



Escuela de **DERECHO**

Revista Argentina de Teoría Jurídica
Vol. 1, N° 2 (Julio de 2000)

CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ESTABILIDAD CONSTITUCIONAL: SOCIOLOGÍA DEL MODELO ESTADUNIDENSE Y SU COLAPSO EN LA ARGENTINA

*Por JONATHAN MILLER**

I. Introducción

El constitucionalismo en el mundo de hoy muestra una fuerte tendencia entre las nuevas democracias a instaurar el control de constitucionalidad.¹ El modelo preciso puede variar del estadounidense: en muchos países todas las cuestiones constitucionales son tratadas por

* Profesor de Derecho, Escuela de Derecho de Southwestern University. Este trabajo está tomado de uno más amplio, defendido como tesis doctoral (JSD) en la Escuela de Derecho de Columbia University. El autor quiere agradecer a su comité de tesis, Profesores Martha Fineman, Alejandro Garro y R. Kent Grenawalt; a sus colegas argentinos, Profesores Julio C. Cueto-Rúa y Hernán Gullco; y a los muchos miembros de la Escuela de Derecho de Southwestern University que ofrecieron invaluable comentarios. El autor quiere agradecer también a Jerome Feldman y Fang-Lian Liao por su ayuda para la parte de investigación, y a los estudios jurídicos de Buenos Aires *Bianchi, Mijura & Galarce, Marval, O'Farrel & Mairal, y de la Rúa & Díaz Cantón* por el uso de sus oficinas y bibliotecas. Carol Weiner y David McFadden, de la Biblioteca de la Escuela de Derecho de Southwestern University, y Ana María Agüero y Mariana del Carril, de la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, brindaron una ayuda bibliográfica invaluable. Finalmente, los consejos editoriales más constantes y detallados fueron de Carina Judith Miller, la esposa del autor. (El artículo original en inglés fue publicado en *HASTINGS INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW REVIEW*, Volume 21, Number 1, Fall 1997, pp. 77-176. Traducción de Luis Felipe Mohando y Andrea De la Fuente. Corregida por Carina Miller y el autor.)

¹ Ver, por ejemplo, *CONSTITUCIÓN DE BULGARIA*, arts. 149-50; *CONSTITUCIÓN DE LA REP. CHECA*, arts. 83, 87, 95(2); *CONSTITUCIÓN DE ESTONIA*, art. 149; *CONSTITUCIÓN DE LITUANIA*, arts. 102, 110; *CONSTITUCIÓN DE ESLOVENIA*, arts. 158, 160-61; *CONSTITUCIÓN DE UCRANIA*, 147. Las versiones en inglés de todas estas constituciones pueden encontrarse en *CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD* (Albert P. Blaustein & Gilbert H. Flanz ed., 1997).

un solo tribunal;² en otros se practica el control de constitucionalidad antes de que las leyes sean promulgadas.³ De cualquier manera, nadie puede dudar del predominio de las formas de control ejercidas por órganos judiciales o cuasi-judiciales. Dada la naturaleza de la competencia política, el motivo más obvio para el surgimiento del control de constitucionalidad es que las sociedades pluralistas necesitan una institución respetada o varias de ellas para resolver disputas acerca de la interpretación y aplicación de las reglas que mantienen su cohesión. Aún más, la ausencia de un árbitro entraña el riesgo de que desacuerdos constitucionales razonables se transformen en disputas políticas virulentas que pongan en peligro la legitimidad de los que estén en el poder.⁴ Sin un árbitro constitucional independiente de los poderes ejecutivo y legislativo gobernantes, los líderes políticos no sólo tienen pocas limitaciones institucionales en su ejercicio del poder, sino que también su autoridad puede perder legitimidad a los ojos del público. Por otra parte, las sociedades requieren a veces la reinterpretación de reglas constitucionales para dar cabida a nuevas necesidades sociales, y los tribunales pueden legitimar el cambio en estas reglas. Las sociedades pluralistas necesitan órganos capaces de legitimar o desechar los cambios fundamentales cuando hay grupos perjudicados con los cambios.⁵

Si bien la discusión académica sobre el tema de control de constitucionalidad es muy extensa, se le ha prestado muy poca atención a su fundamento sociológico. Es desafortunado que sea así, pues el desempeño y el éxito de cualquier institución política depende de la autoridad que posee, y la fuente de autoridad que invoca una institución puede diferir incluso entre países que tienen sistemas políticos idénticos. Las acciones, intereses y debilidades de un poder judicial que se ve a sí mismo como el intérprete racional de un texto serán completamente diferentes de las de uno que se considera una autoridad carismática carente de restricciones textuales, las que a su vez serán diferentes para una corte que se ve a sí misma como reexpositora de tradiciones inmemoriales, o una que se vea dependiente de un modelo de autoridad externo. Por otra parte, el tipo de autoridad que un tribunal ejerce debe estar en armonía con las expectativas de los grupos políticos más

² Ver, por ejemplo, CONSTITUCIÓN DE ITALIA, art. 134; GRUNDGESETZ REP. FED. ALEMANA, arts. 93, 100; constituciones de Bulgaria, Rep. Checa, Estonia, Lituania y Eslovenia, *supra* nota 1.

³ Ver, por ejemplo, CONSTITUCIÓN DE FRANCIA, arts. 61-2; CONSTITUCIÓN DE ARGELIA, arts. 153, 155; CONSTITUCIÓN DE RUSIA, art. 125(2).

⁴ CHARLES L. BLACK, Jr., THE PEOPLE AND THE COURT, p. 36, 38 (1960).

⁵ Ver *id.*, p. 52, 65.

significativos para no ver en dificultades su propia legitimidad. Las discusiones acerca de la “dificultad contramayoritaria” en los Estados Unidos, que consideran si es o no aceptable admitir que jueces no elegidos por el pueblo tomen decisiones que contradigan a funcionarios que sí han sido elegidos, se acercan al problema sin tocarlo realmente. El problema del fundamento sociológico no es si una forma de interpretación constitucional es superior a otra con relación a la democracia participativa, sino la legitimidad social de lo que sucede a los ojos de todos aquellos que tienen alguna relevancia política en la sociedad.⁶

En este artículo usaré la “Sociología del Derecho” de Max Weber como punto de partida para desarrollar un análisis sociológico del control de constitucionalidad. El modelo mostrará que aunque los tribunales constitucionales pueden apoyarse en varias fuentes de autoridad legitimante al principio, pasado un cierto tiempo los cambios en las necesidades sociales y en el equilibrio político fuerzan a los tribunales a mirar más allá de los textos constitucionales y las intenciones de sus redactores si quieren tener un papel importante en el mantenimiento de la paz social. El truco reside, sin embargo, en adquirir esta capacidad sin perder legitimidad o independencia, y este truco puede llegar a ser muy difícil de realizar en muchas sociedades que usan un modelo basado en el *judicial review* estadounidense. Si bien los jueces pueden acceder a los reclamos sociales y reinterpretar la constitución para adaptarla a la situación imperante, una vez que van más allá de la interpretación textual pueden encontrarse sin fuentes de autoridad para poner límites a un poder ejecutivo popular. En la mayoría de las sociedades los jueces gozan de menos carisma que un poder ejecutivo elegido por el voto popular; los jueces se encontrarán, entonces, del lado de los perdedores en cualquier batalla contra éste en la que el tribunal no pueda señalar reglas claramente establecidas.

Una vez establecido el modelo teórico, será aplicado a la Argentina para mostrar cómo el control de constitucionalidad puede perder su efectividad en el largo plazo. La Argentina presenta una de las tradiciones de control de constitucionalidad más largas del mundo, que

⁶ Algunos críticos de la interpretación constitucional que se aparta de las restricciones de una lectura rígida del texto o de la intención original han expresado preocupación por mantener la legitimidad institucional del poder judicial; pero los argumentos que sostienen que es necesaria una lectura restrictiva de la Constitución para mantener la legitimidad judicial no han pasado nunca el nivel de meras afirmaciones. ERWIN CHERMERINSKI, *INTERPRETING THE CONSTITUTION*, p. 133-34 (1987). Ninguno de los proponentes o críticos de la libre interpretación constitucional ha ofrecido un modelo teórico o evidencia empírica para sustentar sus posiciones.

se remonta a la década de 1860. El control de constitucionalidad gozó inicialmente de un éxito enorme, con muchos fallos que restringían las acciones del ejecutivo⁷. Además, la Corte Suprema Argentina derivó, hasta la década de 1930, su autoridad de la interpretación del texto constitucional y de los precedentes estadounidenses. Concentrarse en el lenguaje de la Constitución le permitió a aquélla desarrollar una jurisprudencia extraordinariamente coherente en áreas tales como libertad de prensa, libertad para emprender actividades comerciales, y derecho de propiedad. Durante la mayor parte de este período la Corte se dedicó a proteger severamente un conjunto de reglas claramente establecidas.

Esto cambió en la década de 1930, cuando la Corte adoptó una filosofía comparable al realismo jurídico estadounidense. Sin embargo, una vez que la Corte comenzó a transitar este camino fue perdiendo gradualmente la capacidad para decirle “no” al ejecutivo con firmeza y éxito, y nunca desarrolló la autoridad para elaborar nuevas restricciones constitucionales sobre aquél. Hacia mediados de la década de 1940 la sociedad argentina ya no pudo soportar más su viejo pacto constitucional y hubo un amplio apoyo para que el ejecutivo y el Congreso resolviesen los problemas económicos y sociales con métodos antes considerados inconstitucionales. Paralelamente, aunque la Corte Suprema argentina ya había comenzado a responder a las presiones sociales para ir más allá del texto constitucional en temas importantes, en la práctica esta flexibilidad minó su autoridad. La Corte perdió gradualmente su capacidad para insistir en la interpretación textual, dado que las necesidades sociales habían cambiado demasiado respecto de las imposiciones del texto y la intención de los redactores. Pero también se volvió más difícil para la Corte imponer su propia autoridad, pues los políticos ya tenían claro que cualquier restricción impuesta por el tribunal era de su propia creación y carente de respaldo doctrinario. Esta situación sólo se ha agudizado en los últimos años, en contraste con las tendencias democráticas en otros aspectos de la política argentina.

Algunas referencias a la historia argentina son inevitables. El período de mayor éxito de la Corte Suprema corresponde al comprendido entre 1862 y 1930 cuando la Argentina, a pesar

⁷ Ver en general: Jonathan M. Miller, *Courts and the Creation of a “Spirit of Moderation”: Judicial Protection of Revolutionaries in Argentina, 1863-1929*, en 20 HASTINGS INT’L & COMP. L. REV., p. 231 (1997) (analizando la insistencia de la Corte Suprema en que el gobierno diese un buen trato a los revolucionarios y a la oposición política).

de numerosos intentos de rebelión, gozó de estabilidad constitucional.⁸ En cambio, desde 1930 hasta 1983, Argentina soportó numerosos gobiernos militares. Pero que la Corte tuviese problemas desde 1930 incluso durante gobiernos democráticos indica que estaba en marcha algo más que sólo golpes de estado militares. El evento más serio en la declinación de la Corte Suprema fue el juicio político de todos sus miembros menos uno entre 1946 y 1947,⁹ durante el entonces recientemente elegido gobierno civil de Juan Perón. Desde 1990, cuando el presidente Carlos Menem amplió el número de sus miembros para llenarlo de partidarios, este tribunal ha sufrido una pérdida de prestigio particularmente notable.¹⁰ Este artículo no se centrará en la respuesta de la Corte a los golpes de estado de 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, porque si bien ella continuó funcionando durante los gobiernos militares -y durante los dos primeros, sin cambios en sus miembros- la argumentación básica de este artículo sobre la relación entre técnicas de interpretación y autoridad judicial puede desarrollarse sin analizar dichos períodos.

Obviamente el estudio de un caso con referencias ocasionales a los Estados Unidos no “prueba” un modelo sociológico de control de constitucionalidad, pero el valor explicativo del modelo para el caso de la historia judicial argentina es suficientemente fuerte como para ofrecer una base alentadora para estudios comparativos en general. En la sección II desarrollaré un modelo sociológico de control de constitucionalidad lo suficientemente general como para ser aplicado a distintas culturas. El modelo se concentra en las fuentes de autoridad que una judicatura puede invocar y en la inevitable presión para que ésta responda a las necesidades sociales que debe soportar cuando está inmersa en la interpretación de un texto constitucional. También explora las dificultades que puede enfrentar para mantener su autoridad en la sociedad una vez que invoca lo que es esencialmente una autoridad “carismática” libre de restricciones textuales. En la sección III examinaré la experiencia argentina de control de constitucionalidad a la luz del modelo, destacando las fuentes de autoridad que estaban disponibles para los jueces argentinos y las que ellos invocaron en diferentes momentos de la historia argentina. Primero serán

⁸ En 1874, 1880, 1890, 1893 y 1905 tuvieron lugar revueltas de importancia que fracasaron, además de numerosas insurrecciones provinciales de pequeña escala. Para un comentario sucinto del período ver DAVID ROCK, ARGENTINA 1516-1987, p. 118-213 (1987).

⁹ Comentado *infra*, p. 76-82.

¹⁰ La ley N° 23.774, A.L.J.A. [1990-A], p. 64 (B.O. 16 de abril de 1990), amplió la cantidad de miembros de la Corte Suprema de la Nación Argentina de cinco a nueve jueces.

examinadas la libertad de expresión y la protección de la propiedad y las actividades comerciales en un extenso período para determinar cómo las técnicas interpretativas de la Corte Suprema cambiaron a través del tiempo, y para ver el efecto práctico de un enfoque más “sensible” en las protecciones constitucionales y en la autoridad de aquélla. Más adelante examinaré la pérdida general de autoridad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la compararé con la autoridad de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Este artículo concluirá que un desplazamiento hacia una interpretación “sensible”, que requiere un intérprete que goce de al menos una autoridad carismática limitada, probablemente sea inevitable con el paso del tiempo; pero el dilema es que cuando se dé este cambio, a menos que la sociedad reconozca en los jueces alguna autoridad carismática, los tribunales correrán el riesgo de perder su autoridad efectiva e independencia.

II. Una sociología del control de constitucionalidad

A. Los tribunales y la generación de seguridad mutua y legitimidad

Para crear un modelo de las fuerzas que afectan la autoridad del control de constitucionalidad que pueda ser usado en culturas diferentes es necesario establecer un denominador común de constitucionalismo y el rol que el control judicial puede tener para mantener la estabilidad política. La constitución brasileña de 1988 tiene, por ejemplo, 245 artículos y ya ha sido reformada una docena de veces.¹¹ La constitución argentina, comparativamente más estable durante casi todo el período entre 1860 y 1994, tiene 124 artículos luego de la reforma de 1994, e incorpora por referencia el texto completo de diez tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.¹² Estas constituciones no sólo exceden a la constitución norteamericana por su amplitud y detalle, sino que contienen muchas disposiciones de carácter principalmente desiderativo. Esta variedad y complejidad hace que sea necesario definir el constitucionalismo de acuerdo con un denominador común de objetivos funcionales comunes antes de tratar comparativamente el control de constitucionalidad.

El trabajo clásico de Robert Dahl sobre desarrollo político, *Polyarchy* (Poliarquía), ofrece puntos de partida muy útiles, a pesar de que este artículo se desarrollará en un sentido totalmente diferente.¹³ En su libro, Dahl define “poliarquía” como un sistema en el cual una gran parte de la sociedad puede participar en la elección de los funcionarios públicos en elecciones libres y competitivas.¹⁴ Esta definición, aunque estrecha como

¹¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. El texto de las reformas a la constitución brasileña puede encontrarse en CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD, *supra* nota 1, p. 3.

¹² CONSTITUCIÓN ARGENTINA, art. 75 inc. 22.

¹³ Si bien la discusión que sigue usa ROBERT A. DAHL, POLYARCHY (1971) como punto de partida, la mayor parte de este artículo es irrelevante para las inquietudes que él presentó. Dahl afirma que la secuencia más común en la transformación hacia la democracia, entre los regímenes democráticos más duraderos, comprende abrir inicialmente el sistema político a contiendas entre miembros de una oligarquía, seguido de una ampliación gradual de la participación. *Id.*, p. 36. La tolerancia y la seguridad mutua se desarrollan más fácilmente en una elite pequeña que comparte perspectivas similares que en un surtido de participantes grande y heterogéneo. *Id.*, p. 37. Los nuevos grupos que son invitados a participar en el proceso electoral o que, más plausiblemente, luchan por ingresar en él encuentran un sistema de seguridad colectiva ya funcionando. *Id.*, p. 36. De acuerdo con Dahl, es mucho más fácil socializar nuevos grupos dentro de un esquema existente de seguridad mutua que intentar crear, con fuerzas dispares, un sistema nuevo de la nada. *Id.*, p. 34, 36-38. La experiencia argentina de la década de 1940, en la que el presidente Juan Perón introdujo a la clase trabajadora en el sistema político ignorando muchas de las reglas que habían gobernado la política argentina hasta entonces, puede en verdad minar el argumento de Dahl.

¹⁴ *Id.*, p. 1-6. En las p. 10-11 señala también que esta definición es en muchos casos excesivamente estrecha.

descripción de objetivos políticos -porque excluye consideraciones como igualdad social y otros derechos sociales-, describe sin embargo una forma de gobierno que la mayoría de los pensadores políticos actuales consideran un objetivo social básico. La meta es un gobierno sensible y receptivo y la protección de aquellos derechos necesarios para obtener un gobierno sensible, como el derecho al voto, libertad de reunión, libertad de asociación y libertad de expresión. Tomar “poliarquía” como una definición operacional de “democracia”, y “desarrollo democrático” como el proceso de desarrollo y mantenimiento de esa democracia, mantendrá la discusión que sigue dentro de límites manejables sin impedir que consideraciones de igualdad social se incluyan más adelante en el análisis. Siendo el objetivo la democracia como poliarquía, es posible preguntarse qué condiciones favorecen el desarrollo y conservación de las instituciones democráticas y cuál es el papel de los tribunales en ese proceso.

Es clave para un sistema democrático definido en términos de elecciones abiertas y competitivas que el gobierno tolere a sus oponentes. Dahl ofrece varios axiomas que pueden ser reducidos a la siguiente proposición:

La probabilidad de que un gobierno tolere una oposición incrementa cuando disminuyen los costos de la tolerancia y aumentan los costos de la represión.¹⁵

Un gobierno apoyado por intereses temerosos de una represión despiadada en caso de que la oposición tome el poder probablemente reprima a los opositores en forma despiadada para mantenerse en el poder. Un gobierno que afronta costos pequeños o ningún costo -en términos de reproche social, pérdida de apoyo político o insurrección- si decide reprimir a la oposición, seguramente lo hará. Un gobierno que se enfrenta con costos para reprimir a la oposición sopesará con cuidado: (a) los beneficios que le reporta la represión de opositores contra (b) el costo de actuar represivamente, más el costo que enfrenta si no reprime a la oposición.

Dahl señala entonces una consecuencia fundamental de su propuesta. Las sociedades que anhelan la democracia deben crear un nivel alto de seguridad mutua entre los que están en el poder y la oposición.¹⁶ Un partido en el poder estará mejor dispuesto a tolerar una oposición cuando sepa que si la oposición toma el poder habrá reglas políticas claras para

¹⁵ *Id.*, p. 15.

¹⁶ *Id.*, p. 16.

proteger los intereses del grupo o de los grupos que forman el partido gobernante, y que tendrá la oportunidad de recuperar el control de alguna parte del gobierno si lo pierde en una elección. Si este partido teme ser desplazado permanentemente porque los miembros de la oposición, una vez en el poder, tenderán a establecer una hegemonía -como afirmaban muchos gobiernos de América Latina con respecto a la oposición de izquierda durante la Guerra Fría¹⁷ - tomará, entonces, medidas represivas. Sin embargo, si reglas políticas claras prohíben la represión de opositores, reprimir a pesar de estas reglas tendrá un costo político muy alto. Personas no típicamente asociadas a la oposición pueden decidir oponerse al gobierno. Incluso las mismas fuerzas de represión al servicio de éste pueden volverse poco confiables, si los miembros de las fuerzas de seguridad gubernamentales cuestionan la legitimidad de la conducta del gobierno.¹⁸

Si un alto nivel de seguridad mutua entre los que están en el poder y la oposición es un elemento clave del desarrollo democrático, la siguiente pregunta es cómo establecer el nivel de seguridad mutua necesario. Dahl no aborda el tema de qué tipos de instituciones gubernamentales contribuyen al establecimiento de seguridad mutua, pero al menos en el modelo estadounidense, esa ha sido la función de la Constitución de y los tribunales. Si bien el poder judicial no es la única institución capaz de contribuir a la sensación de

¹⁷ En la Argentina, la Corte Suprema de Justicia usó este argumento en “Partido Obrero”, Fallos 253:133 (1962), y “Fernández de Palacios”, Fallos 278:287 (1970), justificando la represión de la extrema izquierda sobre la base de que ésta no aceptaba el sistema democrático.

¹⁸ El costo de la tolerancia y/o la represión de la oposición al gobierno puede depender de otras variables además del nivel de seguridad mutua, algo que el modelo de Dahl no identifica. Dos variables que importan en el contexto de los países en desarrollo son el efecto de las costumbres sociales unificadoras y el efecto de la interferencia extranjera. Las costumbres sociales unificadoras y el grado de desarrollo de los intereses sociales y económicos dispares pueden afectar teóricamente los costos calculados por el gobierno para decidir si tolerar o reprimir a la oposición. El costo de mantener una hegemonía es bajo si está reforzado por la tradición y pocos intereses encontrados han podido desarrollarse. Sin embargo, el desarrollo de la economía de mercado en la mayoría de los estados ha creado ya una fuerte tendencia hacia la dispersión de intereses económicos y sociales, y es probable que esta tendencia se incremente. Aunque el modelo de Dahl no funciona cuando las sociedades no poseen una variedad de grupos económicos y sociales en competencia, actualmente la mayoría de las sociedades satisface esta condición.

