ 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).

⁵⁰ 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.⁵¹

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*⁵² 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.⁵³

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

⁵¹ 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).

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

⁵³ 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.⁵⁴

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 Kennedy⁵⁵– reconstruir la

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

⁵⁵ 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)⁵⁶

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*)⁵⁷ con impacto nacional.⁵⁸

En términos esquemáticos,⁵⁹ 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*).⁶⁰

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*).⁶¹

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*).⁶²

⁵⁶ 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).

⁵⁷ 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).

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

⁵⁹ 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.

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

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

⁶² “*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*⁶³, 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.⁶⁴

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.⁶⁵ 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

⁶³ “Cooper v. Aaron”, 358 U. S. 1 (1958).

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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*⁶⁶, que es el modelo de un activismo judicial apartado de la interpretación literal de la ley,⁶⁷ o que procuraron la modificación de estructuras inaceptables en las condiciones de las prisiones,⁶⁸ así como algunos fallos⁶⁹ relativos a la modificación de las estructuras escolares segregacionistas, los cuales son tomados como canon⁷⁰ 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*⁷¹, 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”⁷² [traducción propia].

⁶⁶ “*Roe v. Wade*”, 410 U. S. 113 (1973).

⁶⁷ Véase John H. Ely, “The Wages of Crying Wolf: A Comment of *Roe v. Wade*”, *The Yale Law Journal* 82 (1973): 920.

⁶⁸ “*Hutto v. Finney*”, 437 U.S. 638 (1978).

⁶⁹ “*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).

⁷⁰ Owen Fiss, “The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review* 93 (1979): 1.

⁷¹ “*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.

⁷² “*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 Bork⁷³ 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.⁷⁴ Surge un “activismo judicial en la derecha”⁷⁵ 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.⁷⁶

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

⁷³ Robert H. Bork, *The Tempting of America* (New York: Free Press, 1997).

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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).

⁷⁶ 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.⁷⁷ 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—⁷⁸ 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 bipolar⁷⁹ y refleja la tendencia de algunos jueces a apartarse de este modelo previo.⁸⁰ Por supuesto que hay aquí una especie de reacción contramayoritaria⁸¹ 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

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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).

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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.⁸² La acción creadora del juez o la decisión novedosa del magistrado que sorteando 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).⁸³ Se trata, más allá de su función creadora del derecho, del mantenimiento de una larga tradición anglosajona⁸⁴ que ha sido reivindicada recientemente⁸⁵.

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.⁸⁶ 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.⁸⁷ La cuestión relevante se

⁸² 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.

⁸³ 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.

⁸⁴ 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).

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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).

⁸⁷ 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”⁸⁸ 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”⁸⁹ [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.⁹⁰ 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”⁹¹ o al “activismo judicial”⁹² 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,⁹³ con lo cual los límites tradicionales tienden también a desvanecerse en el medio de esta politización de lo jurídico.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Graglia, “It’s not Constitutionalism...”, 297.

⁹⁰ Graglia, “It’s not Constitutionalism...”, 297.

⁹¹ Akhil Reed Amar, *America’s Unwritten Constitution*, (New York: Basic Books, 2012), 106.

⁹² Seth Stern y Stephen Wermiel, *Justice Brennan. Liberal Champion* (Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2010), 232.

⁹³ 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.⁹⁴

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.⁹⁵ 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,⁹⁶ otros lo conciben como interpretación no originalista,⁹⁷ algunos atienden al activismo judicial como una

⁹⁴ 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.

⁹⁵ 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).

⁹⁶ 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).

⁹⁷ 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,⁹⁸ y otros aluden a un activismo judicial bien utilizado respecto de los individuos en prisión⁹⁹. Se ha dicho, por ejemplo, que refleja el imperialismo de los jueces transformados en hacedores de leyes¹⁰⁰ 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 fundamentales¹⁰¹. 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*.¹⁰²

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.¹⁰³ 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 1988.¹⁰⁴ 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*¹⁰⁵ 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,

⁹⁸ Víctor Abramovich y Chistian Courtis, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley* 2001-D, 22.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ Eduardo Cárdenas, “Reflexiones sobre un fallo de los que florecen breve y aisladamente en los países dependientes”, *La Ley* 2002-D, 1456.

¹⁰² Walter Carnota, “‘Bush v. Gore’. La Corte Suprema de los Estados Unidos elige un presidente”, *La Ley* 2001-A, 394.

¹⁰³ Osvaldo A. Gozaíni, “La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la Acordada CS 4/2007”, *La Ley* 2010-C, 898.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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 Berizonce¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷

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 constitucionalidad¹⁰⁸

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.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰

¹⁰⁶ Berizonce, “El activismo...”.

¹⁰⁷ Parafraseando el tantas veces citado principio de Aristóteles en su *Metafísica*, 1054 b, 14.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ 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).