La interferencia externa es más difícil de manejar en el modelo de Dahl, pues ella puede afectar los cálculos de la clase o facción en el poder. Cuando los intereses económicos de la elite gobernante dependen de la cooperación extranjera, y esta cooperación correría riesgos si la oposición llegase al poder, el costo de la elite de tolerar a la oposición aumenta. Si la intervención extranjera consiste en críticas al gobierno por violaciones a los derechos humanos y la elite gobernante depende de la cooperación exterior, entonces el costo de reprimir a la oposición aumenta. Sin embargo, la injerencia extranjera, excepto cuando es excepcionalmente manifiesta, operará usualmente en los márgenes del cálculo de los actores políticos. Situaciones en las que la intervención externa hace que el nivel de seguridad mutua se vuelva irrelevante implican un nivel de interferencia tan evidente que el país ha perdido gran parte de su soberanía, y la discusión acerca del desarrollo de instituciones democráticas *locales* carecerá de sentido.

seguridad mutua entre actores políticos, incrementar esa sensación puede resultar una parte importante de la función del control judicial de constitucionalidad. Si a una oligarquía gobernante le preocupa si la oposición tiene la voluntad de mantener elecciones abiertas y competitivas una vez en el poder, su nivel de tranquilidad debería elevarse por la existencia de cláusulas constitucionales que prevean elecciones, libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de reunión, y un sistema judicial de control que funcione en caso de cualquier violación. Si a una oligarquía gobernante le preocupa que la oposición intente redistribuir sus propiedades, una cláusula en la constitución que proteja los derechos de propiedad y un control judicial ante violaciones contribuirán a que la oligarquía acepte un cambio de régimen. Este enfoque es ciertamente consistente con *El Federalista*, en el que Hamilton y Madison describen las cortes federales como árbitros designados para mantener la paz de la Unión.¹⁹ Una forma central de ver el poder judicial norteamericano es la de un árbitro de conflictos, que mantiene la paz social por medio de sus decisiones.²⁰

Si la poliarquía -el establecimiento de un gobierno democrático pacífico a través de elecciones libres- es la meta, entonces el constitucionalismo puede ser descrito como las reglas necesarias para crear una sensación de seguridad mutua. De hecho, usando esta concepción minimalista de constitución podemos substituir las palabras “reglas de seguridad mutua” por “constitución”. Una constitución consiste en estas reglas y procedimientos que son considerados por todos como la base para la participación pacífica en el proceso político. Del mismo modo, una conducta legítima, al menos desde el punto de vista de un actor político, es la conducta que se adecua a la percepción de las reglas de seguridad mutua vigentes para ese actor político. Un gobierno legítimo es uno que llega al poder de acuerdo con lo que el observador considera que son las reglas vigentes de seguridad mutua y se comporta de acuerdo con esas reglas. Una regla de seguridad mutua aparecerá a menudo en el texto de la constitución del estado, pero no hay necesidad de que sea así.²¹ Las constituciones pueden ser total o parcialmente consuetudinarias. Las reglas de

¹⁹ THE FEDERALIST No. 78 (Alexander Hamilton); THE FEDERALIST No. 39 (James Madison). Ver también BLACK, *supra* nota 4, p. 158. De la misma forma, Tocqueville destaca el papel de los tribunales federales norteamericanos en el mantenimiento de la paz social y política, en ALEXIS DE TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA, p. 156-57 (Phillips Bradley ed., Alfred A. Knopf, Inc. 1945).

²⁰ Ver MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS, p. 8, 17 (1981).

²¹ Un ejemplo típico puede ser la regla no escrita de que los presidentes norteamericanos no podían tener más de dos mandatos consecutivos, una regla establecida al decidir George Washington estar en la presidencia por sólo dos períodos, y que duró hasta Franklin D. Roosevelt (que gobernó por cuatro períodos). Reaccionando

seguridad mutua pueden tratar acerca de derechos de propiedad si ese derecho es importante para conseguir la aceptación del sistema político por parte de quienes poseen riquezas. Las reglas pueden establecer también derechos tales como educación primaria libre y gratuita o derecho a los beneficios de la seguridad social, si esto es necesario para que la gente de menores recursos acepte el sistema político. En un sistema así, los tribunales pueden servir como árbitros de la interpretación de estas reglas.

Charles Black ha ofrecido una de las discusiones más conocidas acerca de la Suprema Corte estadounidense como institución legitimadora.²² Comienza analizando la “legitimidad” en términos parecidos a los ofrecidos aquí, preguntando qué lleva a los individuos a considerar al gobierno como una estructura constitucional “auténtica y de derecho”,²³ y parte del axioma de que un gobierno no será considerado legítimo si no está “autorizado”.²⁴ Luego señala el problema de mantener la legitimidad, argumentando que el “ingrediente indispensable en la legitimación original y en la consiguiente de un gobierno debe ser su posesión y uso de algún medio para conseguir consenso sobre la legitimidad de las medidas gubernamentales importantes”.²⁵ El mero hecho de que un gobierno tenga poderes limitados crea condiciones oportunas para cuestionar la legitimidad de sus acciones porque los individuos afectados considerarán a menudo que el gobierno ha actuado más allá de sus poderes. Además, como el lenguaje de la constitución es necesariamente muy amplio, conducirá inevitablemente a disputas acerca de la legitimidad de los actos de gobierno.²⁶ Los tribunales proveen un mecanismo para que los individuos ventilen sus reclamos de ilegitimidad de los actos de gobierno y, dada su posibilidad de presentarse ante un tribunal, los litigantes aceptarán la decisión de éste como una declaración de la legitimidad o ilegitimidad de la acción de gobierno.²⁷

Como mínimo, los árbitros deciden las disputas. Los jueces, sin embargo, como árbitros que mantienen las reglas de seguridad en las que se asienta el gobierno legítimo,

ante la actitud de este último la regla se formalizó en la Vigésimosegunda Enmienda a la Constitución estadounidense.

²² BLACK, *supra* nota 4.

²³ *Id.*, p. 36.

²⁴ *Id.*, p. 37.

²⁵ *Id.*, p. 38.

²⁶ *Id.*, p. 40-41.

²⁷ *Id.*, p. 49-52.

sientan precedentes que sustentan la legitimidad del sistema político. Dahl, en un artículo sobre la Suprema Corte norteamericana escrito mucho antes que *Polyarchy*, comenta que el mayor logro de este tribunal ha sido el de conferir legitimidad a las políticas fundamentales de la coalición en el poder.²⁸ Según Dahl, la Suprema Corte estadounidense raramente se ha enfrentado a políticas gubernamentales políticamente importantes,²⁹ una postura que otros académicos han rechazado.³⁰ Sin embargo, nadie cuestiona la posición de que la Suprema Corte norteamericana frecuentemente legitimará constitucionalmente las políticas del gobierno, e incluso Dahl admitiría que la autoridad legitimadora de este tribunal depende de la percepción del público de su independencia de otras ramas del gobierno. Una corte títere difícilmente pueda conferir legitimidad.³¹ Hay consenso académico en que los fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos confieren legitimidad y ayudan a establecer la estructura constitucional, y de que esas funciones tienen un impacto mucho más profundo que la resolución de los casos y conflictos individuales.³²

B. La legitimidad del legitimador

Si el modelo de control de constitucionalidad no fuera más allá de lo que se ha explicado ya, la solución para cualquier país que busque estabilidad constitucional parecería bastante simple: Establecer una constitución que proporcione seguridad mutua para todos los grupos políticamente relevantes y establecer un sistema de justicia que aplique las reglas establecidas. Sin embargo, este modelo estaría seriamente limitado en dos aspectos. Primero, el modelo es estático y asume implícitamente que los jueces aplican reglas

²⁸ Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L., p. 279,294 (1957).

²⁹ *Id.*

³⁰ Ver, por ejemplo, Roger Handberg & Harold F. Hill Jr., *Court Curbing, Court Reversals, and Judicial Review: The Supreme Court Versus Congress*, 14 L. & SOC'Y REV., p. 309, 321 (1980); Jonathan D. Casper, *The Supreme Court and National Policy Making*, 70 AM. POL. SCI. REV., p. 50, 60-63 (1976).

³¹ Ronen Shamir, en "*Landmark Cases*" and the *Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice*, 24 L. & SOC'Y REV., p. 781, 800 (1990), cita a DAHL, *supra* nota 13, p. 282, como reconociendo implícitamente la importancia que tiene para la Suprema Corte norteamericana crear al menos la impresión de que ocasionalmente decide en favor de las minorías políticas, y su artículo demuestra lo importante que es para una Corte mostrar que puede decidir casos en contra del gobierno si pretende gozar de la legitimidad necesaria para otorgar legitimidad; ver también BLACK, *supra* nota 4, p. 53.

³² Ver, por ejemplo, BLACK, *supra* nota 4, p. 78-80, mostrando el ejemplo de las primeras decisiones de la Corte norteamericana en favor de una interpretación amplia de los poderes del gobierno federal; en las p. 64-66, Black da el ejemplo de las decisiones de este tribunal legitimando las estructuras gubernamentales creadas por el New Deal después de su oposición inicial; JESSE H. CHOPPER, *JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS*, p. 83-122 (1980).

establecidas previamente por los partidos contendientes -algo así como resolver una disputa contractual en la que el contrato provee todas las reglas aplicables a la relación entre las partes-. En la práctica, en cambio, las reglas evolucionan. Segundo, el modelo asume que las reglas de seguridad mutua y el sistema judicial que resuelve disputas sobre la aplicación de estas reglas goza de autoridad -una presunción enorme, cuya dinámica también puede cambiar con el tiempo-.

La Sociología del Derecho de Max Weber comienza a llenar estos vacíos. Si bien el trabajo de Weber estudia las reglas del derecho y sus fuentes de autoridad en términos más generales que el mero constitucionalismo, muchas de sus observaciones son aplicables en el ámbito constitucional y ofrecen un punto de partida valioso. Weber enfatiza la previsibilidad que proporciona el derecho como algo esencial para el crecimiento de las relaciones comerciales y el capitalismo -porque provee la seguridad necesaria para el crecimiento económico-. El mejor ambiente para la búsqueda del propio interés económico es uno en el que pueda darse el cálculo racional de los resultados de los negocios de una persona con los demás, lo que sólo es posible con la seguridad de la ley.³³ Para maximizar la previsibilidad, la ley debe ser separada de las presiones sociales y políticas y seguir los procedimientos normales -consiguiendo así autonomía respecto de cualquier meta social que no haya sido expresada por el legislador en la ley misma-.³⁴ Este derecho autónomo alcanza perfección teórica cuando se torna crecientemente racional -a medida que los académicos del derecho se ven cada vez más capaces de definir la solución legal a los problemas de una manera que elimina cualquier contradicción dentro de la ley y aumenta la previsibilidad-. El racionalismo jurídico “representa la integración de todas las proposiciones analíticamente derivadas de manera que constituyan un sistema de reglas lógicamente claras, internamente consistente y, al menos en teoría, completo; reglas bajo las cuales todas las situaciones de hecho concebibles deben ser capaces de ser subsumidas lógicamente para evitar que su orden carezca de una garantía suficiente”.³⁵

³³ MAX WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY*, t. 2, p. 847, 833 (Günther Roth & Claus Wittich ed., University of California Press, 1978) (1968); ver también David M. Trubek, *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, 1972 WIS. L. REV., p. 720, 740 (1972); Sally Ewing, *Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber's Sociology of Law*, 21 L. & SOC'Y REV., p. 487, 490 (1987).

³⁴ PHILIPPE NONET & PHILIP SELZNIK, *LAW AND SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD RESPONSIVE LAW*, p. 58-59. El término “derecho autónomo” usado en esta sección está tomado de su trabajo, y usado en el mismo sentido. *Id.* p. 76-77.

³⁵ WEBER, *supra* nota 33, t. 2, p. 656.

La legitimidad de la autoridad en el sistema jurídico racional autónomo que describe Weber depende “de una creencia en la legalidad de las reglas promulgadas y el derecho de mandar de los que han sido investidos de la autoridad conforme con esas reglas.”³⁶ Volviendo a la terminología usada en la sección anterior, en esta fase el sistema legal disfruta de la legitimidad de las reglas de seguridad mutua aplicadas tal como están escritas. Déspotas y demagogos se encuentran atados por igual a las restricciones de un sistema jurídico que se opone a ellos con las respuestas de “una máquina técnicamente racional” no influenciada por sus objetivos políticos.³⁷ Como los jueces y la ley operan autónomamente en un sistema autocontenido, operan sin control gubernamental. Además, las reglas de seguridad mutua más esenciales pueden gozar de un *status* de derecho natural, en el sentido de que le deben su categoría de ley no a una promulgación del derecho positivo sino a una valoración teleológica o religiosa que las autoridades ordinarias no tienen poder para conferir o quitar.³⁸

Weber, sin embargo, incluye además un elemento dinámico, por lo que describe los sistemas de derecho racional autónomo como sujetos a una inevitable transición hacia lo que algunos sociólogos han llamado “derecho sensible”.³⁹ Primero, porque si bien la justicia formal del racionalismo legal otorga a los individuos la libertad de dedicarse a sus intereses dentro de la ley, también legaliza el reparto inequitativo de poder económico.⁴⁰ Esto a la vez crea conflictos con enseñanzas religiosas que requieren equidad, y con presiones políticas, ya sea del pueblo o de intereses especiales que piden una redistribución de la riqueza. De acuerdo con Weber, lo mejor para una elite económica es un sistema legal autónomo y racional lo suficientemente caro para los litigantes como para constituir una denegación de justicia *de facto* a los pobres, y que como mínimo protege las ventajas de la elite.⁴¹ “Nuevos reclamos por un ‘derecho social’ basado en postulados éticos teñidos de

³⁶ *Id.*, t. 1, p. 215.

³⁷ *Id.*, t. 2, p. 811.

³⁸ *Id.*, t. 2, p. 867 (dando la definición de derecho natural usada aquí); *id.*, t. 2, p. 789-92, 809-10, 855-67, destacando también el rol del derecho religioso como una etapa en el desarrollo de sistemas jurídicos autónomos racionales; cf. ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *LAW IN MODERN SOCIETY*, p. 76-86 (1976) (afirmando que el derecho natural es un precursor necesario del derecho positivo en una sociedad pluralista).

³⁹ NONET & SELZNIK, *supra* nota 34, p. 76-77.

⁴⁰ WEBER, *supra* nota 33, t. 2, p. 812.

⁴¹ *Id.*, t. 2, p. 814; ver también EWING, *supra* nota 33, p. 507; David Trubek, *Max Weber's Tragic Modernism and the Study of Law in Society*, 20 *L. & SOC'Y REV.*, p. 573, 593-97 (1986).

emotividad como ‘justicia’ o ‘dignidad humana’, y dirigidos directamente contra el predominio de una moralidad meramente empresaria” surgen cuando las clases económicamente más desaventajadas ganan voz política.⁴² En el ámbito del derecho privado se comienzan a escuchar argumentos de coerción económica y de desproporción manifiesta entre promesa contractual y retribución.⁴³ La generalidad y uniformidad de aplicación de las reglas que ofrece un sistema de derecho autónomo garantizan que los funcionarios se abstendrán de usar sus cargos para provecho personal y que los ciudadanos no se verán en una situación de dependencia respecto de quienes son funcionarios. Sin embargo, dado que el derecho es también un mecanismo para la distribución del poder, el sistema funciona en detrimento de quienes carecen de poder económico y social.⁴⁴ La clase trabajadora deseará entonces una justicia distributiva que reinterprete la ley en su favor, no una justicia ciega que ignore sus intereses.

Segundo, la expansión de una ideología del bienestar social y del intervencionismo económico en el estado burocrático moderno llevará a que el gobierno desee que los jueces promuevan sus metas.⁴⁵ El gobierno buscará reclutar a los profesionales del derecho para promover sus políticas; los abogados, sintiéndose limitados por enfoques del derecho técnicos y mecánicos, muchas veces estarán dispuestos a acceder. Un gobierno que busca establecer indemnizaciones por despido obligatorias y seguro de desempleo necesita tribunales dispuestos a torcer las nociones tradicionales del derecho contractual y de la libertad contractual para dar cabida a los nuevos esquemas. Un gobierno que combate al terrorismo puede llegar a requerir una mayor aceptación judicial del trabajo de los agentes encubiertos. Por otra parte, los abogados mismos desearán alinear al derecho con los valores sociales.⁴⁶ Aun cuando la ley no otorgue ningún tratamiento especial para la anciana viuda que firma un contrato de largo plazo para adquirir inversiones especulativas sobrevaluadas, los profesionales del derecho que compartan los valores de la sociedad en general buscarán leer la ley de manera de que sí la otorgue.

Tercero, aun los intereses comerciales querrán muchas veces escapar de los confinamientos

⁴² WEBER, *supra* nota 33, t. 2, p.886.

⁴³
Id., t. 2.

⁴⁴ UNGER, *supra* nota 38, p. 179-80.

⁴⁵ Ver WEBER, *supra* nota 33, t. 2, p. 886, 893-94; EWING, *supra* nota 33, p. 507.

⁴⁶ WEBER, *supra* nota 33, t. 2, p. 886-88.

de un derecho autónomo racional que no responda a sus prácticas y necesidades reales. “Las partes privadas tienen como meta los resultados económicos y están orientados a expectativas determinadas económicamente”⁴⁷ que pueden diferir de la determinación de la ley acerca de la relación jurídica entre las partes.⁴⁸ Cuando el derecho busca incrementar su lógica y ganar previsibilidad para el jurista la pierde para el hombre común.⁴⁹ Moviéndonos más allá de Weber hacia la esfera constitucional, uno espera también que los intereses comerciales busquen una relación económica diferente con el estado, acorde con las condiciones económicas prevalecientes. El *laissez-faire* puede ser atractivo por un tiempo, mientras que en otras circunstancias la regulación o los subsidios estatales serán preferidos. Tanto si una postura *laissez-faire* ante los derechos económicos o una de intervención estatal han sido construidas en las reglas de seguridad mutua, se requerirá un cambio en estas reglas si un cambio en la situación económica lleva a los intereses comerciales a buscar una transformación en la relación con el Estado.

Weber no toma en cuenta, sin embargo, la legitimidad de un sistema legal que carece de la justificación de que meramente aplica reglas de seguridad mutua preestablecidas. El derecho autónomo goza de legitimidad porque representa el sistema de seguridad mutua que una sociedad pluralista necesita para tener estabilidad. Si el derecho, y más aún, una constitución, es visto como abarcador de los preceptos sociales esenciales y como la fuerza que mantiene la seguridad mutua, entonces no puede ser perturbado.⁵⁰ Los tribunales que buscan responder a las valoraciones sociales externas al sistema jurídico pierden la justificación de que sólo aplican las reglas de seguridad mutua. Aunque fuerzas sociales imparables reclamen instrumentalismo jurídico para promover valores sociales y políticas públicas, los cambios en el derecho a través de la jurisprudencia también resultan en ganadores y perdedores, y los perdedores cuestionarán la legitimidad del cambio. El problema de la legitimidad se vuelve aún más grave cuando, como sucede a menudo, se percibe que algunas de las reglas del sistema de seguridad mutua tienen raíz en el derecho natural, lo que hace que cualquier cambio sea un cambio en un derecho teóricamente

⁴⁷ *Id.*, t. 2, p. 885.

⁴⁸ *Id.*, t. 2, p. 885, 893.

⁴⁹ *Id.*, t. 2, p. 855.

⁵⁰ Cf. SAMUEL P. HUNTINGTON, *POLITICAL ORDER IN CHANGING SOCIETIES*, p. 101 (1968); UNGER, *supra* nota 38, p. 65 (hace una observación muy similar, pero en el contexto de sociedades que intentan apartarse del derecho natural incólume).

inalterable. Mientras más sensible se vuelve un sistema jurídico, más serio se torna el problema de su legitimidad.

Por otra parte, no existe ninguna seguridad de que las clases sociales desaventajadas por los efectos distributivos de interpretaciones formales del derecho mejoren su situación una vez que los jueces comiencen a considerar cuestiones de política social al aplicar la ley.⁵¹ Un poder judicial socialmente conservador pero instrumentalista fácilmente puede demostrar ser más dañino para sus intereses que uno que aplique el derecho en forma mecánica. Las clases disconformes con la distribución del poder económico y social configurado en un sistema jurídico enfrentan un callejón sin salida. Pueden atacar el formalismo de las reglas y reclamar decisiones judiciales que respondan a sus objetivos sociales; pero si lo hacen, a menos que controlen el poder judicial, pueden dar pie a las aventuras de una judicatura contraria a sus intereses.⁵²

Un juez entrenado para tratar al derecho como algo autónomo respecto de influencias externas puede responder a las críticas de los activistas diciendo que cualquier cambio en las normas fundamentales debe intentarse a través de una reforma constitucional. Pero un proceso de reforma, en particular cuando se trata de cuestiones fundamentales, puede ser imposible en la práctica, incluso para una mayoría poderosa. Primero, el proceso formal de reforma constitucional en una constitución escrita debe ser inevitablemente extraordinario si la constitución pretende asegurar reglas permanentes de seguridad mutua. Una constitución fácilmente reformable provee poca seguridad. La dificultad misma para cumplir con los requisitos de reforma constitucional le permite a una minoría determinada bloquear los cambios que se han convertido en esenciales para la tranquilidad política de la sociedad. Segundo, la constitución puede tener su fuente en normas religiosas o en el derecho natural, o tener un *status* sagrado, haciéndola resistente a un proceso formal de reforma, a pesar de la gran necesidad política de cambio. En ese caso, la constitución reformada puede no tener la misma aceptación que gozaba el documento original. Tercero, la redacción de una nueva constitución, o una reforma substancial de una antigua, es un acto extraordinario de la sociedad, que requiere una enorme energía política y a menudo es producto de revoluciones o insurrecciones. Se necesitó el levantamiento de los barones ingleses contra el rey John para producir la Magna Carta de 1215 y la Guerra Civil para las

⁵¹ WEBER, *supra* nota 33, t. 2, p. 893.

⁵² UNGER, *supra* nota 38, p. 190.

enmiendas 13^a, 14^a y 15^a a la Constitución de los Estados Unidos. Intentar una reforma constitucional puede causar una grave inseguridad política tanto si las fuerzas que buscan cambios intentan demostrar que representan a una supermayoría dueña de cambiar las reglas como si la minoría política siente amenazados intereses antes intocables.

Algunos pueden estar tentados de decir que el problema de la legitimidad es tan grave que los jueces no deberían jamás intentar reemplazar un sistema jurídico racionalista autónomo por un derecho sensible.⁵³ Incluso tradicionales defensores de una toma de decisiones judiciales sensibles como Philip Selznick, que ayudó a acuñar el término “derecho sensible” para describir la interpretación de la ley de manera de responder a las necesidades sociales,⁵⁴ atemperan su reclamo de sistemas de decisión judicial más sensibles con la advertencia de que el propio sistema debe ser básicamente seguro.⁵⁵ El problema es, sin embargo, que las fuerzas que reclaman decisiones judiciales sensibles pueden resultar inexorables. Si bien las clases sociales que se ven desaventajadas por las reglas de seguridad mutua de la sociedad lo pensarán dos veces antes de permitir que jueces a quienes perciben como colaboradores de las clases privilegiadas comiencen a aplicar derecho sensible, el *status quo* de las reglas existentes aplicadas autónomamente demostrará también ser inaceptable. Por otra parte, es probable que cambien con el correr del tiempo los grupos sociales políticamente relevantes, su peso relativo y la distribución del poder político en la sociedad. Si una constitución fue escrita durante un período de democracia oligárquica y la participación política se ha ampliado desde entonces, aunque los nuevos participantes políticos pueden aceptar inicialmente el sistema de seguridad mutua existente, es probable también que expresen una frustración creciente con reglas que otorgan mayores concesiones a la vieja elite de lo que justifica su poder político actual. Dado que las constituciones vigentes suelen resultar muy difíciles de reformar, el problema de mantener la legitimidad se vuelve notablemente complejo. A menos que las reglas de seguridad mutua evolucionen, perderán su vigencia, pues segmentos de la sociedad cada vez mayores se encontrarán reacios a aceptar el pacto constitucional y dejarán, entonces, de

⁵³ Por supuesto, esta es esencialmente la posición de los constructivistas estrictos. Ver, por ejemplo, ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW*, p. 143, 159-60 (1990); Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CIN. L. REV., p. 849, 854 (1989).

⁵⁴ NONET & SELZNICK, *supra* nota 34, p. 76-77.

⁵⁵ PHILIP SELZNICK, *THE MORAL COMMONWEALTH: SOCIAL THEORY AND THE PROMISE OF COMMUNITY*, p. 464 (1992).

considerar legítimos al gobierno y su política. En estas circunstancias los tribunales no pueden actuar como árbitros que aplican reglas de seguridad mutua, pues las reglas mismas son inaceptables. Pero si la constitución sí evoluciona a través de las técnicas interpretativas de los jueces y otras instituciones sociales, el intérprete -que antes dependía de la racionalidad del derecho autónomo- de la misma manera corre el riesgo de perder su legitimidad y la capacidad de conferirla.

Si bien el trabajo de Weber no se ocupa directamente del problema de la legitimidad en un sistema jurídico sensible, ofrece una base para extrapolar. “Sociología del Derecho” de Weber analiza al derecho primeramente en el contexto de los que él llama fundamentos “racionales” de dominación legítima, o gobierno que se apoya “en una creencia de la legalidad de las reglas vigentes y el derecho de quienes fueron elevados, bajo estas reglas, a la autoridad para a dar órdenes”.⁵⁶

Sin embargo, Weber también describe otros dos tipos de dominación legítima: la dominación “tradicional” y la dominación “carismática”.⁵⁷ Con fundamentos tradicionales de dominación, la autoridad se apoya en “una creencia arraigada en la santidad de tradiciones inmemoriales y la legitimidad de los que ejercen la autoridad en virtud de estas tradiciones”.⁵⁸ Con fundamentos carismáticos de dominación, la autoridad reside en la aceptación de la santidad excepcional, del heroísmo o el carácter ejemplar de una persona en particular y la correspondiente aceptación de las decisiones y leyes establecidas por ella.⁵⁹ El individuo que ejerce una autoridad carismática o bien disfruta de la capacidad de ejercer su autoridad fuera de los límites de las reglas legales formales o la tradición, o - esencialmente lo mismo- impone y revisa por sí mismo las reglas que gobiernan su autoridad y la de los demás. Weber también señala que ninguna de estas formas de dominación -racional, tradicional y carismática- suele encontrarse en una forma “pura”.⁶⁰

⁵⁶ WEBER, *supra* nota 33, t. 1, p. 215.

⁵⁷ *Id.*, t. 1. La división de Weber de la autoridad en sólo tres tipos, tradicional, racional y carismática, probablemente sea incompleta. Como he desarrollado en otro trabajo, una fuente adicional de autoridad en la Argentina en el siglo XIX fue el talismán de la Constitución de Estados Unidos y la práctica constitucional norteamericana; ver Jonathan Miller, *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, 46 AM. U. L. REV., p. 1483, 1488-91 (1997), pero no es necesario extenderse en esta variante para los propósitos de este artículo.

⁵⁸ WEBER, *supra* nota 33, t. 1, p. 215.

⁵⁹ *Id.*, t. 1.

⁶⁰ *Id.*, t. 1, 216.

Aunque una forma de dominación puede predominar, las sociedades suelen exhibir los tres tipos de dominación.⁶¹

El derecho autónomo y la dominación racional van de la mano. Los funcionarios oficiales gobiernan en virtud de la autoridad con que los invistió la ley y, en consecuencia, deben acatarla. Sin embargo, lo que las sociedades piensan del derecho autónomo comprende a menudo una mezcla de dominación racional y tradicional. La creencia en la legalidad o ilegalidad de una conducta en particular puede resultar establecida y habitual, lo que la hace en parte tradicional.⁶² O bien, la tradición puede llegar a adquirir una faz jurídica, como la Constitución de Gran Bretaña, en la que las costumbres que han alcanzado la autoridad de la tradición han llegado a ser vistas como tan obligatorias y garantidas como una ley.⁶³ Una vez que se vuelve lo suficientemente arraigada, una norma jurídica que alcanza la categoría de tradición puede resultar muy difícil de cambiar, pues deriva su autoridad de fundamentos tanto tradicionales como racionales.⁶⁴ En cambio, el sistema del *common law* goza de una enorme flexibilidad mediante una combinación de autoridad carismática, tradicional y racional. En el sistema del *common law* los jueces abiertamente establecen nuevas normas y muestran poco interés en construcciones lógico-jurídicas en el sentido de derecho que forma un todo autónomo y coherente. Los precedentes alcanzan su mayor autoridad cuando el juez que redacta la opinión goza de un respeto excepcional,⁶⁵ y cuando las reglas que establecen corresponden a las necesidades sociales.⁶⁶

Lo que Weber no argumenta explícitamente, pero que se sigue naturalmente de su trabajo, es que en la medida en que cualquier sistema jurídico busca ofrecer decisiones judiciales sensibles que quiebran la naturaleza autónoma de la ley, forzosamente deviene carismático. La autoridad jurídica en un sistema sensible no se basa sólo en la ley sino en la capacidad especial del juez para armonizar intereses sociales y gubernamentales que compiten. De ahí que la legitimidad de un sistema jurídico que intenta operar sensiblemente depende

⁶¹ *Id.*, t. 1, p. 262-63.

⁶² *Id.*, t. 1, p. 263.

⁶³ Ver *id.*, t. 1, p. 323.

⁶⁴ Ver *id.*, t. 1.

⁶⁵ *Id.*, t. 2, p. 891.

⁶⁶ OLIVER WENDELL HOLMES, *THE COMMON LAW*, p. 5 (Mark DeWolfe Howe ed., 1988) (1881) (“La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”); BENJAMIN N. CARDOZO, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS*, p. 102 (1921) (“La filosofía jurídica del *common law* es en el fondo la filosofía del pragmatismo”).

directamente de la medida en que la sociedad en la que actúa está dispuesta a conceder a los jueces autoridad carismática independiente. Parte del secreto del desarrollo de la democracia -que depende del establecimiento de reglas de seguridad mutua aceptadas pero que evolucionan- es el desarrollo de alguna institución jurídica con un elemento carismático.

Admitir la necesidad de un elemento carismático para alcanzar un sistema de derecho sensible no implica necesariamente admitir un elemento democrático o no democrático, sino meramente la existencia de una persona o personas con alguna capacidad para cambiar las reglas de juego. Un líder electo en una democracia puramente populista, sin restricciones en su conducta luego de las elecciones, posee una forma comparativamente pura de autoridad carismática.⁶⁷ Un líder de este tipo gobierna porque ha sido “elevado” por aclamación popular. Sólo el establecimiento de una ley o una constitución comienza a tornar al sistema racional y comienza a permitir que las fuerzas pluralistas operen confiando en las reglas de seguridad mutua existentes. Los presidentes carismáticos electos que tienen pocas instituciones capaces de restringir su autoridad son bastante comunes en los países en desarrollo; pero el gobierno de un poder ejecutivo carismático poderoso no ofrecerá mucha más seguridad que el gobierno de un dictador no elegido.

Uno puede prever enormes dificultades para elegir jueces en un sistema jurídico sensible. Es más fácil elegir jueces en un sistema jurídico racionalista autónomo, porque las partes en el pacto que los provee de seguridad mutua saben que la judicatura debe limitarse a las palabras de la ley. De la misma manera, es más sencillo para dos compañías elegir un árbitro para decidir una disputa de negocios cuando ambas concuerdan en que el contrato que las une proveerá el conjunto completo de reglas aplicables. Surgirán, sin embargo, graves dificultades para elegir un árbitro si las partes, tanto en un sistema de seguridad mutua como en un contrato, acuerdan que aquél tendrá autoridad para cambiar los términos del pacto. A medida que el ámbito de discreción aumenta, la gama de personas aceptables como árbitros neutrales se reduce. Concedamos que el concepto mismo de un sistema jurídico racionalista autónomo en el que pueden encontrarse las soluciones “legales” correctas tiene algo de mito. El lenguaje tiene por naturaleza múltiples significados, posee áreas grises entre clasificaciones y no puede enfrentar situaciones previamente

⁶⁷ WEBER, *supra* nota 33, t. 1, p. 266-67.

desconocidas. Pero aun admitiendo la existencia de áreas en las que el intérprete racional tendrá dificultades para dar una solución, un texto bien escrito puede proporcionar una solución en muchos de los casos, y los árbitros que se limitan a interpretar un texto tendrán una discreción mucho más circunscripta que un árbitro que no lo hace. El intérprete racional constituye tanto una limitación más clara como una amenaza menor para un ejecutivo populista, si se lo compara con una judicatura socialmente sensible pero libre de restricciones textuales.

Además, los jueces que intentan ejercer una autoridad carismática pero que de hecho carecen del respaldo de la sociedad para ejercer esa autoridad se verán privados de apoyo político. En el caso de un conflicto entre el poder judicial y un ejecutivo elegido en el que ambos pretenden ejercer una autoridad carismática, uno esperaría que el ejecutivo, aunque fuera sólo moderadamente popular, tuviera una gran ventaja en apoyo social. Particularmente si es elegido por el pueblo, el ejecutivo puede alegar que las elecciones en las que triunfó establecieron su legitimidad, mientras que el juez que ha ido más allá del texto constitucional ya no puede señalar con honestidad a la autoridad legal como su fuente de legitimidad, y carece así del carisma del ejecutivo. A menos que los jueces sean muy buenos para usar citas legales que oculten el hecho de que están actuando en forma carismática, o gocen de un nivel de respeto de la sociedad tan excepcional que les haya otorgado una base propia de autoridad carismática, los que actúan carismáticamente incurrirán en graves dificultades cuando se enfrenten con los otros poderes del estado. Es probable que un conflicto de este tipo acabe con el reemplazo de los miembros del poder judicial o con un poder judicial lleno de partidarios, o con el reconocimiento de los jueces de que sólo pueden actuar carismáticamente cuando lo hacen en apoyo del funcionario o funcionarios que son los verdaderos poseedores de la autoridad carismática -usualmente el ejecutivo nacional elegido por el pueblo, pues éste, a diferencia del juez, ha sido elevado por sus pares a través de una elección-. Weber, si bien no discute el problema en términos de capacidad para ejercer la autoridad carismática, señala que los jueces despojados de enfoques racionalistas del derecho y de la “sacralidad del formalismo legal puramente objetivo” probablemente se encuentran convertidos en un brazo de la burocracia.⁶⁸

⁶⁸ *Id.*, t. 2, p. 893-94. Ver también EWING, *supra* nota 33, p. 510.

Una vez que el proceso de dominación ejecutiva del poder judicial comienza, puede volverse extraordinariamente difícil de revertir. Un poder judicial capaz de moverse más allá del texto constitucional en sus interpretaciones es al mismo tiempo un aliado potencial mayor y una amenaza mayor que una judicatura limitada a la autoridad racional de la interpretación de un texto. A medida que las restricciones textuales en las decisiones judiciales desaparecen, se hace más difícil seleccionar un árbitro aceptable para todas las partes. Si los jueces responden a sus percepciones de necesidades sociales al decidir casos y, consecuentemente, toman posiciones en cuestiones políticas, económicas y sociales que favorecen políticamente al oficialismo o a la oposición, el ejecutivo puede sentir que para protegerse necesita llenar el poder judicial de jueces comprometidos con su programa de gobierno. Más aún, el problema será especialmente grave en un país en vías de desarrollo económico. Problemas constitucionales vitales para el programa de gobierno del ejecutivo o para su supervivencia política aparecerán con más frecuencia en un país en desarrollo que en uno desarrollado, porque el desarrollo implica por definición estructuras económicas, políticas y sociales cambiantes y, por consiguiente, disputas sobre reglas de seguridad mutua mucho más frecuentes.

Asimismo, si la filosofía jurídica dominante y la comunidad académica admiten que el derecho no funciona autónomamente sino que debe ser interpretado a la luz de las necesidades sociales, la interpretación de los textos constitucionales, aun los recientemente revisados, requerirá algo de autoridad carismática, y el poder judicial se verá incapaz de responder a las presiones del ejecutivo insistiendo en que la ley es clara. En el peor de los casos, el imperio de la ley puede desaparecer del todo, a medida que la burocracia disfrute de cada vez más discreción y emerja una brecha siempre creciente entre los textos legales y la práctica real. Por supuesto, los jueces que ejercen la autoridad carismática sólo como dependientes de un ejecutivo carismático son incapaces de garantizar o conferir legitimidad, puesto que la gente los percibirá como carentes de independencia. Por otra parte, el ejecutivo sufrirá finalmente por el deterioro en el nivel de seguridad mutua causado por el deterioro de la autoridad judicial.

Si se lee a Weber a la luz de la necesidad de las sociedades de desarrollar un sistema de seguridad mutua y, a la vez, de responder a los cambios sociales, se puede establecer un modelo con las siguientes características esenciales del rol del derecho en el desarrollo político:

- (1) En sus primeras etapas de apertura a la competencia política una sociedad puede beneficiarse de un sistema de reglas de seguridad mutua claramente establecidas (escritas o no escritas) y las normas jurídicas básicas basadas en ellas, aplicadas todas por un poder judicial independiente que interpreta la ley en una forma autónoma, independiente de los intereses y presiones de la sociedad no incorporados ya en la ley. Si es ampliamente aceptada y aplicada, la ley aumenta la legitimidad del gobierno, aumenta el costo para el gobierno de reprimir a la oposición -porque una conducta ilegal le hace perder legitimidad- y disminuye el riesgo para la elite gobernante de permitir que la oposición llegue al poder.
- (2) En el largo plazo, los sistemas de derecho autónomo son inestables. Con el tiempo las fuerzas políticas cambian, los intereses económicos y sociales también, y las reglas de seguridad mutua deben evolucionar a la par de esos cambios. Estas reglas pueden evolucionar de dos maneras: (a) mediante reformas constitucionales o una nueva constitución; o (b) mediante el abandono por parte de los jueces de la autonomía en favor de un sistema jurídico sensible que define las reglas de seguridad mutua y las normas secundarias derivadas para incorporar valores sociales y realidades políticas que de otra manera no estarían en la ley.
- (3) Una reforma constitucional, suponiendo que existe como posibilidad política, puede crear inestabilidad por sí misma. El proceso de reforma puede llevar al cuestionamiento de las reglas de seguridad mutua existentes antes de que haya consenso para incorporar las nuevas reglas que reemplazarán a las anteriores. Además, puede ser que las reformas resultantes, aun las promulgadas de acuerdo con los requisitos correspondientes, carezcan de la aceptación necesaria para funcionar como verdaderas reglas de seguridad mutua.
- (4) Las decisiones judiciales sensibles que intenten modificar las reglas de seguridad mutua pueden enfrentar serios problemas de legitimidad. Si el poder judicial o una institución similar es capaz de refinar continuamente estas reglas de manera que los actores políticos sientan que la seguridad y la legitimidad se mantienen, entonces habrá realizado una función vital para el mantenimiento de la estabilidad en una sociedad pluralista. Sin embargo, lograr este resultado en la práctica es algo totalmente diferente, puesto que una vez que los tribunales abandonan el derecho autónomo es de esperar que pierdan su propia fuente de legitimidad.

- (5) Los tribunales que intentan refinar las reglas de seguridad mutua pero carecen de una autoridad carismática bien establecida en la sociedad caerán probablemente cautivos de otros poderes de gobierno más fácilmente reconocidos como poseedores de autoridad carismática -lo que a su vez elimina el valor de aquéllos como guardianes de las reglas de seguridad mutua-.

El modo en el que la sociedad prevé las futuras modificaciones de sus reglas de seguridad mutua será la clave para lograr estabilidad a largo plazo y es uno de los problemas más fundamentales y difíciles del desarrollo democrático. El problema es fundamental porque puede confiarse en que surgirá cada vez que las fuerzas políticas y sociales se reposición en y las viejas reglas se vuelvan obsoletas (un desarrollo especialmente frecuente en países que experimentan rápidos cambios económicos y sociales). El problema es difícil por la paradoja de permitir que una institución establecida bajo ciertas reglas de seguridad mutua, y encargada de frenar al ejecutivo y la legislatura cuando éstos se exceden de sus atribuciones, modifique las reglas mismas de las que depende su legitimidad. Por esta paradoja los modelos de control judicial de constitucionalidad deben contener un elemento carismático que a menudo parecerá ajeno a la naturaleza racional del resto del sistema político, quizás escondido en intentos de presentar como derecho autónomo lo que de hecho es derecho sensible. Los modelos de este tipo, en razón de que suelen ocultar su verdadera naturaleza, serán excepcionalmente difíciles de trasplantar entre culturas.

Debe añadirse una advertencia. Si la autoridad carismática es entendida como una autoridad basada en los caracteres especiales de la persona que la ejerce, puede estar arraigada a su vez en varios fenómenos diferentes que también pueden concebirse como fuentes de autoridad. El carisma puede lograrse a través de elecciones, formación de coaliciones, talento para dar voz a valores sociales fundamentales, prominencias religiosas, una imagen de imparcialidad cultivada al escuchar a todas las partes en una disputa, u otros métodos. Este artículo hará sólo un esfuerzo limitado para diferenciar los elementos que integran el ejercicio exitoso de la autoridad carismática por parte de los jueces. Pero esta limitación no socava el punto central de este artículo, es decir, que el control de constitucionalidad que ve al derecho como algo autónomo de las necesidades sociales y políticas fallará finalmente, pero que al mismo tiempo la autoridad de los jueces en un sistema de derecho sensible es extremadamente frágil, pues es más fácil establecer la autoridad racional del derecho autónomo que la autoridad carismática del derecho sensible. En el caso de que exista una solución, ésta debe apoyarse en la creación de una autoridad carismática judicial que utilice elementos que estén ya disponibles en la sociedad de que se trate.

III. La Argentina como ilustración.

La Argentina brinda una ilustración dramática de la inevitabilidad y los peligros de las decisiones judiciales sensibles. El constitucionalismo argentino estableció exitosamente muchas reglas de seguridad mutua importantes entre la década de 1860 y 1930 -un éxito especialmente impresionante dadas las dictaduras y guerras civiles que afectaron al país desde su independencia de hecho en 1810 hasta la década de 1860-.⁶⁹ El control de constitucionalidad judicial no existió antes de 1863; sin embargo, se estableció casi instantáneamente como una gran fuerza en la política argentina. Una de las razones por las que fue tan exitoso fue que la Constitución y la práctica constitucional norteamericanas gozaban de una fuerte autoridad en la elite política argentina en el siglo XIX, y generaron mayor apoyo para la nueva constitución que el que hubiera tenido una creación puramente argentina.⁷⁰ Sin embargo, una vez que la Argentina adoptó el Código Civil en 1869, la autoridad de la Constitución estadounidense gradualmente dio paso a visiones continentales clásicas del derecho autónomo racionalista. Un enfoque racional autónomo del derecho constitucional dominó la jurisprudencia constitucional argentina con consecuencias muy positivas para las libertades civiles de ese país hasta la década de 1930 -cuando la Corte comenzó su gran salto hacia el derecho sensible- que resultaría con el tiempo tanto en protecciones constitucionales debilitadas como en una Corte Suprema debilitada.

El estudio de casos que sigue describirá el cambio inicial de la Argentina hacia el derecho autónomo como su modelo dominante de análisis del derecho, y luego el cambio que le siguió hacia el derecho sensible. Se pueden elegir muchas áreas del derecho constitucional para ilustrar el cambio argentino del derecho autónomo al derecho sensible. Nos limitaremos aquí a la libertad de prensa y la regulación de la actividad económica, puesto que éstas son dos áreas en las que la jurisprudencia de la Corte Suprema previa a 1930 es particularmente clara, como lo es su cambio subsiguiente.

A. La transformación racionalista

A fines del siglo XIX, la Argentina experimentó un cambio hacia un enfoque autónomo y racionalista del derecho. Fueron abandonados los enfoques basados en el derecho natural y la equidad, y la enseñanza del derecho pasó de ser un entrenamiento práctico a ser una

⁶⁹ Ver en general ROCK, *supra* nota 8, p. 79-131 (describiendo la política y las guerras civiles del período).

⁷⁰ Ver Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 57, p. 1544-1561.

ciencia jurídica. Antes de la adopción del Código Civil, la Argentina no fue muy influenciada por el enfoque autónomo racionalista del derecho de la Europa continental. El Código Civil, visto por los argentinos progresistas como parte de la modernización, representó un brusco cambio hacia al autoridad racional del derecho y cambió la forma de pensar de los abogados.

La cultura jurídica continental no ha permanecido estática desde la promulgación del Código Napoleónico en 1804, y sus características han variado de país a país.⁷¹ Sin embargo, bajo sus paradigmas tradicionales, todos los sistemas jurídicos continentales han sido vistos como en búsqueda de normas derivadas lógicamente y libres de contexto, que pudieran ser aplicadas por los jueces sin hacer referencia a valores o intereses no presentes en el código civil.⁷² El sistema personifica lo que Weber describe como autoridad racional.⁷³ Los civilistas asumieron que existía una respuesta correcta para cada problema jurídico, y que el juez era principalmente un técnico que deducía las soluciones de las distintas normas del Código Civil.⁷⁴ El modelo valora la certeza e ignora cualquier necesidad de sensibilidad judicial a las condiciones sociales.⁷⁵ Hoy los europeos continentales se han desplazado hacia un enfoque más sensible del derecho.⁷⁶ El realismo jurídico que veía a las consideraciones sobre necesidades sociales como parte de la función

⁷¹ El racionalismo continental del siglo XIX tomó dos formas principales. En Francia, particularmente durante las primeras décadas posteriores a la promulgación del Código Civil, los jueces y académicos decimonónicos enfatizaron la exégesis, concentrándose en la estructura, el lenguaje y la gramática del Código, pero haciendo referencia a la práctica anterior. En la Alemania del siglo XIX, una importante escuela histórica se concentró en el análisis histórico para explicar los motivos detrás de las disposiciones del Código. Ambas escuelas insistían en que había una solución “correcta” que surgía del cuerpo de legislación existente. Ver Alexander Alvarez, *Dominant Legal Influence of the Second Half of the Century*, en THE PROGRESS OF CONTINENTAL LAW IN THE NINETEENTH CENTURY, p. 31, 39-41, 43 (1918); JOHN P. DAWSON, THE ORACLES OF THE LAW, p. 392, 452-56 (1968).