¹¹⁰ 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.¹¹¹ 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.¹¹²

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 Nino¹¹³ 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).

¹¹¹ 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).

¹¹² 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.

¹¹³ 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.¹¹⁴ Se tiende en este aspecto a cuestionar al activismo judicial como invasor de la actividad de los otros poderes.¹¹⁵ 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.¹¹⁶ El activismo judicial –justificado en estos casos– entra en juego para determinar precisamente cuándo se presentan tales supuestos.¹¹⁷ 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,¹¹⁸ como, por ejemplo, ocurre respecto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio¹¹⁹ o en la reacción de la justicia frente a la emergencia de 2001¹²⁰.

¹¹⁴ Véase en este sentido a Laurence H. Tribe, “The puzzling persistence of process-based constitutional theories”, *The Yale Law Journal* 89 (1980): 1063.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Esta referencia elaborada en términos clásicos se encuentra en Carlos S. Fayt, *Supremacía constitucional e independencia de los jueces* (Buenos Aires: Depalma, 1994), 1.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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–.

¹¹⁹ “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.

¹²⁰ 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*.¹²¹ 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.¹²² Una buena definición en este orden de ideas se encuentra en Gelli¹²³ 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.¹²⁴ 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.¹²⁵

¹²¹ 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.

¹²² Véase Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Ed. Trotta, 2003).

¹²³ 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).

¹²⁴ 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.

¹²⁵ 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.¹²⁶ Esencial en este punto es la recurrencia al principio de progresividad¹²⁷ 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 penal¹²⁸ o incluso el derecho a la vida.¹²⁹ Se considera así al activismo judicial como un procedimiento de apertura de los límites procesales para salvaguardar los derechos fundamentales.¹³⁰

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

¹²⁶ Tal la definición de Jorge Mosset Iturraspe en “Otra muestra...”, 29.

¹²⁷ 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 protectoria de los derechos económicos, sociales y culturales” *La Ley* 2007-D, 1135 (promoviendo el activismo judicial para los DESC).

¹²⁸ Alejandro Carrió, “Derecho constitucional a la privacidad: zonas de protección y zonas de penumbra”, *La Ley* 1993-C, 752.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ 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”¹³¹. 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.¹³² 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”¹³³. 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*¹³⁴ o supone una cierta flexibilidad frente a la aplicación mecánica de la ley.¹³⁵ Dentro de este criterio puede incluirse a la actividad pretoriana intersticial

¹³¹ 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.

¹³² Owen Fiss, “The Forms of Justice”, *Harvard Law Review* 93 (1979): 1, 1-4.

¹³³ 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).

¹³⁴ 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.

¹³⁵ 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.¹³⁶ 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.¹³⁷ 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,¹³⁸ 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”¹³⁹.

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*¹⁴⁰ y *Mignone*¹⁴¹. El ejemplo más claro en este sentido es la compilación de Gargarella y Alegre sobre *El derecho a la igualdad*¹⁴². El activismo judicial se deriva del concepto de igualdad que define y

¹³⁶ Julio C. Rivera y Graciela Medina, “La oportunidad de la reforma del derecho privado”, *La Ley* 2000-F, 1225.

¹³⁷ Thomas Sowell, “Judicial Activism Reconsidered”, *Essays in Public Policy* 13 (1989).

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ CSJN, “Mignone, Emilio F. s/ habeas corpus”, *Fallos* 325:524 (2002).

¹⁴² 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 doctrina¹⁴³ considera activistas a ciertas decisiones como la adoptada por la Corte Suprema en el caso *Mendoza*¹⁴⁴. 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.¹⁴⁵

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.¹⁴⁶ 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 Vanossi¹⁴⁷, 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.

¹⁴³ 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).

¹⁴⁴ 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).

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ Jorge R. Vanossi, “El mar no perdona”, *La Ley* 2003-C, 950.

judicial prudente entre la “pasividad convalidatoria” y la “sobreexcitación” 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”.¹⁴⁸

d) El activismo judicial subordinado a la emergencia: se trata de un rasgo propio del pensamiento de Gordillo.¹⁴⁹ 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”¹⁵⁰ 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 Morello¹⁵¹ –el principal propulsor de esta tendencia–, y también especialistas en Derecho Procesal, como Jorge W. Peyrano¹⁵² y Mabel De los Santos¹⁵³, han puesto de resalto esta traslación del activismo judicial a la dirección del

¹⁴⁸ 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).

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ Gordillo, “El Estado de Derecho...”, 1053.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² 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).

¹⁵³ 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.¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵

b) Instrumentalización apropiada del amparo.¹⁵⁶

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 proceso¹⁵⁷ incluso procurando la pacificación

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ 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).