⁷² Ver JOHN MERRYMAN, THE CIVIL LAW TRADITION, p. 64-65 (2ª ed. 1985), ver también RENÉ DAVID & JOHN E. BRIERLY, MAJOR LEGAL SYSTEMS IN THE WORLD TODAY, p. 66, 67 (1985) (señalando que la codificación francesa tuvo el efecto accidental de anunciar el positivismo jurídico).

⁷³ TRUBEK, *supra* nota 33, p. 724, 730.

⁷⁴ MERRYMAN, *supra* nota 72, p. 29, 36-37, 81-82.

⁷⁵ MIRJAN DAMÂSKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS, p. 37 (1986); ALAN WATSON, THE MAKING OF THE CIVIL LAW, p. 134-36 (1981).

⁷⁶ Ver en general Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser, *Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, 104 YALE L. J., p. 1325 (1995) (donde describe qué tan atrasada está la visión de los académicos estadounidenses acerca de los jueces franceses, y que la práctica actual está mucho más cercana al realismo jurídico); RENÉ DAVID, FRENCH LAW: ITS STRUCTURE, SOURCES AND METHODOLOGY, p. 16167 (Michael Kindred trad., 1972) (1960) (donde comenta la interpretación

judicial comenzó a llenar un nicho académico en Francia en 1899 con la obra de François Géný, *Méthode d'interprétation*,⁷⁷ y en la Argentina en 1905, con la de Octavio Bunge, *El Derecho*.⁷⁸ No obstante, la obra de Géný sólo ha tenido una influencia gradual en la cultura jurídica francesa,⁷⁹ y el realismo jurídico de Bunge seguía enfrentando una fuerte resistencia incluso en la década de 1960, a pesar de que el derecho autónomo ya había sido abandonado por la Corte Suprema mucho tiempo atrás.⁸⁰

La Argentina no siguió un enfoque racional autónomo del derecho antes de su adopción del Código Civil en 1869. Primero, la división de poderes no existía en la América colonial española, y la política entre 1820 y 1860 fue una mezcla demasiado caótica de guerras civiles y dictaduras para asentar un precedente útil. Los jueces de las audiencias coloniales, que tenían una función de apelación, eran miembros de la burocracia de la corona y a menudo cumplían funciones ejecutivas además de las judiciales.⁸¹ Ellos consideraban

teleológica del derecho francés bajo la cual el significado de una ley puede variar de acuerdo con las necesidades de los tiempos).

⁷⁷ FRANÇOIS GÉNY, MÉTHODE D'INTERPRÉTATION ET SOURCE EN DROIT PRIVÉ POSITIF (París, A. Chevallier-Marescq. & Cie. 1899) (este trabajo comienza con una crítica a los métodos de interpretación racional autónoma y luego desarrolla la alternativa de toma de decisión judicial que considera las necesidades sociales); ver también LASSER, *supra* nota 76, p. 1344-45 (en el que describe el libro de Géný como una “crítica de estilo realista” y señalando que Géný se ha convertido ahora en opinión académica dominante en Francia).

⁷⁸ CARLOS OCTAVIO BUNGE, EL DERECHO (1905).

⁷⁹ Cf. DAWSON, *supra* nota 71, p. 392-94 (escribiendo en la década de 1960, describe a los jueces y académicos franceses como reacios a ir más allá de los enfoques racionales del derecho aun entonces); DAVID, *supra* nota 76, p. 162 (destaca que Géný no pudo lograr su propósito de que los jueces admitiesen abiertamente que a menudo ellos deben ir más allá del texto legal).

⁸⁰ La mejor demostración de la resistencia al realismo jurídico está en un libro de uno de los juristas más prominentes de la Argentina, SEBASTIÁN SOLER, LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY (1962). Es impresionante también que el académico del derecho civil más importante de la Argentina en el período entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial, Raymundo M. Salvat, describiese la obra de Géný al principio de su trabajo, pero interpretándola muy conservadoramente, al decir que si bien un juez puede observar la vida de la sociedad para interpretar la ley cuando ésta no es clara, nunca puede ir contra el texto de la ley. RAYMUNDO M. SALVAT, TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO, t. 1, p. 3 (1917). Géný, sin embargo, deja este punto abierto explícitamente, indicando que puede haber momentos y sociedades en las que sea necesario que los jueces ignoren la ley positiva cuando va en contra de necesidades sociales importantes. GÉNY, *supra* nota 77, § 183. Incluso en fallos de la década de 1980 se puede encontrar alegatos sobre la libertad interpretativa limitada de los jueces. Ver, por ejemplo, “L.B., V.A. c/G.D.”, CNCiv. Sala C, E.D. 117,512 (1986). “Rolón Zappa”, CSJN Fallos 308:1848, p. 1858 (1986) ofrece un ejemplo raro de la Corte Suprema de la década de 1980 en el que se rehusó a examinar las exigencias políticas y sociales y adoptó un enfoque racional del derecho a pesar de posibles consecuencias drásticas.

⁸¹ Ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL ARGENTINA EN EL PERÍODO HISPÁNICO, p. 25-26, 143-47 (2ª ed. 1981) [en adelante “ORGANIZACIÓN JUDICIAL”]; ver también C. H. HARING, THE SPANISH EMPIRE IN AMERICA, p. 129-37 (1947); RICARDO LEVENE, INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL DERECHO INDIANO (1924) reimpresso en OBRAS COMPLETAS DE RICARDO LEVENE, t. 3, p. 99 (Academia Nacional de la Historia, 1962).

frecuentemente el interés del rey al interpretar las normas legales,⁸² de ahí que tuviesen sólo un interés limitado en la racionalidad jurídica. El general Juan Manuel de Rosas, el caudillo que gobernó la provincia de Buenos Aires en las décadas de 1830 y 1840 fue más allá de requerir a los jueces que tomasen en cuenta los intereses gubernamentales; él mismo decidía los casos más importantes.⁸³

Segundo, antes de la codificación los jueces argentinos disponían de una gran variedad de fuentes de derecho, incluyendo la apelación a percepciones sociales de la imparcialidad a través del derecho natural y la equidad. Previamente a la codificación era muchas veces extremadamente difícil saber cuál era el derecho civil en la Argentina, y mucho más verlo como una colección de reglas lógicamente derivadas.⁸⁴ En la época colonial, el Virreinato del Río de la Plata estaba regulado por la Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias (1680) -una destilación de miles de regulaciones reales coloniales -, además de regulaciones posteriores a 1680 y del derecho de Castilla, que consistía en una recopilación pobremente organizada e incompleta de ordenanzas reales y compilaciones surtidas centradas principalmente en relaciones civiles.⁸⁵ La compilación más importante de derecho civil, que cubría muchas de las áreas que después cubriría el Código Civil, eran las *Siete Partidas*.⁸⁶ Pero aunque el Código Civil Argentino contiene normas derivadas de las *Siete Partidas*, metodológicamente son completamente diferentes. Las *Siete Partidas* se completaron a principios del siglo XIV, mucho siglos antes de que el racionalismo se volviese una influencia importante en el pensamiento jurídico español.⁸⁷ Son producto del

⁸² *Id.*

⁸³ JOHN LYNCH, ARGENTINE DICTATOR, JUAN MANUEL DE ROSAS, 1829-1852, p. 169-70 (1981). También era esta la situación en casi todas las demás provincias argentinas hasta 1852, ver ZORRAQUÍN BECÚ, ORGANIZACIÓN JUDICIAL, *supra* nota 81, p. 215.

⁸⁴ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, LA CODIFICACIÓN EN LA ARGENTINA (1810-1870), p. 315 (1977); ver también KENNETH KARST & KEITH ROSENN, LAW AND DEVELOPMENT IN LATIN AMERICA, p. 34-35 (1975) (donde señalan la dificultad de identificar las normas aplicables en las colonias españolas).

⁸⁵ Dalmacio Vélez Sársfield, *El folleto del Dr. Alberdi* [en adelante "*Folleto*"], EL NACIONAL, 25 de julio de 1868, reimpresso en DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, PÁGINAS MAGISTRALES, p. 174, 179 (Alberto Palcos ed. s/f); ver también RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO, t. 1, p. 216 (1966) [en adelante "*HISTORIA*"].

⁸⁶ ZORRAQUÍN BECÚ, *supra* nota 85, t. 1, p. 216.

⁸⁷ TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 41-47. La mayor parte de las *Siete Partidas* fue bosquejada bajo la dirección del Rey Alfonso X de Castilla a mediados del siglo XIII, tomando su forma definitiva a comienzos del siglo XIV. ZORRAQUÍN BECÚ, *supra* nota 85, t. 1, p. 55. La edición oficial definitiva fue publicada recién en 1550, *id.*, t. 1, p. 57.

escolasticismo de la Edad Media, y se dedican tanto a preceptos sociales y éticos en general y sus explicaciones, como a normas concretas. Así, las *Siete Partidas* explican por qué el Rey debe ser respetado y honrado (él es el representante de Dios y mantiene el orden),⁸⁸ la naturaleza de la justicia (darle a cada uno lo que le corresponde),⁸⁹ e incluso la naturaleza de la amistad (amor y buena voluntad compartidos que hacen innecesaria a la ley).⁹⁰ Si bien hay muchas reglas específicas en áreas como la compraventa de cosas,⁹¹ el proceso civil⁹² y el derecho de familia,⁹³ éstas se ven complementadas por una preocupación general por la ética. Los jueces veían sus funciones más en términos de llegar a la equidad de acuerdo con criterios morales y religiosos que de aplicar en forma técnica las normas jurídicas,⁹⁴ que de todos modos eran confusas.⁹⁵ Más aún, las *Siete Partidas*, aunque abarcaban muchos campos, nunca fueron vistas como excluyentes de otras fuentes del derecho. Las costumbres locales y la legislación específica a menudo tomaban preeminencia.⁹⁶ La combinación de múltiples fuentes del derecho y conceptos generales de derecho natural le dio a los jueces coloniales una flexibilidad enorme para pronunciarse.⁹⁷

La independencia, lograda de hecho en 1810 y declarada finalmente en 1816, incrementó la exposición de la Argentina a las influencias liberales europeas, pero el cambio en la filosofía jurídica sólo se dio gradualmente.⁹⁸ No hubo ninguna revisión de la legislación

⁸⁸ Las Siete Partidas, Partida 2, Título 1, Leyes 1-8 (Gregorio López ed., 1555).

⁸⁹ *Id.*, Part. 3, Tít. 1, Ley 1.

⁹⁰ *Id.*, Part. 4, Tít. 27, Ley 1.

⁹¹ *Id.*, Part. 5, Tít. 5.

⁹² *Id.*, Part. 3.

⁹³ *Id.*, Part. 4.

⁹⁴ Ver ZORRAQUÍN BECÚ, *supra* nota 81, p. 25, 26-27.

⁹⁵ Vélez Sársfield, el autor del Código Civil Argentino, señaló que la naturaleza confusa del derecho argentino previo a la codificación implicaba una expansión del poder de los jueces. VÉLEZ SÁRSFIELD, FOLLETO, *supra* nota 85, p. 56-57.

⁹⁶ ZORRAQUÍN BECÚ, *supra* nota 85, p. 56-57.

⁹⁷ Bernardino Brava Lira, *Arbitrio judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa Continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación*, REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO "RICARDO LEVENE", t. 28, p. 8-9 (1991). Argentina no es única en mostrar esta flexibilidad en este período. La misma situación existía en muchos países de la tradición jurídica continental. Por ejemplo DAWSON, *supra* nota 69, señala en la p. 372 que la abundancia de fuentes de derecho disponibles para los jueces en la Francia prerrevolucionaria (y anterior al Código Napoleónico) les otorgó una gran libertad; cf. DAVID, *supra* nota 76, p. 8-9 (señala la importancia del derecho jurisprudencial y la equidad en la Francia prerrevolucionaria).

⁹⁸ Ver en general TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 65-364 (el libro entero está dedicado principalmente a trazar el desarrollo de las ideologías que llevaron a la Argentina a adoptar el Código Civil).

civil argentina antes de la redacción del borrador del Código Civil, y una gran parte de las leyes civiles coloniales continuaron vigentes hasta 1869, cuando aquél entró en vigencia.⁹⁹ Hasta la década de 1850 la mayor parte de las sentencias argentinas no eran más que una declaración de conclusiones,¹⁰⁰ lo que hace difícil determinar el peso relativo de las preocupaciones por la equidad respecto de la racionalidad jurídica. Sin embargo, las consideraciones de equidad y justicia natural permanecieron suficientemente fuertes como para que la Corte Suprema argentina las invocara en varias decisiones de la década de 1860.¹⁰¹ La Corte de esta década no se consideraba atada a la racionalidad jurídica.

La codificación marcó un salto hacia un enfoque autónomo racional del derecho. El proceso mismo de redacción y adopción del Código Civil demuestra este cambio. El Código Civil de la República Argentina fue escrito por Dalmacio Vélez Sársfield, reconocido en general como el principal experto en derecho privado de la Argentina de la época.¹⁰² El Presidente Mitre lo eligió por decreto en 1864 para que él solo preparara el borrador del Código,¹⁰³ y

⁹⁹ Ver JOSÉ SARTORIO, *LA LEY 50*, p. 36 (2ª ed., 1955); ver también VÉLEZ SÁRSFIELD, FOLLETO, *supra* nota 85, p. 179 (da argumentos en favor de eliminar la confusa legislación colonial entonces vigente); Congreso Nacional, *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, sesión del 15 de sept. de 1869, p. 825 (discurso del Senador Mitre) (donde hace la misma observación en el debate sobre la sanción del Código Civil).

¹⁰⁰ Víctor Tau Anzoátegui, *Acerca de la fundamentación de las sentencias en el derecho patrio*, REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO, t. 8, p. 181, 182 (1957). Esto se confirma con una revisión superficial de las sentencias dictadas durante la primera mitad del siglo XIX que están en poder del Archivo General de la Nación. La ausencia de sentencias judiciales razonadas no es tan sorprendente si uno considera que éstas no se hicieron comunes en Francia ni Alemania hasta el fin del siglo XVII y principios del siglo XIX. Ver DAWSON, *supra* nota 71, p. 374; ver en general *id.*, p. 375-86 (comenta sentencias francesas) y p. 437-40 (comenta sentencias alemanas).

¹⁰¹ “Mendoza y Hermano c/Provincia de San Luis”, CSJN Fallos 3:131 (1865) (donde se señala que la equidad perjudicaba al actor en ese caso, y usando estas consideraciones para reducir la indemnización por daños debida por él); “Fisco Nacional c/varios comerciantes de Mendoza”, Fallos 5:74, p. 85-86 (1868) (aplicando el derecho natural y la equidad para rechazar el pedido de que los comerciantes pagasen derechos aduaneros, dado que éstos ya habían sido pagados a los líderes rebeldes de una revolución fracasada y explica que era culpa del gobierno el haber perdido el control de los pasos fronterizos locales); “Fisco Nacional c/varios comerciantes de San Juan”, Fallos 5:155, p. 165-66 (1868) (igual al caso anterior). Felipe S. Pérez señala también el contraste entre la Corte Suprema de la década de 1860 y la de 1920 en el uso de la equidad, citando “Cabot”, Fallos 7:305 (1869), en el que la Corte invocó la equidad para liberar a un individuo de la persecución penal, como ejemplo del uso de la equidad para atemperar la ley, y contrastándolo con “Guari c/Provincia de Jujuy”, Fallos 155:302 (1929), en el que desechó los argumentos basados en la equidad aduciendo que estaban fuera de su competencia. FELIPE S. PÉREZ, *TRATADO SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CON TRANSCRIPCIÓN DE FALLOS*, t. 1, p. 303-04 (1941).

¹⁰² La biografía clásica de Dalmacio Vélez Sársfield, que también describe el proceso de redacción del Código Civil, es ABEL CHÁNETON, *HISTORIA DE VÉLEZ SÁRSFIELD* (1937).

¹⁰³ Decreto del 20 de octubre de 1864, Registro oficial 5:170. La ley N° 36, art., del 9 de junio de 1863, A.D.L.A. [1852-1880], p. 357, autorizó al ejecutivo para seleccionar comisiones redactoras para los anteproyectos de los códigos Civil, Penal y de Minería.

Vélez lo redactó durante un lapso de cuatro años con muy poca colaboración de otros juristas argentinos. Recibió, sin embargo, un enorme aporte de fuentes extranjeras. Vélez Sársfield estaba imbuido de la idea de un código “científico” y del concepto de que podía diseñarse un código ideal eligiendo sus partes de entre los mejores códigos y autores extranjeros. En el prefacio que envió al Ministro de Justicia junto con el primer libro del Código en 1865, comienza por enumerar los modelos en los que se había basado en mayor medida, y luego señala que dada la ausencia de normas argentinas originales, se sentía en libertad de citar al “derecho científico” como fuente principal.¹⁰⁴ Casi todos los artículos del código tienen una nota al pie que remite a un código o a un comentarista extranjero como su fuente.¹⁰⁵ Él no consideraba su rol como el de desarrollar soluciones únicamente argentinas para problemas argentinos, sino el de encontrar la mejor regla disponible en el mundo del derecho comparado, entendiendo “mejor” en términos de la aceptación de los académicos más destacados y la coherencia con su modelo general.¹⁰⁶

102

103

104

105 106

¹⁰⁴ Dalmacio Vélez Sársfield, *Nota de remisión del proyecto de código civil* [en adelante “Nota”] (21 de junio de 1865) (carta acompañando la presentación del primer libro del proyecto de código civil enviada a Eduardo Costa, el Ministro de Justicia) en DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, PÁGINAS MAGISTRALES, p. 157, 158 (Alberto Palcos ed., s/f).

¹⁰⁵ Estas notas aparecen en casi todas las ediciones del Código Civil Argentino. Ver, por ejemplo, CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA (ed. Abeledo-Perrot, 21ª ed., 1984).

¹⁰⁶ Ver en general Vélez Sársfield, *Nota*, *supra* nota 104, especialmente la p. 158 (nada de lo que escribe Vélez Sársfield en esta introducción afirma esta proposición, pero surge claramente del tono general, que se esfuerza por citar las principales autoridades y mostrar que su obra era actualizada, ordenada y coherente). Es interesante que Juan Bautista Alberdi, la más importante potencia intelectual detrás de la Constitución Argentina, haya atacado duramente este enfoque “científico” de Vélez Sársfield porque ignoraba la realidad y las necesidades de la Argentina, en el folleto *El proyecto de código civil para la República Argentina* (1868) reimpresso en OBRAS COMPLETAS DE JUAN BAUTISTA ALBERDI, t. 7, p. 80 (Buenos Aires, La Tribuna Nacional 1886-1887). Vélez Sársfield le contestó en *Folleto*, *supra* nota 85.

Vélez Sársfield completó el Código Civil durante la presidencia de Domingo F. Sarmiento y éste, consistentemente con la visión del código como una empresa técnica, presionó al Congreso para que lo sancionase en una votación por sí o por no sin posibilidad de reformas.¹⁰⁷ Mitre, entonces senador opositor, estuvo de acuerdo, arguyendo en el Senado que dado que el código era un trabajo científico el Congreso no podía sino aceptarlo como un todo. De la misma forma en que el Congreso no podía revisar los cálculos astronómicos de un agrimensor para fijar un límite o el trabajo de los científicos para calcular las precisas pesas y medidas del sistema métrico decimal, no era apropiado que revisase el Código Civil propuesto.¹⁰⁸ “El Congreso le ha confiado el proyecto de código civil a los hombres de ciencia porque ésta es una operación científica”.¹⁰⁹ Mitre insistió en que debía confiarse en la palabra de Vélez Sársfield cuando hubo insistido en que el código “no era innovador”.¹¹⁰ Si bien un código innovador puede requerir una revisión del Congreso, uno acotado a lo mejor que la ciencia jurídica tiene para ofrecer no la necesita.¹¹¹ La clave para tener un buen código es un estudio minucioso del estado de la materia, y podía contarse con Vélez Sársfield para eso. “Con la mano en nuestra conciencia podemos decir que no hay nada que inventar en la materia, y que no hay jurista que pueda descubrir mayor ciencia... que la que el Dr. Vélez ha encontrado...”¹¹² A la postre, el Código Civil Argentino fue sancionado por el Congreso a libro cerrado en septiembre de 1869, sólo un mes después de que le fuera enviado.¹¹³

Un código no necesita ser “científico” para entrañar un enfoque racionalista autónomo del derecho, pero no hay duda de que un código así establece un enfoque de este tipo y busca limitar la discreción judicial. Leídos en conjunto, dos artículos del Código Civil Argentino ilustran esto particularmente bien. El artículo 17 del Código Civil original de 1869 disponía:

¹⁰⁷ TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 351; CHÁNETON, *supra* nota 102, t. 2, p. 147-49 (1937) (ambos indicando que la presión para una votación a todo o nada del Código Civil vino del ejecutivo).

¹⁰⁸ Congreso Nacional, *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, sesión del 25 de septiembre de 1869, p. 825 (discurso del Senador Mitre).

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*, p. 826.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 403-04; CHÁNETON, *supra* nota 102, p. 147-49.

Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. El uso, la costumbre o la práctica anterior no pueden crear derechos sino cuando las leyes refieren a ellos.¹¹⁴

Similarmente, el artículo 22 dispone:

Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código no puede tener fuerza de ley en el derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial.¹¹⁵

Cualquier cosa ajena al Código, sea uso, costumbre, práctica o historia es irrelevante para la toma de decisiones judiciales.¹¹⁶ Por otra parte, incluso en cuestiones específicas, el Código Civil eliminó la discreción judicial que había existido antes de su sanción. Por ejemplo, por regla general a los jueces les fue prohibido continuar otorgando un remedio de equidad a las personas que prestaban un servicio sin mediar obligación contractual alguna,¹¹⁷ y el Código terminó con la práctica anterior por la cual una de las partes podía liberarse de obligaciones contractuales cuando las circunstancias cambiaban dramáticamente y hacían el contrato demasiado oneroso.¹¹⁸

Se sucedieron inmediatamente cambios en la educación jurídica. Los historiadores del derecho argentinos han reconocido en general que la codificación generó un cambio gradual en la mentalidad jurídica nacional que llevó a ver a los jueces como meros técnicos,

¹¹⁴ CÓDIGO CIVIL, ART. 17, texto según ley 340, 29 de septiembre de 1869, A.D.L.A. [1852-1880], 505, p. 507. Este artículo fue reformado en 1968 por la ley 17.711, art. 1, A.D.L.A. [XXVIII-B], 1810, p. 1811 (B.O. 26 de abril de 1968).

¹¹⁵ CÓDIGO CIVIL, art. 22.

¹¹⁶ Ver CHÁNETON, *supra* nota 102, p. 412-16 (donde critica el modo en que el artículo 22 del Código Civil ha llevado a exagerar el racionalismo y negarle valor a la jurisprudencia sensible a las necesidades sociales).

¹¹⁷ Raymundo Wilmart, *Las leyes nuevas sobre alquileres*, REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS, t. 22, p. 440, 443 (1921); CÓDIGO CIVIL, art. 899, texto según ley 340. Esto fue modificado en 1968, al permitir el art. 907 del código reformado a los jueces disponer el pago de indemnizaciones sobre la base de razones de equidad, y tomando en cuenta en el análisis de la cuestión la riqueza relativa de las partes. Ley N° 17.711, 26 de abril de 1968, A.D.L.A. [XXVIII-B], 1810, p. 1816.

¹¹⁸ WILMART, *supra* nota 117, p. 443; CÓDIGO CIVIL, art. 1198 (1869). El art. 1198 fue reformado en 1968 por la ley 17.711 para permitir a los jueces relevar a las partes de sus obligaciones contractuales de mediar acontecimientos que hagan el cumplimiento excesivamente oneroso, ley 17.711, 26 de abril de 1968, A.D.L.A. [XXVIII-B], 1810, p. 1817.

ciegos a las consecuencias sociales de la ley.¹¹⁹ Antes del Código Civil la carrera de Derecho en Buenos Aires consistía en tres años de formación teórica en la Universidad de Buenos Aires seguidos de tres años de instrucción práctica en los tribunales.¹²⁰ El curso de práctica profesional en los tribunales fue establecido en 1815, antes de la creación de la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, y por gran parte del período hasta la década de 1860 fue probablemente el elemento más significativo de la carrera de derecho. Esta instrucción práctica se ofrecía a través de la Academia de Jurisprudencia, supervisada por la Cámara de Apelaciones. Se requería que los estudiantes asistieran a las audiencias regularmente y que argumentasen casos ante instructores como si hubieren sido abogados de una de las partes.¹²¹ La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires no fue fundada sino en 1822, y por la mayor parte del período hasta principios de la década de 1850 el programa consistía en la presentación de una tesis¹²² y la realización de sólo dos cursos, un curso general de derecho civil y un curso de derecho natural sobre derecho público.¹²³

¹¹⁹ Ver por ejemplo TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 29-30; BRAVA LIRA, *supra* nota 97, p. 1417; ver también CHANETON, *supra* nota 102, t. 2, p. 412-16, 418.

¹²⁰ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, MARCELINO UGARTE (1822-1872), p. 26 (1954); ver también MARÍA ISABEL SEONE, LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA ARGENTINA, p. 58 (1981) (comenta los tres años pasados en la Universidad); AGUSTÍN PESTALARDO, HISTORIA DE LA ENSEÑANZA DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, p. 37 (1914) (comenta los tres años pasados en la academia).

¹²¹ *Proyecto de creación de una Academia de Jurisprudencia* (25 de febrero de 1814) y reglamentaciones adjuntas establecidas por la Cámara de Apelaciones, Tít. 4, arts. 1-4, 21 (25 de noviembre de 1814) [en adelante “Reglamentos de la Academia” en RICARDO LEVENE, LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LA VIDA DE SU FUNDADOR MANUEL ANTONIO DE CASTRO, p. 161, 169-70 (1941); RICARDO LEVENE, ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE LA ENSEÑANZA DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA HISTORIA DEL DERECHO PATRIO EN LA ARGENTINA, p. 26-27 (1949); NORBERTO PIÑERO Y EDUARDO BIDAÚ, ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, t. 1, p. 58 (1988); ZORRAQUÍN BECÚ, *supra* nota 120, p. 26. Al final del curso los estudiantes rendían dos exámenes, uno en el que redactaban un dictamen sobre un caso ante la Cámara de Apelaciones, y otro en el que debían explicar los términos de una ley. Reglamentos de la Academia, tít. 4, arts. 15-16, *supra*, p. 169; ZORRAQUÍN BECÚ, *supra* nota 120, p. 26.

¹²² TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 228.

¹²³ Si bien la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires fue establecida inicialmente con cuatro cursos, durante la mayor parte del período hasta la década de 1850 sólo se ofrecían dos cursos, y durante gran parte de las décadas de 1830 y 1840, cuando el General Rosas estaba en el poder, ambos eran dictados por la misma persona. Ver PESTALARDO, *supra* nota 12, p. 36-39; VICENTE OSVALDO CUTOLO, EL PRIMER PROFESOR DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y SUS CONTINUADORES, p. 14, 24-25 (1948) [en adelante “EL PRIMER PROFESOR DE DERECHO CIVIL”]; VICENTE OSVALDO CUTOLO, LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL DEL PROFESOR CASAGEMAS DURANTE UN CUARTO DE SIGLO (1832- 1857), p. 29 (1947) [en adelante “LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL”]; VICENTE OSVALDO CUTOLO, LA FACULTAD DE DERECHO DESPUÉS DE CASEROS, p. 10-11 (1951) [en adelante “LA FACULTAD DE DERECHO”];

El plan de estudios comenzó a mejorar en la década de 1850, luego de la caída del General Rosas, para cambiar dramáticamente a partir de 1865 -mientras Vélez Sársfield trabajaba en el Código Civil-. El Código Civil de Vélez Sársfield comenzó a tener un gran impacto incluso antes de que se completara. En el curso de derecho civil comenzaron a circular copias de las partes ya completas,¹²⁴ y el estudio del derecho civil se amplió a tres años de cursado en 1865,¹²⁵ y a cuatro años en 1875, un año por cada libro del Código.¹²⁶ Más importante aún, los cursos de derecho civil comenzaron a ofrecer un enfoque mecánico enfatizando la exégesis de las disposiciones del Código basada en su estructura y en el uso extensivo de los comentaristas franceses.¹²⁷ La atención que la educación jurídica del

PIÑERO Y BIDAÚ, *supra* nota 121, t. 1, p. 58, 85, 140. El primero de los cursos, Derecho Natural y de Gentes, era esencialmente un curso de derechos naturales de un hombre frente al estado y los derechos de los estados entre sí. Ver PESTALARDO, *supra* nota 120, p. 37-41; ver en general ANTONIO SÁENZ, INSTITUCIONES ELEMENTALES SOBRE DERECHO NATURAL Y DE GENTES (Ricardo Levene ed. 1939) (1822-23) (este fue el primer texto usado en el curso). El segundo curso, Derecho Civil, fue variando de acuerdo con el profesor, enfatizando o bien el utilitarismo de Jeremy Bentham, EL PRIMER PROFESOR DE DERECHO CIVIL, *supra*, p. 14; PESTALARDO, *supra* nota 120, p. 39, 44-45; TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 223-224; o bien textos basados en las INSTITUTAS de Justiniano y en las SIETE PARTIDAS, LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL, *supra*, p. 39; PESTALARDO, *supra* nota 120, p. 51-54; TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 227. Si bien la obra de Bentham apoya la codificación, antes de la década de 1860 los estudiantes de la Universidad de Buenos Aires no estudiaron a los académicos continentales del derecho civil importantes del siglo XVIII y de principios del siglo XIX como parte significativa de su formación jurídica. Ver CHÁNETON, *supra* nota 102, t. 2, p. 340, 419; ver también TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 203, 279-80 (apuntando a que las obras de los principales comentaristas del código civil continental no circularon substancialmente en la Argentina hasta mediados del siglo XIX); LA FACULTAD DE DERECHO, *supra*, p. 41, 46 (las tesis de los estudiantes sobre temas del Derecho Civil en la década de 1850 se basaban casi totalmente en las fuentes tradicionales españolas). Por otra parte, la obra de Bentham era estudiada más por sus principios filosóficos que como una fuente de normas concretas por ser incorporadas a un código civil argentino. Aunque esta obra tuvo una importante circulación en América Latina, y apoyaba la codificación, la mayor parte de lo que circulaba parece haber consistido en propuestas para proyectar códigos y descripciones de los principios del utilitarismo, no reglas jurídicas específicas aplicables a relaciones civiles. Ver en general MIRIAM WILLFORD, JEREMY BENTHAM ON SPANISH AMERICA, p. 15-30 (1980) (comenta la circulación de su obra sobre la codificación); *id.*, p. 20-21, 37, 39, 126-27, 130-31 (comenta la correspondencia que mantenía con el presidente argentino Bernardino Rivadavia con propuestas de codificación y de legislación).

¹²⁴ CHÁNETON, *supra* nota 102, t. 2, p. 343.

¹²⁵ PESTALARDO, *supra* nota 120, p. 81; PIÑERO Y BIDAÚ, *supra* nota 121, t. 1, p. 141.

¹²⁶ CHÁNETON, *supra* nota 102, p. 344.

¹²⁷ PESTALARDO, *supra* nota 120, p. 101-05; ver en general CHÁNETON, *supra* nota 102, p. 343-59 (donde muestra una breve historia de la enseñanza del derecho civil en la Universidad de Buenos Aires desde la codificación hasta principios del siglo XX); TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 352-53, 358-64 (muestra los cambios en la Universidad de Buenos Aires en la década de 1860 causados por el movimiento que llevó a la codificación). Si bien a partir de la década de 1890 habría reclamos para corregir el énfasis exagerado en la exégesis del Código Civil como pieza central de la formación jurídica, incluso los reformistas tendieron sólo a añadir algún interés en examinar áreas para posibles reformas del Código, sin un cambio significativo en la noción de cómo funcionaba la ley. Por ejemplo, Juan Antonio Bibiloni encabezó un movimiento para enseñar el Código Civil más críticamente, poniendo el énfasis en áreas para reformar, CHÁNETON, *supra* nota 102, t. 2, p. 349-59, y tuvo algún éxito, pero el resultado fue un enfoque más, no menos, teórico del derecho. *Id.*, t. 2, p. 356-59.

pasado le prestaba al derecho natural casi desapareció.¹²⁸

Hacia mediados de la década de 1870, la educación jurídica se transformó de una formación práctica en los tribunales combinada con el estudio de filosofía, derecho natural y unos estudios asistemáticos de algunos conceptos de derecho civil, a cinco años de ciencia jurídica orientados principalmente al Código Civil. Los viejos requisitos de tres años de entrenamiento en los tribunales desaparecieron por completo.¹²⁹

B. El racionalismo judicial y su declinación

No es sorprendente que la mentalidad jurídica que vino con la codificación haya afectado también a la Corte Suprema argentina. Desde la década de 1870 hasta el juicio político a la Corte en 1947, no hay ejemplos en los que ella utilice la equidad o el derecho natural como ayuda en la resolución de un caso. De hecho, el tribunal se distanció explícitamente de toda tradición de equidad. Por ejemplo, en 1929, en una acción promovida por pobladores indígenas de la frontera con Bolivia en la que reclamaban la devolución de las tierras comunales que rodeaban a su pueblo, la Corte no hizo lugar a la demanda, aduciendo que si bien apreciaba las injusticias sufridas por los habitantes del pueblo:

...no está en el radio de sus facultades, marcado por la Constitución y las leyes, ponerle remedio; pues, a diferencia de la Suprema Corte Federal de Estados Unidos que, según la sección II del artículo 3 de la Constitución extiende su jurisdicción “a todos los casos en derecho y equidad” conforme al “common law” y la tradición inglesa (...), el Poder Judicial Argentino carece de potestad y competencia [para

¹²⁸ Derecho Natural y de Gentes, un curso de derecho natural que había constituido la mitad del plan de estudios durante la mayor parte de los primeros treinta años de la Facultad de Derecho se fue transformando gradualmente en las décadas de 1860 y 1870 en un curso moderno de Derecho Internacional, con sólo un limitado interés en cuestiones de derecho natural. Ver PESTALARDO, *supra* nota 120, p. 126-31. Desde 1874 el curso de Derecho Internacional fue dictado por Amancio Alcorta. *Id.*, p. 130. El texto de Alcorta, CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO (1886) defiende la postura de que el derecho internacional está basado en el derecho natural, ver por ejemplo, *id.*, t. 1, p. 2-4, 11-12, pero presenta un comentario sobre las otras escuelas de pensamiento, *id.* p. 64-98, y se concentra en la historia y el desarrollo de las reglas jurídicas internacionales, no en desarrollar los orígenes jusnaturalistas de las relaciones sociales e internacionales.

¹²⁹ El curso de estudio en la Academia de Jurisprudencia fue primero acortado a dos años en 1857, PIÑERO Y BIDAÚ, *supra* nota 121, t. 1, p. 141, y luego eliminado totalmente en 1871, reemplazándose por un curso de derecho procesal en la Universidad de Buenos Aires. PESTALARDO, *supra* nota 120, p. 84; SEONE, *supra* nota 120, p. 81. Una academia similar cerró en Córdoba en la década de 1870. *Id.* La Universidad de Córdoba, la otra gran escuela de derecho de la Argentina, sufrió una transformación hacia una formación jurídica continental muy similar a la de la Universidad de Buenos Aires. Ver TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 84, p. 352-58.

decidir] casos [por] pura equidad, salvo la que pueda entrar como elemento interpretativo, no de contraposición legal, en sus pronunciamientos.¹³⁰

Más aún, aunque la Corte deja abierta la puerta para usar la equidad como elemento interpretativo -cualquier cosa que eso signifique- no existe ningún caso en que la Corte reconoce que la usa.

Los académicos argentinos han señalado el período entre 1903 y 1929, la época en la que Antonio Bermejo fue miembro de la Corte, como el período de máximo liberalismo económico en el alto tribunal.¹³¹ Bermejo era un miembro importante de la elite conservadora, fue miembro de las dos Cámaras del Congreso y Ministro de Justicia e Instrucción Pública antes de ser miembro de la Corte, y fue presidente del tribunal desde 1905.¹³² Al igual que la Suprema Corte de los Estados Unidos en ese período, la Corte de Bermejo a menudo desarrollaba principios de *laissez-faire* capitalista en sus fallos.¹³³

Sin embargo, la mentalidad de la Corte Suprema argentina fue más allá del liberalismo económico para adoptar el racionalismo de manera más general. Como ha destacado muy propiamente un académico argentino, hubo un importante cambio generacional en la Corte Suprema alrededor del cambio de siglo.¹³⁴ Hasta Bermejo todos los jueces destacados de la Corte Suprema se recibieron de abogados antes de la sanción del Código Civil en 1869 y de los cambios que ésta significó para la enseñanza jurídica argentina. Bermejo se graduó en 1876.¹³⁵ Probablemente no sea una coincidencia que en *Hileret c/Provincia de Tucumán*,¹³⁶ el caso más importante durante el primer año de Bermejo como miembro, la Corte haya presentado un apoyo al racionalismo más explícito que nunca. La Corte se mofa de los

¹³⁰ “Guari c/Provincia de Jujuy”, CSJN Fallos 155:302, p. 317 (1929). (En algunas citas a textos en castellano se ha preferido tomarlas directamente de la fuente cuando ésta estaba disponible, en lugar de traducir nuevamente del inglés. [Nota del traductor])

¹³¹ Julio Oyhanarte, *Historia del Poder Judicial*, TODO ES HISTORIA, N° 61, Mayo de 1972, p. 100103; ver también JUAN GONZÁLEZ CALDERÓN, NO HAY JUSTICIA SIN LIBERTAD, p. 42-44 (1956) (señala que Bermejo impulsó a la Corte hacia un papel más prominente, comenzando con “Hileret c/Provincia de Tucumán”, Fallos 98:20 (1903), un caso clave, discutido *infra* III.B.2.a, que demuestra el compromiso de aquella con las libertades económicas).

¹³² VICENTE OSVALDO CUTOLO, NUEVO DICCIONARIO BIOGRÁFICO ARGENTINO, t. 1, p. 424-25 (1968).

¹³³ OYHANARTE, *supra* nota 131, p. 103.

¹³⁴ *Id.* p. 99.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Fallos 98:20 (1903), analizado en *infra* notas 258-59.

argumentos constitucionales que no se circunscriben al “texto de la Constitución... las necesidades y anhelos de la época en que se redactó”, la inteligencia que se le ha dado en los “documentos históricos” como el diario de sesiones de la Convención Constituyente y las obras de los publicistas de la época como Juan Bautista Alberdi, y las decisiones jurisprudenciales que interpretan lo anterior.¹³⁷ En los años siguientes, el tribunal puso en práctica lo que había predicado.¹³⁸

La Corte a la que Bermejo se incorporó ya se había mostrado dispuesta enfrentarse al Presidente y al Congreso. Había desafiado firmemente a un presidente en 1893 al requerirle que liberase a uno de los principales políticos de la oposición que acababa de liderar un intento de revuelta -declarando que éste estaba protegido por los fueros parlamentarios por su condición de Senador electo-.¹³⁹ En 1892 había forzado al Presidente a dar marcha atrás a las deportaciones ilegales de opositores.¹⁴⁰ En 1888 había bloqueado temporalmente el proyecto urbanístico más ambicioso de la Ciudad de Buenos Aires hasta entonces -la creación de la Avenida de Mayo- sustentando que el mecanismo de financiación planeado incluía expropiaciones inconstitucionales.¹⁴¹ Forzó incluso al Congreso a liberar a un periodista que aquél había ordenado que se detuviera.¹⁴² Sin embargo, las dos áreas que más se destacan, y que se tornan particularmente prominentes durante la Corte de Bermejo, son: (I) libertad de prensa; y (II) libertad de ejercer toda industria lícita y protección de la propiedad. Estas son áreas en las que el tribunal adoptó posturas racionalistas excepcionalmente firmes y en las que se produce el cambio más abrupto una vez que la Corte abandona el enfoque autónomo racionalista del derecho.

1. Protección de la Prensa

En líneas generales la prensa argentina prosperó bajo la protección del derecho autónomo y decayó bajo la indeterminación del derecho sensible. La Argentina gozó de una

¹³⁷ “Hileret c/Provincia de Tucumán”, *supra* nota 131, p. 47-48.

¹³⁸ En *Hileret, id.*, la Corte se concentró primero en el texto de la Constitución, examinando varios artículos y relacionándolos entre sí, *id.*, p. 36-39, 42, 46-47, luego en los discursos de la Convención Constituyente de 1853, *id.*, p. 48, y finalmente, en la obra de Alberdi, *id.*, p. 48-49.

¹³⁹ “Alem”, Fallos 54:432 (1893). Este caso es analizado extensamente en MILLER, *supra* nota 7, p. 302-13.

¹⁴⁰ “Páez”, Fallos 48:17 (1892); “Leguizamón”, Fallos 48:27 (1892). Este caso es discutido en MILLER, *supra* nota 7, p. 278-81.

¹⁴¹ “Municipalidad de la Capital c/Elortondo”, Fallos 33:162 (1880).

¹⁴² “Acevedo”, Fallos 28:406 (1885). Este caso es analizado en MILLER, *supra* nota 57, p. 1551-53.

prensa excepcionalmente vigorosa a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, lo que es especialmente sorprendente dada la completa ausencia de prensa opositora durante el gobierno del General Rosas en las décadas de 1830 y 1840.¹⁴³ Los visitantes extranjeros consistentemente advertían sobre la variedad, libertad y poder de la prensa.¹⁴⁴ *La Prensa*, que fue políticamente independiente y muy crítica del fraude electoral gubernamental, tenía una red internacional de periodistas. *La Nación*, un diario de amplia circulación dirigido por el ex presidente Bartolomé Mitre, estaba como este último siempre en la oposición, y tuvo un papel sustancial al incitar una revuelta fracasada en 1890. Un tercer periódico, *La Vanguardia*, era conducido por el Partido Socialista, y nunca vio un gobierno capitalista que le agradara.¹⁴⁵ Sólo los anarquistas sufrían persecución seria. Es imposible determinar si la sustancial libertad de prensa hubiera existido sin la Corte, pero el número de casos en el que ésta decidió en favor de la prensa parece indicar que tenía un papel importante.

En la Constitución Argentina de 1860 hay dos artículos que conciernen a la prensa. El artículo 14 dispone que los habitantes de la Nación gozan de una serie de derechos “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, y entre los derechos enumerados se encuentra el de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. Hasta la década de 1930, sin embargo, este artículo era bastante menos importante que el artículo 32, que dispone:

El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella jurisdicción federal.

Hasta 1932 la Corte interpretó consistentemente que este artículo establecía una prohibición lisa y llana de cualquier restricción federal o penalidad por publicaciones de la prensa, incluyendo responsabilidad civil y penal, y una prohibición de cualquier jurisdicción

¹⁴³ LYNCH, *supra* nota 83, p. 158.

¹⁴⁴ GEORGES CLEMENCEAU, NOTAS DE VIAJE POR AMÉRICA DEL SUR, p. 105, 114-118 (Miguel Ruiz trad., 1911, Hyspamérica 1986); THOMAS TURNER, ARGENTINA AND THE ARGENTINES, p. 35-36, 240-241 (1892); ver también JAMES BRYCE, SOUTH AMERICA, OBSERVATIONS AND IMPRESSIONS, p. 344 (1913); WILLIAM H. KOEBEL, MODERN ARGENTINA: THE EL DORADO OF TO-DAY, p. 78 (1907); A. STUART PENNINGTON, THE ARGENTINE REPUBLIC, p. 281 (1910); ADOLFO POSADA, LA REPÚBLICA ARGENTINA: IMPRESIONES Y COMENTARIOS, p. 46-48 (Hyspamérica 1987) (1912); ver en general GALVÁN MORENO, EL PERIODISMO ARGENTINO, p. 212-45, 297-453 (1944) (describe la variedad de periódicos que existían en Buenos Aires y el resto del país y se concentra en la segunda mitad del siglo XIX).

¹⁴⁵ Ver en general TURNER, *supra* nota 144, p. 35-36 (comenta acerca de los principales periódicos de Buenos Aires).

judicial federal.