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸ El magistrado debe intervenir oficiosamente superando los marcos rígidos de su actividad que habían sido establecidos en el siglo XIX,¹⁵⁹ incluso en situaciones que suponen restringir el derecho a la concesión del beneficio para litigar sin gastos¹⁶⁰.

d) Búsqueda de soluciones eficaces para superar las perspectivas rígidas y formales de las leyes.¹⁶¹

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.¹⁶²

f) Reconocimiento de derechos sociales en el proceso.

g) Actividad preventiva de los daños.¹⁶³

¹⁵⁸ Osvaldo A. Gozaíni, “La conciliación”, *La Ley* 1992-E, 928.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ Roberto A. Vázquez Ferreira, “Cuantificación de los daños por mala praxis médica”, *La Ley* 2002-F, 1389, nota número 10.

¹⁶¹ 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).

¹⁶² Ricardo A. Lorenzetti, “La tutela civil inhibitoria”, *La Ley* 1995-C, 1217.

¹⁶³ 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.¹⁶⁴

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.¹⁶⁵

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.¹⁶⁶ 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*¹⁶⁷– o “ilegítimo” –como en *Sejean*– o encontrarse en una situación próxima al límite de la legitimidad del activismo como en el precedente *Ekmekdjian*¹⁶⁸.

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

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ 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).

¹⁶⁶ Alfonso Santiago (h.), *La Corte Suprema y el control político*, 417-444.

¹⁶⁷ CSJN, “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos* 295: 973 (1976).

¹⁶⁸ 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 epistémica¹⁶⁹, 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.¹⁷⁰

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.¹⁷¹ Corresponde precisar, sin embargo, que algunas de estas consideraciones¹⁷² 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.¹⁷³

¹⁶⁹ Véase en este sentido también a Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, (Barcelona: Ed. Gedisa, 1997).

¹⁷⁰ 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.

¹⁷¹ Felipe Fucito, “Algunos aportes al perfil del juez y al diseño de la escuela judicial”, *La Ley* 1999-D, 1117.

¹⁷² 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).

¹⁷³ 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*¹⁷⁴ o que confiere un particular status interpretativo al originalismo¹⁷⁵ o al textualismo¹⁷⁶ carecen de una analogía real en nuestra doctrina. Derivaciones semejantes como la consideración crítica de Sunstein al maximalismo judicial¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁴ Ernest A. Young, “Judicial activism...”, 1180.

¹⁷⁵ Al estilo de Antonin Scalia en “Originalism: the lesser evil”, *University of Cincinnati Law Review* 57 (1989): 849.

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ 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.¹⁷⁸ 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,

¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹

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.¹⁸⁰ 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.¹⁸¹

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

¹⁷⁹ 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).

¹⁸⁰ 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.

¹⁸¹ 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.¹⁸² 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”.¹⁸³

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

¹⁸² El caso paradigmático es Jorge W. Peyrano en el artículo ya citado “Sobre el activismo...”.

¹⁸³ 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.¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵

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).¹⁸⁶ 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 Constitución¹⁸⁷ respecto de los otros dos poderes, sembrando confusión, grave desorden social e inseguridad jurídica. En una perspectiva,¹⁸⁸ lo relevante es la inundación del

¹⁸⁴ 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).

¹⁸⁵ Véase Paolo Comanducci, *Modelos e interpretación de la constitución en Teoría del Neoconstitucionalismo* (Madrid: Ed. Trotta, 2007), 41.

¹⁸⁶ 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).

¹⁸⁷ Catalina E. Arias de Ronchietto, “Efectos de la ley 26.618 en el Derecho de Familia”, *Suplemento de Actualidad La Ley*, 27/12/2011.

¹⁸⁸ 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 social¹⁸⁹ por los derechos constitucionales y, en otra,¹⁹⁰ lo peligroso es la invasión estructural de un poder sobre otro.¹⁹¹

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,¹⁹² 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

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² 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 1994.¹⁹³ 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.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵

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.¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷

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

¹⁹³ 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.

¹⁹⁴ Véase Courtis y Abramovich, “Hacia la exigibilidad de los derechos...”, nota al pie 134.

¹⁹⁵ Andrés Gil Domínguez, “Neoconstitucionalismo y última palabra”, *La Ley* 2008-B, 985.

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸

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”¹⁹⁹ 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.²⁰⁰

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 viviente²⁰¹ o desde una lectura moral de la Constitución.²⁰² Ello sería, sin embargo, una respuesta insuficiente porque lo esencial de la

¹⁹⁸ Resulta obvio que me refiero a la robustez en su descripción de derechos y no a su robustez en su aplicación concreta.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ 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.

²⁰¹ 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.

²⁰² 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),²⁰³ 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.²⁰⁴ 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

²⁰³ 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).

²⁰⁴ 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 malo²⁰⁵ 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 artículo²⁰⁶ 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 “pseudo 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.²⁰⁷ 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”²⁰⁸ 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

²⁰⁵ Manili, “El activismo...”.

²⁰⁶ 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.

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ 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.

Kmieciak, 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 sorprendente 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).