La inclusión del artículo 32 fue uno de los muchos cambios propuestos por la Provincia de Buenos Aires en una Convención Constituyente de 1860 que especificó reformas a la Constitución de 1853 como condición para la ratificación de ésta por la provincia.¹⁴⁶ Si bien la subsecuente Convención Nacional incorporó el artículo en la Constitución sin debatirlo, éste fue extremadamente discutido en la Convención de Buenos Aires que lo propuso. Surgió de la Comisión Examinadora de la Convención, donde tuvo el apoyo de Vélez Sársfield y los futuros presidentes Mitre y Sarmiento, y se dieron dos razones fundamentales para el cambio. Primero, la Comisión Examinadora estaba preocupada por la continuidad de la independencia de la prensa porteña bajo un gobierno nacional.¹⁴⁷ A Buenos Aires, que había estado separada de la Confederación Argentina formada por el resto del país desde 1853 hasta 1860, le preocupaba la posibilidad de represión por parte de un gobierno nacional controlado por las otras provincias. La Comisión Examinadora señaló con alarma que el Presidente de la Confederación Argentina, General Justo José de Urquiza, ya había reaccionado a las críticas de un periódico porteñista de Córdoba escribiéndole al gobernador de esa provincia para pedirle que reprimiese al diario.¹⁴⁸

Segundo, la Comisión examinadora presentó al artículo como necesario para poner a la Constitución Argentina más en línea con la norteamericana.¹⁴⁹ La Comisión entendió que la primera enmienda de la Constitución estadounidense, “[e]l Congreso no hará ley alguna... limitando la libertad de expresión o de prensa...”, prohibía cualquier legislación federal que

¹⁴⁶ Ver en general SANTOS P. AMADEO, ARGENTINE CONSTITUTIONAL LAW, p. 32-42 (1943) (analiza los resultados de esta Convención y su trasfondo histórico).

¹⁴⁷ Sesiones de la Convención de Estado de Buenos Aires, encargada del examen de la Constitución Federal [en adelante “Convención de Buenos Aires”], *Informe de la Comisión examinadora de la Constitución Federal* en ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS, t.4, p. 773 (Emilio Ravignani ed., 1937), *El Redactor de la Comisión examinadora de la Constitución federal* en ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS, *supra*, t. 4, p. 976.

¹⁴⁸ EL REDACTOR DE LA COMISIÓN EXAMINADORA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *supra* nota 147, p. 976; ver también *Santa María v. La Argentina, Juez del Crimen de la Capital Federal*, REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS, t. 1, p. 803, 805 (1910) (cita observaciones de Elizalde en la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires de 1870, donde indica que el art. 32 de la Constitución estuvo motivado por los temores que causó una carta del Presidente Urquiza a Córdoba donde pedía la represión de un diario antigubernamental); Francisco Durá, *Libertad Constitucional y licencia práctica de la prensa*, REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS, t. 13, p. 329, 341 (1916) (lo mismo); Tomás Jofré, [nota sin título donde comenta el fallo *Rolla v. Kaiser*] JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 1, p. 356, 361, n. 188 bis (1918) (lo mismo).

¹⁴⁹ *Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal*, *supra* nota 147, p. 779; EL REDACTOR DE LA COMISIÓN EXAMINADORA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *supra* nota 147, p. 976.

afectase a la prensa.¹⁵⁰ Esta postura tenía en esa época un gran apoyo en los Estados Unidos. Luego de la promulgación de la Ley de Sedición de 1798 (Sedition Act of 1798), que sólo tuvo vigencia por tres años, Jefferson y otros demócrata-republicanos adoptaron la postura de que la Constitución prohibía cualquier ley federal que afectase a la prensa, dejando en manos de los estados toda legislación sobre expresión y prensa.¹⁵¹ Por otra parte, esta posición fue sostenida también por John C. Calhoun y Daniel Webster en los debates legislativos de 1836.¹⁵² Joseph Story describió la constitucionalidad de la legislación federal sobre la libertad de prensa como una cuestión abierta,¹⁵³ y no fue hasta 1919, en los casos de la Ley de Espionaje en los que se procesó a propagandistas que habían obstruido el reclutamiento del ejército, que la Suprema Corte norteamericana sostuvo definitivamente que la Primera Enmienda admitía que leyes federales paralizaran declaraciones de la prensa.¹⁵⁴ La Constitución norteamericana, al referirse a no hacer “ley alguna ... limitando la libertad de expresión o de prensa” puede ciertamente ser interpretada como una prohibición absoluta de leyes federales sobre la prensa, y a diferencia de la Suprema Corte norteamericana, que a partir de 1919 se concentró en la razonabilidad de la reglamentación a la luz de las circunstancias,¹⁵⁵ la Corte Suprema argentina sí se concentró en el lenguaje del texto.

La Corte Suprema argentina decidió varias decenas de casos entre 1863 y 1930 que giraban en torno de las consideraciones sobre federalismo que plantea el artículo 32. Los casos se dividen en dos categorías. Primero, por lo menos en una decena de casos previos a 1930 la Corte sostuvo que los tribunales federales no podían ejercer jurisdicción penal federal sobre

¹⁵⁰ Ver *supra* nota 149.

¹⁵¹ LEONARD LEVY, EMERGENCE OF A FREE PRESS, p. 301-08 (1985) (argumentando sobre la base de la Décima Enmienda).

¹⁵² Lindsay Rogers, *Federal Interference with Freedom of the Press*, 23 YALE L. J., p. 559, 569, 570 (1914).

¹⁵³ JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES, t. 3, § 1885 (Fred B. Rothman & Co. 1991) (1833).

¹⁵⁴ El argumento de que la Primera Enmienda prohibía la legislación federal para las publicaciones de la prensa fue dejado de lado definitivamente en *Frohwerk v. United States*, 249 US 204, 206 (1919) y *Schaefer v. United States*, 251 US 466, 477 (1920) (ambos concernientes a publicaciones durante la Primera Guerra Mundial que violaban la Ley de Espionaje); ver también *Schenk v. United States*, 249 US 47, 52 (1919) (que permitió procesamientos por violación a la Ley de Espionaje en la medida en que las declaraciones publicadas “creen un peligro claro y actual de que provocará los grandes males que el Congreso tiene derecho a evitar”). La Suprema Corte estadounidense sólo invocó a la Primera Enmienda de forma tangencial antes de la Gran Guerra, por ejemplo, en casos en que defendió restricciones al uso del Correo. Ver en general David M. Rabban, *The First Amendment in its Forgotten Years*, 90 YALE L. J., p. 514, 524-33 (1981).

¹⁵⁵ Ver 249 US 47, p. 52; 249 US 204, p. 206-09.

la prensa, aun cuando el gobierno federal tuviese un gran interés en el asunto.¹⁵⁶ Esta prohibición incluía las figuras penales tradicionales de injurias, falsa

151

152

153

154

155

156

¹⁵⁶ “Argerich” Fallos 1:130 (1864) (causa penal por injurias y calumnias propaladas al Jefe de Policía); “Procurador Fiscal c/Laforest”, Fallos 3:371 (1866) (sedición); “Moreno”, Fallos 10:361 (1871) (desacato hacia un juez federal); “Jofré”, Fallos 17:110 (1875) (desacato hacia un juez federal); “Acevedo”, Fallos 30:112 (1886) (disputa entre los tribunales federales y los locales de la Capital Federal acerca de quién tenía jurisdicción en el caso de desacato hacia el Presidente, resuelto en favor de la jurisdicción exclusiva de la justicia local); “Gorostiaga c/García Aguilera”, Fallos 33:228 (1888) (causa penal por injurias y calumnias propaladas a un miembro del Congreso); “Procurador Fiscal c/Correa”, Fallos 85:246 (1900) (causa penal por desacato hacia un juez federal); “Robles c/Cornejo”, Fallos 100:377 (1904) (causa penal por injurias y calumnias propaladas al Vicecónsul de España); “Carreras c/Director del Diario ‘La Libertad’”, Fallos 106:416 (1907) (causa penal por injurias y calumnias propaladas al Cónsul del Perú en Rosario); “Salva”, Fallos 114:60 (1910) (resuelve un conflicto de jurisdicción entre los tribunales federales y locales de la Capital Federal en favor de estos últimos en el caso de una publicación en un periódico anarquista que amenazaba al Presidente e incitaba a la violencia violando la ley 7.029 -la Ley de Defensa Social de 1910-); “Procurador Fiscal de Tucumán c/del Prada Salgado”, Fallos 129:279 (1919) (causa penal por injurias y calumnias propaladas al fiscal federal de Tucumán); “Girela”, Fallos 129:381 (1919) (resuelve un conflicto de jurisdicción en contra de los tribunales federales y a favor de los locales de la Capital Federal en un caso de sedición en virtud de la ley 7029); “Murad c/Iturralde”, Fallos 137:5 (1922) (no reconoce jurisdicción original de la Corte Suprema en una causa penal contra el Cónsul General de España y el Imperio Otomano por calumnias e injurias); “Iturralde”, Fallos 138:381 (1923) (deniega jurisdicción federal en una causa penal seguida contra el Cónsul General de España y el Imperio Otomano por calumnias e injurias); en contra, “Calvete” Fallos 1:297 (1864) y su revisión, Fallos 1:340 (1864).

acusación de un crimen (calumnia) y desacato, como así también las sanciones penales por manifiestos sediciosos que incitaban a actos de violencia o a que se depusiese a las autoridades públicas.¹⁵⁷ Podía existir responsabilidad en estos casos, pero sólo bajo la jurisdicción provincial. A todos los casos que involucraban injurias a un miembro del Congreso, amenazas al Presidente y las injurias propaladas por un embajador contra otro embajador, les era negada la jurisdicción federal, a pesar del obvio interés federal en ellos.¹⁵⁸

Segundo, en muchos casos la Corte también afirmó que el Congreso carecía de facultades legislativas sobre la prensa incluso cuando la disposición federal era aplicada por un tribunal provincial.¹⁵⁹ La firmeza de la Corte en esta cuestión fue particularmente llamativa dado el contexto de la división de competencias legislativas establecidas por la Constitución. Ésta, en su artículo 67 inciso 11,¹⁶⁰ encomendaba al Congreso el dictado de los códigos nacionales civil, comercial, penal y de minería para aclarar la confusión de la legislación colonial y conseguir uniformidad legislativa.¹⁶¹ De cualquier forma, por la insistencia de la Provincia de Buenos Aires en la Convención Constituyente de 1860, el inciso fue reformado de tal manera que la autoridad del Congreso de redactar los códigos no alterase la jurisdicción de los tribunales federales y provinciales, gozando las cuestiones ordinarias suscitadas en virtud de esos códigos de la jurisdicción provincial.¹⁶²

Esta combinación de competencia legislativa federal con competencia judicial provincial produjo resultados altamente anómalos cuando se consideraba conjuntamente con la prohibición al Congreso de ejercer facultades legislativas sobre la prensa del artículo 32. El Código Penal tipificaba ampliamente muchas conductas, como las injurias y el desacato, sin especificar si la conducta debía tener lugar a través de la prensa o algún otro medio de

¹⁵⁷

Id.

¹⁵⁸

Id.

¹⁵⁹ “Saborido c/Kaiser”, Fallos 124:161 (1916); “Rolla c/Kaiser”, Fallos 127:273 (1918); “Méndez c/Valdéz”, Fallos 127:429 (1918); “Segovia c/Herrera”, Fallos 128:175 (1918); “Sotullo c/Scotti”, Fallos 130:121 (1919); “Paimero c/Gándara”, Fallos 131:282 (1920); “Rosas c/Barón”, Fallos 131:395 (1920).

¹⁶⁰ CONSTITUCIÓN ARGENTINA art. 67, inc. 11 (1860), originalmente CONSTITUCIÓN ARGENTINA art. 64 inc. 11 (1853). (Después de las reformas de 1994 pasó a ser el art. 75 inc. 12 [Nota del T.]

¹⁶¹ Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina. Sesión del 28 de abril de 1853, en ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS, *supra* nota 147, t. 4, p. 528-29 (discurso de Gorostiaga).

¹⁶² Convención Constituyente de 1860, sesión del 7 de marzo de 1860, en ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS, *supra* nota 147, t. 4, p. 864.

comunicación, como cartas o el discurso oral; sin embargo, como el Congreso tenía prohibido sancionar leyes que afectasen a la prensa, la Corte Suprema bloqueó todos los intentos de aplicar el Código Penal a los artículos periodísticos.¹⁶³ Lo expresado oralmente o por carta podía ser perseguido penalmente por los tribunales provinciales aplicando el Código Penal, pero la misma declaración hecha en la prensa estaba protegida.¹⁶⁴ El resultado fue que cada provincia fuese responsable de su propia ley de injurias, desacato y sedición cuando tales hechos eran cometidos a través de la prensa, y los funcionarios federales que quisieran accionar contra la prensa debían atenerse a las limitaciones de la legislación y justicia locales. Las únicas excepciones a la prohibición de jurisdicción federal las constituían la Capital Federal y los escasamente poblados territorios nacionales, en que el Congreso actuaba como legislatura local, y se aplicaban las disposiciones del Código Penal a la prensa en virtud del poder del Congreso como autoridad legislativa local.¹⁶⁵ En la visión de la Corte incluso en el caso de importantes iniciativas del gobierno tales como la Ley de Defensa Social de 1910,¹⁶⁶ una medida represiva en contra de los anarquistas en respuesta a los atentados con bombas y el creciente temor a la influencia anarquista sobre los trabajadores, no debían aplicarse sus disposiciones acerca de la propagación de la violencia a través de la prensa fuera de la Capital Federal y los territorios nacionales.¹⁶⁷

Una razón por la que la Corte Suprema falló tantos casos de libertad de expresión es que su jurisprudencia en este campo era muy frecuentemente cuestionada. El interés de la elite de Buenos Aires en el artículo 32 cambió substancialmente una vez que el Presidente Mitre se hizo cargo del gobierno federal en 1862. Buenos Aires negoció los cambios

¹⁶³ Ver, por ejemplo, JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, DERECHO CONSTITUCIONAL, t. 2, §§ 519-20, (2ª ed. 1923) (apoya la jurisprudencia de la Corte); RODOLFO RIVAROLA, DERECHO PENAL ARGENTINO, § 16 (1910) (critica el fracaso en imponer el Código Penal a la prensa).

¹⁶⁴ Ver GERMÁN J. BIDART CAMPOS, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL, t. 1, p. 278-80 (1986).

¹⁶⁵ “Antilli”, Fallos 119:231, p. 247-48 (1914) (aplica la Ley N° 7.029 de Defensa Social contra la prensa de la Capital Federal).

¹⁶⁶ Ley N° 7.029, 30 de junio de 1910, A.D.L.A. [1889-1919], p. 787.

¹⁶⁷ La Corte Suprema nunca trató la constitucionalidad del procesamiento por parte de tribunales provinciales por violaciones a la Ley de Defensa Social cometidas por la prensa. En “Briz”, Fallos 115:255 (1912), sostuvo que la Ley de Defensa Social debía considerarse parte del Código Penal a los fines de la jurisdicción federal, lo que implicaba que los tribunales federales carecían de competencia para entender en acusaciones en virtud de aquélla. En “Girela”, Fallos 129:381 (1919), resolvió un conflicto entre un tribunal provincial de Buenos Aires y un juez federal sobre quién tenía jurisdicción en una violación por la prensa a la ley 7029 en favor del tribunal provincial, pero el tema de si era constitucional aplicar la ley no fue tratado.

constitucionales en 1860 tras haber sufrido una derrota por las armas en manos del resto de las provincias, unidas bajo la Constitución de 1853. Sin embargo, aunque derrotada, Buenos Aires se mantuvo lo suficientemente fuerte como para exigir las reformas constitucionales como condición para aceptar la Constitución; y tras la derrota militar sus intereses necesitaban la protección de su autonomía.¹⁶⁸ En el ámbito de la libertad de expresión, eso significaba proteger a su prensa del gobierno federal. Dos años más tarde, una victoria militar de Buenos Aires inició un período de dominación porteña del resto del país, y el interés de la entonces dominante elite porteña en la protección del federalismo cambió consecuentemente. De ahí que no sea para nada sorprendente que la administración del Presidente Mitre, a pesar de la participación de éste en la Comisión que proyectó las reformas en 1860, apoyara el procesamiento del editor de un periódico por injurias al Jefe de Policía de Buenos Aires,¹⁶⁹ en el caso que motivó el primer fallo de la Corte Suprema que prohibió a la justicia federal juzgar este tipo de casos.¹⁷⁰ Su compañero en la Comisión, Domingo Faustino Sarmiento, mostró una inconsistencia similar cuando fue presidente más tarde, reclamando infructuosamente legislación y jurisdicción federales contra los “crímenes y abusos” de la prensa.¹⁷¹ Una vez establecida la hegemonía, la elite de Buenos Aires se volvió crítica de la aplicación rígida del artículo 32.

El cambio en la perspectiva política surge muy claramente de los argumentos de los detractores del artículo 32. Es interesante que los dos críticos principales de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el artículo 32 de principios del siglo XX, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, fuesen también los principales estudiosos de ciencias políticas de su tiempo, con una reputación formada no por su trabajo como juristas sino por

¹⁶⁸ Ver Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 57, p. 1508-1511, 1521-1522 (comenta la derrota militar de Buenos Aires en 1859 a manos de la Confederación Argentina, el consecuente tratado con ésta y las varias reformas constitucionales que exigió aquella provincia).

¹⁶⁹ Este caso fue archivado por requerimiento específico del Ministro de Justicia. “Argerich”, Fallos 1:130 (1864).

¹⁷⁰ El tribunal federal inferior sostuvo que la letra del artículo 32 y la intención de los delegados a la Convención de Buenos Aires de 1860 prohibían la jurisdicción federal, Fallos 1:130, p. 142-44, y la Corte Suprema confirmó la sentencia de aquél “de acuerdo con su razonamiento”, sin exhibir su opinión, Fallos 1:130, p. 148. No obstante, este fallo sería citado frecuentemente en casos posteriores. “Procurados Fiscal c/Laforest”, Fallos 3:371, p. 372 (1866); “Procurador Fiscal c/Moreno”, Fallos 10: 361, p. 363 (1871); “Procurador Fiscal c/Correa”, Fallos 85:246, p. 251 (1900); “Salva”, Fallos 114:60, p. 68 (1910); “Méndez c/Valdéz”, Fallos 127:429, p. 440 (1918).

¹⁷¹ Domingo F. Sarmiento, *Mensaje del Presidente de la República, Domingo F. Sarmiento, al Abrir las Sesiones del Congreso Argentino en Mayo de 1874*, en H. MABRAGAÑA, LOS MENSAJES, t. 3, p. 363,

sus libros sobre la historia política reciente.¹⁷² Ambos estaban menos inmersos en el derecho racional autónomo que la mayoría de su generación y sus argumentos tendían a hacerse eco uno del otro.¹⁷³ Uno de los resúmenes más claros de su posición puede encontrarse en un dictamen de Matienzo como Procurador General, el principal fiscal gubernamental ante la Corte Suprema y el jefe de todos los fiscales federales de la nación.¹⁷⁴ Matienzo presentó su postura directamente o por referencia en ocho casos diferentes ante la Corte entre 1918 y 1921.¹⁷⁵ Los dos casos en los que el dictamen fue

375-75 (1910). Este discurso es citado en “Segovia c/Orellana Herrera”, Fallos 128:175, p. 197 (1918) (dictamen del Procurador General).

¹⁷² La obra principal de Matienzo es EL GOBIERNO REPRESENTATIVO FEDERAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA (2ª ed. 1917), que estudia principalmente la naturaleza centralizada del sistema político argentino y su uso del fraude electoral, pero también ofrece una corta crítica al derecho autónomo, quejándose de que “el concepto del juez argentino parece ser que el fin de la ley es la ley misma y no el interés común de los hombres”, *id.*, p. 314. El libro de Rodolfo Rivarola, DEL RÉGIMEN FEDERATIVO AL UNITARIO: ESTUDIO SOBRE LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA ARGENTINA (1908), es igualmente un estudio político sobre el fraude electoral y la centralización de poder en la política argentina, ver por ejemplo, p. 278, 282, 291-94, 322-23; y si bien escribió también un tratado sobre principios generales del derecho civil argentino, argumenta al comienzo de su libro que “un código no puede contener y abarcar eternamente a la sociedad dentro de su molde” sino más bien “ha sido creado para ajustarse a las necesidades de la sociedad”. RODOLFO RIVAROLA, INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL ARGENTINO, t. 1, p. 2 (1901). La doctrina dominante entre los académicos del derecho constitucional apoyaba la jurisprudencia de la Corte Suprema, JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA § 673 (1897); GONZÁLEZ CALDERÓN, *supra* nota 163, t. 2, § 521; pero *cf.* José Manuel Estrada, *Curso de Derecho Constitucional* (1895), en OBRAS COMPLETAS DE JOSÉ MANUEL ESTRADA, t. 4, p. 235-38 (1927) (requiere jurisdicción federal sobre la prensa cuando fueran afectados intereses federales).

¹⁷³ Tanto Rodolfo Rivarola como José Nicolás Matienzo fueron parte de la Comisión instituida por el Congreso en 1891 para reformar el Código Penal y coincidieron en proponer que éste incluyese crímenes cometidos por la prensa. Francisco Durá, *Libertad constitucional y licencia práctica de la prensa*, REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS, t. 14, p. 597, 615 (1917). Rivarola expresó su visión del artículo 32 tanto en su propia obra, muy notablemente en RODOLFO RIVAROLA, DERECHO PENAL ARGENTINO, § 16 (1910), como ofreciendo espacio a los críticos de la regla en la publicación que editaba, la Revista Argentina de Ciencias Políticas, por ejemplo, Manuel Escobar, *El periodismo argentino con relación a la Constitución*, REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS, t. 10, p. 74 (1915); Francisco Durá, *Libertad constitucional y licencia práctica de la prensa* (partes 1-9), REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS, t. 13, p. 329, 413, 530 (1916), REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS, t. 14, p. 18, 152, 255, 353, 597 (1917), REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS, t. 15, p. 34 (1918) (un artículo de la extensión de un libro publicado en nueve partes). La postura de Matienzo está desarrollada en JOSÉ NICOLÁS MATIENZO, TEMAS POLÍTICOS E HISTÓRICOS, p. 123, 133 (1916), y en sus dictámenes como Procurador General, discutidos en el texto. Además, los tribunales de la Provincia de Buenos Aires repetidamente se rehusaban a seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema, requiriéndose frecuentes apelaciones.

¹⁷⁴ Las funciones del Procurador General nunca habían sido detalladas formalmente en su totalidad, pero en 1888 el Código de Procedimiento Criminal lo hizo en parte, especificando que aquél actuaría como el representante del gobierno ante la Corte Suprema en los casos de jurisdicción originaria y apelaciones de fiscales federales, y que actuaría como el supervisor de todos los fiscales. Ley 2.372, art. 116, 17 de octubre de 1888, A.D.L.A. [1881-1888], p. 444, 451.

¹⁷⁵ El dictamen está publicado en la colección de fallos de la Corte Suprema en “Segovia c/Orellana Herrera”, Fallos 128:175, p. 202-18 (1918), pero como se indica en *id.*, p. 202 n. 1, fue también presentado por el Procurador General en el caso “Méndez c/Valdéz”, Fallos 127:429 (1918). El dictamen presentado en

redactado originalmente comprendían procedimientos de tribunales provinciales que aplicaron el Código Penal nacional en casos de injurias en lugar de la legislación local más benigna;¹⁷⁶ pero el dictamen atacaba ampliamente tanto la prohibición de jurisdicción federal como la prohibición de legislación al Congreso.

El dictamen de Matienzo comienza reclamando un enfoque del artículo 32 políticamente sensible, reclamo que es probablemente único entre los argumentos presentados ante la Corte Suprema argentina hasta entonces. Él aduce:

Mi juicio es favorable a esta segunda solución [de conceder recurso extraordinario y aplicar el Código Penal], que conservando al Poder Judicial de la Nación el papel de supremo protector de las libertades individuales, consulta la evidente necesidad de no abandonar al arbitrio de las autoridades de provincia una libertad tan indispensable a la vida republicana como es la de imprenta. Bien sé que el artículo 32 fue agregado en 1860 a la Constitución a propuesta de políticos recelosos de la autoridad nacional de esa época; pero ese móvil, que no está consignado en el texto y no fue compartido por la Convención Nacional que aceptó... esta enmienda... para no retardar la reconciliación de los argentinos, ... no puede seguir produciendo efecto a través de los años y de los siglos, cuando las circunstancias han cambiado fundamentalmente y cuando las nuevas generaciones tienen más fe en los jueces nacionales que en los de provincia para todo lo que atañe a la protección de las libertades constitucionales.¹⁷⁷

Era por eso que el artículo 32 debía ser leído restrictivamente, dejando de lado su historia circunstancial, y debía interpretarse de acuerdo con las otras reglas de la Constitución y con su espíritu.¹⁷⁸

Matienzo desarrolló entonces un enfoque con cuatro elementos claves: (1) Abandono de la

“Segovia” es incorporado por referencia en los dictámenes de “Herrera c/Cardoso”, Fallos 129:66, p. 67 (1919); “Procurador Fiscal de Tucumán c/del Prada Salgado”, Fallos 129:279, p. 282 (1919); “Girela”, Fallos 129:381, p. 392 (1919); “Paimeiro c/Gándara”, Fallos 131:282, p. 284 (1920); “Rosas c/Barón”, Fallos 131:378, p. 395, p. 396 (1920); “Agente Fiscal c/Diario ‘Nueva Época’”, Fallos 134:378, p. 393 (1921). El nivel de persistencia del Procurador General, a pesar del claro rechazo de su postura por la Corte Suprema, no tenía precedentes.

¹⁷⁶ “Segovia c/Orellana Herrera”, Fallos 128:175, p. 218; “Méndez c/Valdéz”, Fallos 127:429, p. 430-31.

¹⁷⁷ “Segovia”, Fallos 128:175, p. 203-204 (dictamen del Procurador General).

¹⁷⁸
Id.

historia legislativa del artículo 32 como guía porque las circunstancias habían cambiado;¹⁷⁹ (2) insistencia en que la Convención de Buenos Aires de 1860 no ofrecía una buena historia legislativa porque la Convención Nacional que había adoptado sus propuestas las había aprobado como un paquete cerrado en aras de la unidad nacional, y no por las razones por las que fueron propuestas;¹⁸⁰ (3) insistencia en que el artículo 32 debía ser interpretado de acuerdo con las necesidades del momento, y que los tribunales federales eran en ese momento mucho más confiables que los provinciales;¹⁸¹ y (4) interpretación de la Constitución como un todo armónico.¹⁸²

De los cuatro elementos, el primero y el tercero toman un enfoque explícitamente sensible de la Constitución, al mirar las necesidades del momento. Matienzo enfatizó que los temores originales que necesitaron del artículo 32 no existían más y que la mayoría de la gente consideraba entonces al gobierno federal la mejor protección de sus libertades constitucionales.¹⁸³ Los elementos más racionalistas de su dictamen son mucho más débiles y no pueden contraponerse con éxito a la consistente jurisprudencia de la Corte Suprema. Él intentó releer los debates constituyentes de 1860,¹⁸⁴ e interpretar la Constitución “armónicamente”, concentrándose en el hecho de que prohibir la competencia legislativa y judicial federales sobre la prensa era inconsistente con el esquema general de la Constitución de poner la legislación penal en manos del Congreso (pues era el encargado de dictar los códigos nacionales civil, comercial, penal y de minería),¹⁸⁵ y admitiendo la jurisdicción federal cuando hubiera un interés federal afectado.¹⁸⁶ De acuerdo con Matienzo, una interpretación del artículo 32 que dejase la competencia legislativa en manos de las provincias se alejaba del esquema general de la Constitución y debía evitarse. Citó a comentaristas estadounidenses como autoridad para requerir una lectura armónica de la Constitución,¹⁸⁷ e insistió en que si era cierto que los constituyentes argentinos habían

¹⁷⁹ *Id.*, p. 204, 214.

¹⁸⁰ *Id.*, p. 204.

¹⁸¹ *Id.*, p. 204, 213-14.

¹⁸² *Id.*, p. 204, 214-17.

¹⁸³ *Id.*, p. 213-14.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 205-07.

¹⁸⁵ CONSTITUCIÓN ARGENTINA, art. 67 inc. 11 (1860).

¹⁸⁶ “Segovia c/Orellana Herrera”, Fallos 128:175, p. 214-17.

¹⁸⁷ *Id.*, p. 204 (citando a Willoughby sin especificar fuente).

querido seguir la práctica norteamericana, había que reconocer que los Estados Unidos no tenían una regla parecida que prohibiera la jurisdicción federal.¹⁸⁸ La principal garantía constitucional otorgada a la prensa era la protección contra la censura previa establecida en el artículo 14.¹⁸⁹

Ninguno de los argumentos de Matienzo era original,¹⁹⁰ y la Corte desechó su reinterpretación de la historia constitucional con extensas citas de los debates de la Convención que analizaron las reformas de la Convención de Buenos Aires de 1860¹⁹¹ y con otras citas de la práctica anterior.¹⁹² La insistencia de Matienzo en que la Convención de Buenos Aires no podía ofrecer suficiente evidencia de la intención de los constituyentes simplemente no tenía sentido. Si bien los delegados a la subsiguiente Convención Nacional pueden haber votado las enmiendas para conseguir la unión nacional, el propósito legislativo detrás de las disposiciones fue el de aliviar las preocupaciones de Buenos Aires y, en consecuencia, alcanzar las metas expresadas por los redactores de las enmiendas.¹⁹³ Por otra parte, la Corte indicó que si el artículo 32 no era visto como incluyendo una prohibición de competencia legislativa a través del Código Penal, serviría entonces de poco. La prensa podría ser socavada con la misma efectividad a través de disposiciones generales sobre injurias y sedición en el Código Penal como por medio de una ley específicamente dirigida a la prensa.¹⁹⁴

Pero dado que Matienzo representaba asimismo parte de un movimiento más grande en pro del abandono del racionalismo jurídico, la Corte ofreció además su defensa más explícita del racionalismo jurídico hasta la fecha.

[S]i con el transcurso del tiempo ha desaparecido la causa que le dieran origen [a la disposición constitucional], ello podría fundar la necesidad o conveniencia de la reforma de la Constitución en ese punto, pero no puede influir en la interpretación que deben darle los tribunales de justicia, porque la Constitución no se modifica por

¹⁸⁸ *Id.*, p. 212, 217.

¹⁸⁹ *Id.*, p. 214.

¹⁹⁰ Todos los argumentos de Matienzo pueden encontrarse en DURÁ, *supra* nota 173.

¹⁹¹ “Méndez”, Fallos 127:429, p. 433-38; “Segovia”, Fallos 128:175, p. 220-25.

¹⁹² “Méndez”, Fallos 127:429, p. 431-32; “Segovia”, Fallos 128:175, p. 227-28.

¹⁹³ Ver “Méndez”, Fallos 127:429, p. 439; “Segovia”, Fallos 128:175, p. 226-27.

¹⁹⁴ “Méndez”, Fallos 127:429, p. 432-33; “Segovia”, Fallos 128:175, p. 219-20.

vía de cambios en la jurisprudencia, ni los jueces, a título de interpretar las leyes, pueden invadir la potestad legislativa.

...[C]orresponde observar la regla hermenéutica según la cual, al investigarse el origen y objeto de la ley, debe procederse con prescindencia de los factores sociales o de otro orden, que en el transcurso del tiempo pudieran determinar modificaciones en su aplicación, pues, como queda dicho, si las leyes fueran susceptibles de reformarse automáticamente con el transcurso del tiempo y por acción implícita de la jurisprudencia, resultaría en definitiva creación del magistrado judicial y no del poder legislativo.¹⁹⁵

Por otro lado, la Corte acertadamente indicó que Matienzo y sus aliados simplemente estaban equivocados cuando afirmaban que la legislación provincial representaba para la prensa un riesgo mayor que la legislación federal.¹⁹⁶ Quizás porque las provincias no estaban acostumbradas a redactar leyes penales, dado que todas las demás normas penales estaban en el Código Penal, tendían a tratar abusos de la prensa, como las injurias, como faltas sujetas a los mismos tipos de penas menores que las contravenciones que normalmente caen dentro de su competencia legislativa. Por eso, aunque según el Código Penal una calumnia, consistente en la falsa imputación de un delito, podía resultar en una condena de uno a tres años de prisión,¹⁹⁷ el mismo delito cometido por la prensa, y por lo tanto sancionado sólo según las leyes locales, típicamente era sujeto sólo a una multa.¹⁹⁸

La batalla entre Matienzo y la Corte se hizo continua, donde aquél insistía en su postura en numerosos dictámenes ante el tribunal.¹⁹⁹ Como era de prever, la revista de ciencias políticas de Rivarola, *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, apoyaba a Matienzo,²⁰⁰ mientras que *Jurisprudencia Argentina*, la revista jurídica y compendio de jurisprudencia

¹⁹⁵ “Méndez”, Fallos 127:429, p. 438-39, y reexpuesto en la p. 440. Repetido casi al pie de la letra en “Segovia”, Fallos 128:175, p. 225-26.

¹⁹⁶ “Méndez”, Fallos 127:429, p. 441-43; “Segovia”, Fallos 128:175, p. 229-31.

¹⁹⁷ Ley N° 1.920, art. 178, 7 de diciembre de 1886, A.D.L.A. [1881-1888], p. 378, 392.

¹⁹⁸ “Méndez”, Fallos 127:429, p. 442-43; “Segovia”, Fallos 128:175, p. 230-31; ver también Nota del Editor, Méndez v. Valdéz, J.A., t. 2, 171, p. 172, n. 120 (1918) (describe la legislación sobre prensa de cada provincia).

¹⁹⁹ *Supra* nota 175.

²⁰⁰ *Comentario del fallo precedente*, REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS, t. 13, p. 164 (1916) (comenta “Saborido c/Kaiser”, Fallos 124:161 [1916]); también ver los artículos de la REVISTA ARGENTINA DE CIENCIAS POLÍTICAS agrupados *supra* nota 173.

más importante, apoyaba a la Corte.²⁰¹ El debate tenía consecuencias prácticas. Los años 1917 a 1921 fueron políticamente combativos, con agitación de anarquistas y trabajadores en las principales ciudades e intentos del Presidente Yrigoyen de usar las intervenciones federales para hacerse con los gobiernos de la mayoría de las provincias argentinas para desplazar a la oligarquía tradicional.²⁰² Si bien los principales críticos de la jurisprudencia de la Corte no tenían necesariamente objetivos políticos partidistas, la aplicación de las duras disposiciones del Código Penal y las de sedición de la Ley de Defensa Social de 1910²⁰³ habrían brindado al gobierno federal herramientas importantes contra los anarquistas y contra las elites provinciales hostiles.

Por otra parte, cuando la Corte Suprema finalmente cambió su jurisprudencia en 1932 le entregó un importante instrumento a un gobierno que sin lugar a dudas estaba buscando en ese momento medios para dominar a la prensa. La década de 1930 es conocida como la “década infame”, porque la elite económica argentina, luego de apoyar en 1930 un golpe de estado militar contra un gobierno populista elegido democráticamente, gobernó hasta principios de la década de 1940 gracias a un fraude electoral extremadamente evidente.²⁰⁴ Mientras las fuerzas armadas sostuvieron a la oligarquía este fraude pudo continuar, pero las víctimas políticas del fraude naturalmente protestaron, y el autocontrol argentino no se había deteriorado aun al punto en el que el país pudiese ser forzado a vivir bajo un perpetuo estado de sitio (la provisión constitucional que permite la suspensión de la mayoría de las libertades individuales durante las emergencias nacionales).²⁰⁵

Sin embargo, la Corte en la década de 1930 mostró un espíritu de “sensibilidad”. El gobierno civil que sucedió a los militares en 1932 tenía aliados en las clases altas y profesionales que generaron presiones sociales para reprimir los “excesos” de la prensa. La Academia Nacional del Derecho, una prestigiosa institución que reunía a los juristas más prominentes del país, solicitó un cambio en la jurisprudencia de la Corte para permitir la

²⁰¹ Ver JOFRÉ, *supra* nota 148, p. 361 n. 188 bis; Nota del Editor, *supra* nota 198, p. 172, n. 120.

²⁰² Ver ROCK, *supra* nota 8, p. 199-203.

²⁰³ Ley N° 7.029, arts. 7-11, 30 de junio de 1910, A.D.L.A. [1889-1919], p. 787-88.

²⁰⁴ Ver ROCK, *supra* nota 8, p. 199-203; CARLOS ALBERTO FLORIA Y CÉSAR A. BELSUNCE, *HISTORIA DE LOS ARGENTINOS*, t. 2, p. 350, 359, 363 (1992).

²⁰⁵ CONSTITUCIÓN ARGENTINA, art. 23 (1860).

jurisdicción federal sobre la prensa en defensa de los intereses nacionales.²⁰⁶ De hecho, los periódicos más grandes del país expresaron repetidamente su preocupación por la impunidad de la prensa y apoyaron la postura de Matienzo.²⁰⁷ Además, la Corte no disponía de su más poderoso defensor del derecho autónomo racionalista. Antonio Bermejo había muerto ocupando el cargo en 1929. Ningún miembro de la Corte en 1932 lo había sido durante los debates con Matienzo entre 1918 y 1921, y los nuevos miembros estaban dispuestos a alejarse del racionalismo jurídico. El resultado en el área de libertad de prensa fue un mayor poder del Ejecutivo para reprimir a la oposición.

El caso en el que la Corte cambió su jurisprudencia, *Procurador Fiscal c/Diario “La Provincia”*, involucraba a un periódico de la Ciudad de Santa Fe acusado de incitación a cometer rebelión.²⁰⁸ El diario era partidario de Hipólito Yrigoyen, el presidente depuesto por el Ejército en 1930, y la incitación a cometer rebelión consistía en una vaga manifestación sobre el derecho de la desplazada Unión Cívica Radical de usar la fuerza para retomar el poder, y una declaración que aplaudía la negativa del partido a participar en las elecciones de aquel año por “revolucionaria”.²⁰⁹ El hecho de que el diario fue procesado muestra en sí mismo un contraste asombroso con respecto al período justo anterior al golpe de 1930, dos años antes, cuando las críticas continuas y a menudo viciosas hacia el Presidente por parte de la prensa habían ayudado a crear un clima en el que podía ocurrir un

²⁰⁶ Clodomiro Zavallía, *El Artículo 32 de la Constitución Nacional*, LA NACIÓN, 14 de diciembre de 1932, p. 6.

²⁰⁷ *La Nación* repetidamente urgió a las provincias a desarrollar leyes penales que controlaran los abusos de la prensa para evitar la impunidad que de otro modo resultaría. Ver, por ejemplo, *Contra la Libertad de Prensa*, LA NACIÓN, 8 de mayo de 1932, p. 6; *La Libertad de Prensa*, LA NACIÓN, 4 de julio de 1932, p. 6; *La Libertad de Prensa en las Provincias*, LA NACIÓN, 6 de julio de 1932, p. 6; *Legislación de Imprenta en La Rioja*, LA NACIÓN, 20 de julio de 1932, p. 6; *Delitos de Imprenta*, LA NACIÓN, 18 de septiembre de 1932, p. 6; *Los Delitos de Imprenta en Mendoza*, LA NACIÓN, 28 de septiembre de 1932, p. 6; y *La Prensa*, el diario más importante del país en términos de circulación, estuvo de acuerdo, *La Legislación Provincial sobre Imprenta*, LA PRENSA, 1 de octubre de 1932, p. 11. *La Nación* también aplaudió vigorosamente a la Corte Suprema por su fallo en *Procurador Fiscal c/Diario “La Provincia”*, Fallos 167:121 (1932), comentado en el texto. *Un Fallo Trascendental*, LA NACIÓN, 25 de diciembre de 1932, p. 6; *La Corte Suprema ante el País*, LA NACIÓN, 26 de diciembre de 1932, p. 6. *La Prensa* simplemente informó sobre el fallo sin comentario editorial, lo que probablemente indique que por lo menos no estaba en desacuerdo. *No Importa Restricción de la Libertad de Imprenta Someter al Fuero Federal los Delitos que Violan Leyes Nacionales*, LA PRENSA, 24 de diciembre de 1932, p. 13.

²⁰⁸ “Procurador Fiscal c/Diario ‘La Provincia’”, Fallos 167:121, p. 122 (1932).

²⁰⁹ Ver *Los Tribunales Federales deben juzgar todos los delitos contra la Nación cometidos por la Prensa*, LA NACIÓN, 24 de diciembre de 1932, p. 11.

golpe de estado.²¹⁰ El enjuiciamiento del periódico santafecino, emprendido por el fiscal federal, fue ordenado por el Ministro de Justicia por órdenes de la oficina del Presidente.²¹¹ El juez federal de Santa Fe se rehusó, no obstante, a entender en el caso,²¹² y la mayoría de la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión,²¹³ citando expresamente lo expuesto por la Corte Suprema sobre racionalidad jurídica en sus debates con Matienzo.²¹⁴ El fallo de la Corte de 1932, sin embargo, abandona su jurisprudencia para apoyar la postura de Matienzo y sigue partes de su dictamen de 1918.

En 1932 la Corte no estaba en una posición que le permitiera rechazar sin más la racionalidad jurídica en favor de un enfoque explícitamente sensible del derecho. Demasiado de su autoridad aún dependía de la autoridad racional. No obstante ello, usó el concepto de interpretación constitucional “armónica” para esencialmente el mismo efecto. La Corte adujo que: (1) No era posible que el gobierno federal hubiese sido creado sin munirlo de los poderes necesarios para su defensa;²¹⁵ (2) era más inconcebible aún que la defensa del gobierno federal se encontrase confiada a las autoridades locales;²¹⁶ (3) no podía permitirse que la libertad de prensa comprometiese la estabilidad del gobierno;²¹⁷ y (4) el artículo 32 podía ser entendido como una prohibición de legislación general que afectase a la prensa, pero que dejaba espacio para las competencias legislativa y judicial federales cuando el gobierno federal o sus funcionarios fueran afectados por la publicación.²¹⁸ La interpretación armónica a la luz de los amplios fines de la Constitución permite al gobierno federal tomar las medidas necesarias para proteger sus intereses.²¹⁹ La Corte mayormente ignoró la historia legislativa de la Convención de Buenos Aires de 1860 -aunque más tarde incluyó declaraciones de Mitre, Sarmiento y los miembros de sus

²¹⁰ SUSANA G. CAYUSO Y MARÍA ANGÉLICA GELLI, RUPTURA DE LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL: LA ACORDADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE 1930, p. 39-42 (1988).

²¹¹ Fallos, t. 167, p. 122, 123.

²¹² *Id.*, p. 122-23.

²¹³ *Id.*, p. 123-27.

²¹⁴ *Id.*, p. 126-27.

²¹⁵ *Id.*, p. 139-40, 142.

²¹⁶ *Id.*, p. 140, 142.

²¹⁷ *Id.*, p. 141, 142.

²¹⁸ *Id.*, p. 141, 142.

²¹⁹ *Id.*, p. 142.

gabinetes que argumentaban a favor de la competencia legislativa y judicial federal (todos los discursos habían sido hechos en la década siguiente a la victoria de Buenos Aires sobre la Confederación)-.²²⁰

Procurador Fiscal c/Diario “La Provincia” estableció definitivamente que el gobierno federal podía legislar y gozar de competencia judicial cuando los intereses federales eran afectados por la prensa, como cuando la prensa injuriaba a un funcionario gubernamental o incitaba a la rebelión.²²¹ Es difícil imaginar un choque más directo con una norma constitucional que dispone que “[e]l Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de prensa o establezcan sobre ella jurisdicción federal”.²²² El fallo le permitía al Congreso legislar y admitía jurisdicción federal. Pero de hecho el choque se hizo todavía más completo en 1970, con un fallo que sostuvo que el Código Penal nacional era generalmente aplicable a la prensa sin importar la presencia o no de interés nacional. El fundamento era que no tenía sentido distinguir crímenes como injurias o violación de privacidad basándose en si eran publicadas o no en un medio protegido como la prensa o sólo involucraban manifestaciones orales.²²³ Por otro lado, dado que la legislación penal es redactada generalmente por el Congreso por su autoridad constitucional para redactar un Código Penal nacional, la Corte Suprema sostuvo que las provincias tenían *prohibido* dictar ley alguna con respecto a la prensa, porque eso crearía jurisdicciones concurrentes inconstitucionales.²²⁴ Al final, ¡*solamente* el Congreso tiene autoridad para ejercer competencia legislativa sobre la prensa!

Para entender cuán completamente cambió el razonamiento jurídico argentino y qué ha sucedido con el artículo 32 de la Constitución Argentina vale la pena citar un comentario del Profesor Germán Bidart Campos en apoyo de la jurisprudencia actual. Si alguien puede

²²⁰ *Id.*, p. 142-44.

²²¹ Ver *id.*, p. 144. Esta jurisprudencia se mantuvo en “Agente Fiscal en lo Criminal y Correccional c/Directores de los Diarios ‘Argentinisches Tageblatt’ y ‘Crítica’”, Fallos 169:323 (1933) (hace lugar a un pedido del gobierno alemán de enjuiciamiento de los directores de dos diarios por declaraciones críticas al mismo, según una disposición del Código Penal que pena actos que afecten las relaciones internacionales de la Argentina); “Diario ‘Voz del Interior’”, Fallos 170:253 (1934) (confirma un fallo de la Cámara de Apelaciones de Córdoba que establece jurisdicción federal en el caso de declaraciones despectivas para con el Presidente hechas por el diario “Voz del Interior”); “Cornejo”, Fallos 170:137 (1937) (admite la jurisdicción federal en el caso de afirmaciones despectivas para con el Director del Servicio Postal y Telegráfico); “Zamora”, Fallos 183:49 (1939) (admite jurisdicción federal por críticas al gobierno peruano).

²²² CONSTITUCIÓN ARGENTINA, art. 32 (1860).

²²³ “Ramos c/Batalla”, Fallos 278:62, p. 73-74 (1970).

²²⁴ *Id.*, p. 78.

ser citado como “la” autoridad en derecho constitucional en las décadas de 1970 y 1980 es el Profesor Bidart Campos, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Buenos Aires.²²⁵ En su tratado de derecho constitucional comienza por reconocer el intento de los constituyentes de establecer legislación y jurisdicción judicial provinciales, señalando que “[e]s cierto que el art. 32 introducido en la constitución por la reforma de 1860 revela la voluntad histórica de su autor en el sentido de reservar la punición [de la prensa] a las provincias”, y demuestra “la intención de que la reglamentación y represión de los abusos de prensa fueran privativos de la sociedad provincial donde el abuso se cometiera”.²²⁶ Sin embargo concluye que:

[E]l criterio del constituyente de 1860 respondía a la *realidad* del medio ambiente de *su época*: La prensa como opinión pública “local” repercutía en el lugar hasta donde alcanzaba su difusión y su influencia. En 1869 la prensa no dominaba la extensión del país, ni se difundía extralocalmente (por lo menos con la inmediatez y la celeridad de hoy). Hoy... un impreso -por local que sea- tiene difusión (por lo menos potencial) en todo el país y en forma inmediata...

Frente a un cambio tan radical de circunstancias, comprendemos que la voluntad histórica del autor de la norma tuvo en cuenta una situación harto *distinta* de la actual. ¿Qué hacer entonces? La norma que conforme a la voluntad de su autor no contempla la realidad presente es como *si no existiera*: cuando el cambio esencial de la situación muestra que la voluntad del autor no se dirigió a normar una situación posterior diversa (que no pudo prever), aquella voluntad *perece*: *ya no hay* voluntad. El caso se equipara al de carencia *histórica* de norma (o laguna). Y no hay norma porque la que había estaba dirigida, en la voluntad de su autor, a una situación ya inexistente. Para la situación *actual*, podemos decir que el autor de la constitución no expresó voluntad alguna. Entonces hay que “integrar” el orden normativo donde tropezamos con una norma que no enfoca la presente, y donde para tal realidad no tenemos norma. [Bastardilla en el original.]²²⁷

²²⁵ *Quién es Quién en la Sociedad Argentina*, p. 118 (1982).

²²⁶ BIDART CAMPOS, *supra* nota 164, p. 280.

²²⁷ *Id.*

Concluye que la regla tradicional está “sociológicamente impedida” y por eso derogada. *de facto*.²²⁸ El cambio en las circunstancias justifica interpretar un artículo de la Constitución hasta hacerlo desaparecer.

Desde la década de 1930 algunos de los diarios más importantes de la Argentina se han visto expropiados o clausurados por gobiernos elegidos democráticamente. Los ejemplos más notables fueron la expropiación por parte de Perón de *La Prensa* en 1951²²⁹ y la clausura de *El Mundo* en 1974,²³⁰ sin contar la frecuente represión a los periódicos de izquierda y peronistas durante la mayor parte del período entre mediados de la década de 1950 hasta 1983.²³¹ Si bien no se puede trazar un vínculo directo, y decir que la Corte Suprema podría haber frenado estos acontecimientos, no hay duda de que mucha de la represión que tuvo lugar no hubiera estado permitida jurisdiccionalmente según la jurisprudencia tradicional de la Corte. La prensa sí sufrió represiones sancionadas judicialmente antes de 1932. Incluso antes de la década de 1930 la Corte Suprema argentina nunca cuestionó el derecho del Ejecutivo de poner restricciones a la prensa durante el estado de sitio,²³² ni cuestionó nunca las restricciones gubernamentales provinciales sobre la prensa más allá de señalar la prohibición de censura previa del artículo 14.²³³ Pero en la práctica, la prensa usualmente no era molestada.²³⁴ Significativamente, en su fallo de 1932 que admitió legislación y represión federales, la Corte ofreció *obiter dicta* al efecto de que la referencia del artículo 14 a la censura previa puede también prohibir penalidades arbitrarias impuestas a la prensa después de su publicación, un vago intento de ir más allá

²²⁸ *Id.*, p. 280-81.

²²⁹ Ley N° 14.021, A.D.L.A. [XI-A], p. 1 (BO 18 de abril de 1951); ANDREW GRAHAM-YOOLL, *THE PRESS IN ARGENTINA*, 1973-78, p. 18 (2ª ed. 1984).

²³⁰ Ver “Editora Popular Americana S.R.L. (Diario ‘El Mundo’) c/Estado Nacional”, Fallos 289:177 (1974) (desechando la acción del periódico por cuestiones procesales).

²³¹ Ver GRAHAM-YOOLL, *supra* nota 229, p. 18-20, 152-53.

²³² Ver “Varela c/Anzo”, Fallos 23:257 (1881) (la Corte se rehusa a cuestionar la autoridad del Ejecutivo y del Congreso de declarar el estado de sitio o examinar la legalidad de la composición del Congreso que lo aprobó). La cuestión de si había límites en la autoridad del Presidente para cerrar un periódico durante el estado de sitio nunca fue planteada ante la Corte en este período.

²³³ Ver “Antilli”, Fallos 119:231, p. 248 (1914) (sostiene que la Ley de Defensa Social, Ley N° 7.029, era constitucional aplicada a la prensa de la Capital Federal, donde el Congreso tenía autoridad para actuar como legislatura local, siendo el único límite la prohibición constitucional de censura previa, que no estaba en discusión en el caso).

²³⁴ *Supra* nota 144 y el texto correspondiente.

del lenguaje constitucional y aumentar la protección.²³⁵ Pero esta protección adicional, diseñada quizás para contrapesar el cambio en la jurisprudencia tradicional de la Corte nunca fue aplicada por ésta en los años siguientes. La regla anterior a 1932 puede haberse vuelto “sociológicamente impedida”, pero hasta ese año la prensa parece haberse beneficiado con esta inflexibilidad.²³⁶

2. La protección de la actividad comercial y la propiedad

Los académicos argentinos probablemente hayan puesto más atención en el análisis de los cambios en la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo que atañe a la libertad para ejercer actividades comerciales y la protección de la propiedad que en cualquier otro área del derecho constitucional.²³⁷ La jurisprudencia argentina sufrió cambios importantes desde 1930, pero ninguno se desvió de lo que antes constituía el foco central de la Constitución como lo hizo el cambio de la protección estricta de la libertad económica a la regulación estatal, prácticamente ilimitada, de la economía. Si bien gran parte de la Constitución argentina está basada en la estadounidense, sus ideales provienen de un libro publicado en 1852, escrito por Juan Bautista Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*²³⁸ (de ahora en más, Bases). Este libro, cuya segunda edición incluía un bosquejo de la constitución, fue adoptado por las figuras políticas influyentes del país como la guía para la Convención Constituyente de 1953 y para el

²³⁵ “Procurador Fiscal c/Diario ‘La Provincia’”, Fallos 167:121, p. 137.

²³⁶ Si bien los tribunales argentinos ordenaron al Ejecutivo reabrir varios periódicos durante los últimos años del gobierno militar de 1966-73, sobre la base de que la razón dada para la clausura del periódico no tenía relación con la razón esgrimida para declarar el estado de sitio, por ejemplo, “Primera Plana”, Fallos 276:72 (1970), ciertamente una importante protección creada judicialmente y que no aparece en el texto constitucional, esta regla no fue aplicada a la prensa durante el gobierno militar de 1976-83 y puede haber sido dejada de lado en “Granada”, Fallos 307:2284, p. 2316 (1985) (rehusándose a requerir prueba del Ejecutivo de la relación entre una detención y la emergencia que imponía la necesidad de declarar el estado de sitio -una situación paralela a la clausura de periódicos durante el estado de sitio-).

²³⁷ Ver, por ejemplo, HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *GARANTÍAS CONSTITUCIONALES*, p. 29-115 (1984) (argumenta que la intención original de la Constitución Argentina era la estricta protección de la libertad económica de los individuos; Miguel Ángel Ekmekdjian, *Desajustes entre la constitución formal y la constitución material en el ejercicio del poder de policía. (El exceso de la función reglamentaria de los derechos individuales)*, LA LEY [1982-B], p. 789; Horacio A. García Belsunce, *La protección constitucional de las libertades económicas*, EL DERECHO t. 105, p. 837 (1984); Miguel A. Padilla, *Razonabilidad jurídica y razonabilidad técnica*, LA LEY [1984-D], p. 1106.

²³⁸ Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852) [en adelante “Bases”], reimpresso en *OBRAS COMPLETAS DE JUAN BAUTISTA ALBERDI*, *supra* nota 106, t. 3, p. 371.

futuro de Argentina.²³⁹

Como Alberdi lo advierte, en 1852 Argentina era, en gran medida, un “desierto”, un país de un tamaño semejante al de Estados Unidos al este del Mississippi pero con sólo un millón de habitantes, poca agricultura, sin ferrocarriles, y sin ciudades importantes además de Buenos Aires.²⁴⁰ El lema de Alberdi era “gobernar es poblar”.²⁴¹ Los inmigrantes debían ser atraídos por el dinero que podrían ganar y la propiedad que podrían acumular en Argentina. Los derechos políticos no importaban, pero la protección de la propiedad y la libertad para ejercer la industria y el comercio eran fundamentales.²⁴² Una vez promulgada la Constitución, Alberdi la describiría como una que había adoptado deliberadamente la doctrina económica de Adam Smith;²⁴³ y la intrusión estatal en la industria violaba las libertades económicas garantizadas por la Constitución.²⁴⁴ Alberdi dijo: “Todo reglamento que so pretesto de organizar la libertad económica en su ejercicio, la restringe y embaraza, comete un doble atentado contra la riqueza natural, que en esa libertad tiene su principio más fecundo.”²⁴⁵ Dado el papel central de Alberdi en la estructuración de la Constitución, y siendo la mayoría de los artículos relativos a las libertades económicas tomadas de su bosquejo,²⁴⁶ la Corte Suprema Argentina tenía una base aun más fuerte que la de los Estados Unidos para rechazar regulaciones económicas. El juez Holmes podía argumentar con vigor en su disertación en *Lochner vs. New York* que “[l]a Decimocuarta Enmienda no promulga las Estadísticas Sociales del Sr. Herbert Spencer” y que “con una Constitución no

²³⁹ El General Justo José de Urquiza, líder de las fuerzas que derrocaron al General Rosas y gobernante de facto del país, respondió con entusiasmo a las *Bases* en una carta pública y ordenó la publicación de una nueva edición. JORGE M. MAYER, *ALBERDI Y SU TIEMPO*, p. 531, 541 (1973). Sarmiento, uno de los líderes de los exiliados durante el gobierno de Rosas, llamó a las *Bases* “un monumento” y predijo que se volvería “el decálogo argentino”. *Id.*, p. 552. Ver también NATALIO BOTANA, *EL ORDEN CONSERVADOR: LA POLÍTICA ARGENTINA ENTRE 1880 Y 1916*, p. 42-45 (1977) (describiendo la visión alberdiana adoptada por la elite política argentina, particularmente por quienes estuvieron en el poder desde 1880).

²⁴⁰ *Bases*, *supra* nota 238, p. 451,456.

²⁴¹ *Id.*, p. 527.

²⁴² Juan Bautista Alberdi, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853* [en adelante “*Sistema económico y rentístico*”], en *OBRAS COMPLETAS DE JUAN BAUTISTA ALBERDI*, *supra* nota 106, t. 4, p. 143, 188.

²⁴³ *Id.*, p. 147.

²⁴⁴ *Id.*, p. 204-06.

²⁴⁵ *Id.*, p. 159

²⁴⁶ Comparar *Bases*, *supra* nota 238, p. 561-62 (arts. 16-18 del proyecto de Alberdi) con la CONSTITUCIÓN ARGENTINA, arts. 14, 16-17 (1860).

intentamos adoptar una teoría económica en particular, ya sea una paternalista y de una relación orgánica del ciudadano con el estado, o una de *laissez-faire*".²⁴⁷ Pero el análogo argentino de "El Federalista" es una expresión fuerte de la libertad económica. En el caso argentino es como si el análogo de "El Federalista" estuviera dedicado enteramente a la teoría económica de *laissez-faire*.

Sin embargo, la jurisprudencia argentina de la década de 1930 sobre actividad comercial y propiedad sufrió una transformación similar a la de los Estados Unidos en ese mismo período: se comenzó con una posición similar a la del debido proceso sustantivo de los Estados Unidos, pero se fue legitimando rápidamente un rol del Estado en la economía cada vez más vastamente expandido. Como en los Estados Unidos, una adaptación a los cambios requirió un cambio en el modo de ver la ley por parte de los jueces.²⁴⁸

Las normas legales aplicables son similares a las de Estados Unidos, pero no idénticas. En primer lugar, la libertad para ejercer actividades comerciales estaba protegida en Argentina no sólo por la Constitución, sino también por el Código Civil, lo que significaba que la legislación provincial sobre el comercio podía ser evaluada de acuerdo a su concordancia con el Código Civil y su énfasis en la libertad de las relaciones económicas.²⁴⁹

En segundo lugar, tal como uno lo esperaría de la visión de Alberdi, la Constitución argentina de 1853/60 es más explícita que la de los Estados Unidos respecto de la protección de la actividad comercial y a los derechos de propiedad. La Constitución de los Estados Unidos contiene una prohibición de las leyes gubernamentales "que debiliten la Obligación de los Contratos";²⁵⁰ dos enmiendas que le impiden al gobierno federal y a los

²⁴⁷ Ver *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75-76 (disidencia de J. Holmes). Hay poco acuerdo entre los académicos acerca de si este caso tenía una base razonable en la intención original de los constituyentes. MICHAEL J. PERRY, *THE CONSTITUTION IN THE COURTS: LAW OR POLITICS*, p. 164-65 (1994). Bernard Siegan brinda una excelente revisión del apoyo de *Lochner* en la historia legislativa de la Decimocuarta Enmienda, pero si bien él muestra algo de autoridad, es en la forma de comentarios aislados de legisladores. Ver BERNARD H. SIEGAN, *THE SUPREME COURT'S CONSTITUTION: AN INQUIRY INTO JUDICIAL REVIEW AND ITS IMPACT UPON SOCIETY*, p. 46-71, 77-81 (1987). No hay ningún manifiesto que compela al establecimiento de las libertades económicas siquiera comparable a la obra de Alberdi que haya guiado claramente a los redactores de la Enmienda.

²⁴⁸ Ver *infra* notas 336-40 y el texto correspondiente.

²⁴⁹ Ver, por ejemplo, "Vélez Sársfield c/Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires", Fallos 23:647 (1881) (invalida un impuesto a las herencias del 10% establecido por la Provincia de Buenos Aires por ser inconsistente con el régimen de sucesiones del Código Civil); "Municipalidad de Federación c/Baylina", Fallos 116:116 (1912) (anula restricciones provinciales al pastaje de ganado salvo que la provincia indemnizase dado que la actividad estaba permitida por el Código Civil).

²⁵⁰ U.S. CONST. art. I, § 10.

estados, respectivamente, privar a las personas de su “vida, libertad, o propiedad, sin el debido proceso legal”;²⁵¹ un requerimiento de que el estado no le niegue a ninguna persona la “igual protección de las leyes”;²⁵² y un requerimiento de que la propiedad privada no sea expropiada para uso público sin justa compensación.²⁵³ En oposición a esto, el Artículo 14 de la Constitución argentina de 1860 dice:

“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; ... de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles;”

y la primera parte del Artículo 17 agrega:

“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.”

Estos artículos están agregados a una prohibición de penar sin el debido proceso legal,²⁵⁴ que es una provisión similar a la de la Constitución en este tema;²⁵⁵ y a un artículo especial que protege a los extranjeros, que incluye sus derechos a “ejercer su industria, comercio y profesión y de poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos”.²⁵⁶ La claridad de estas normas se corresponde con una coherencia racional en la jurisprudencia argentina hasta 1930. Las frases en la Constitución que disponen que los derechos pueden ser regulados por la ley²⁵⁷ mientras no sean “alterados”²⁵⁸ dejan algún lugar para la discreción judicial. Sin embargo, la claridad de las normas constitucionales, la visión de Alberdi, y la propia jurisprudencia de la Corte hicieron imposible esconder la ruptura con el racionalismo una vez que la Corte adoptó una visión más tolerante de la intervención gubernamental en la economía en la década de 1930. Además, una vez producida esta ruptura, la Corte Suprema

²⁵¹ U.S. CONST. enmienda XIV, § 1; ver también U.S. CONST. enmienda IV.

²⁵² U.S. CONST. enmienda XIV, § 1.

²⁵³ U.S. CONST. enmienda V.

²⁵⁴ CONST. ARG. art. 18 (1860).

²⁵⁵ CONST. ARG. art. 16 (1860).

²⁵⁶ CONST. ARG. art. 20 (1860); ver también CONST. ARG. art. 16 (1860).

²⁵⁷ CONST. ARG. arts. 14 y 28 (1860).

²⁵⁸ CONST. ARG. art. 28 (1860).

a menudo ratificó decisiones gubernamentales que cercenaban las libertades económicas.

a. La jurisprudencia previa a 1930

Tal como uno esperaría de jueces que, en número creciente, recibieron una educación legal que enfocaba su atención primariamente en el Código Civil, que a su vez se concentraba en las relaciones económicas privadas, la tendencia de los jueces argentinos a proteger los derechos económicos aumentó a lo largo del final del s. XIX para llegar a su punto más alto a principios del s. XX. Este movimiento fue contemporáneo a la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que aumentaba su protección de las relaciones económicas privadas y limitaba el poder de policía del estado.²⁵⁹ La Corte Suprema argentina, sin embargo, invocaba provisiones constitucionales más explícitas que las que se invocaban en los Estados Unidos, y, a diferencia de lo que ocurría en este país, la aplicación de las provisiones a las provincias y al gobierno federal no eran cuestionadas.²⁶⁰

A pesar de que hay precedentes de menor importancia, el primer caso en el que la Corte adoptó una clara filosofía de una interpretación estrecha del poder de policía del estado para regular la actividad económica fue *Hileret c/Provincia de Tucumán*.²⁶¹ Este fallo fue decidido en 1903 y luego de la llegada de Antonio Bermejo a la Corte.²⁶² El caso involucra

²⁵⁹ Ver, por ejemplo, *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Los casos claves están resumidos en THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES, p. 1474-79, 1484-88 (Gov't Prtg. Off. 1987); EDWARD KEYNES, LIBERTY, PROPERTY AND PRIVACY: TOWARD A JURISPRUDENCE OF SUBSTANTIVE DUE PROCESS, p. 112-28 (1996).

²⁶⁰ A diferencia de los Estados Unidos, en donde la aplicación de las disposiciones del *Bill of Rights* ha sido un proceso gradual basado en la Decimocuarta Enmienda, en la Argentina todos los derechos individuales provistos por la Constitución han sido siempre considerados aplicables tanto contra las provincias como contra el gobierno federal. Ver, por ejemplo, GONZÁLEZ, *supra* nota 172, § 82; ESTRADA, *supra* nota 172, p. 42-43. El argumento de que las libertades individuales de la Constitución Argentina no pueden ser aplicadas en contra de las provincias es discutido y desechado en “*Hileret c/Provincia de Tucumán*”, Fallos 98:20, p. 39, 47-49.

²⁶¹ Fallos 98:20 (1903). Muchos de los mismos argumentos son desarrollados también en un caso acompañante, “*Nogués Hermanos c/Provincia de Tucumán*”, Fallos 98:52 (1903).

²⁶² En las décadas de 1860 y 1870 los únicos casos de la Corte Suprema en que se protegían derechos económicos comprendían expropiaciones y confiscaciones. Ver, por ejemplo, “*Hué*”, Fallos 4:320 (1867) (determina que el precio pagado por el gobierno para expropiar terrenos para un ferrocarril era muy bajo); “*Iturraspe c/Montaldo*”, Fallos 8:45 (1869) (sostiene que una ley de la Provincia de Santa Fe que declaraba nulas ventas anteriores de tierras provinciales era inconstitucional); “*Sociedad de Beneficencia de Señoras c/Provincia de San Juan*”, Fallos 11:139 (1871) (juzga que la Provincia de San Juan no podía forzar a una organización filantrópica de mujeres al cese de actividades y entregar sus fondos a otra organización); “*Keravenant*”, Fallos 15:254 (1874) (falla que al determinar el monto a pagar por una expropiación para un ferrocarril era necesario tomar en cuenta no sólo el valor de la tierra efectivamente expropiada, sino también la manera en que las posesiones del ferrocarril dividían las parcelas afectando el valor de las tierras remanentes y las actividades de sus dueños). En varios casos de esta época la Corte admitió algunas

un intento, por parte de la provincia de Tucumán, de establecer lo que esencialmente hubiese sido un cartel dirigido por el gobierno para sus productores de azúcar. La provincia de Tucumán producía la mayor parte del azúcar de Argentina, y buscaba aumentar las ganancias de la industria mediante la restricción de la oferta. Su solución fue la de establecer un cupo de venta para cada productor. Sobrepasado éste, el productor debía afrontar un impuesto prohibitivo por la venta del azúcar.²⁶³ El demandante, un productor afectado por el impuesto, argumentó que la cuota y el impuesto interferían con su derecho “a trabajar y ejercer toda industria lícita”,²⁶⁴ y que la fijación de cupos que variaban de

injerencias gubernamentales en derechos privados. A la Ciudad de Buenos Aires se le permitió hacer una concesión que creaba un mercado central y prohibir la competencia en seis cuadras a la redonda, “Varios puesteros próximos al mercado del centro c/Empresario del mismo mercado”, Fallos 3:468 (1866); a una legislatura provincial se le permitió requerir a los bancos provinciales a restituir los depósitos en oro aunque los certificados de depósitos permitiesen el pago en plata Boliviana, “Caffarena”, Fallos 10:427 (1871); y a una legislatura provincial se le permitió revocarle a un banco el permiso para emitir moneda aunque el permiso se había otorgado originalmente por tres años, “Banco de Londres y Río de la Plata c/Provincia de Santa Fé”, Fallos 17:176 (1876); ver también “Empresa ‘Plaza de Toros’ c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 7:150 (1869) (permitió que la provincia de Buenos Aires rehusara el permiso para construir una plaza de toros sobre la base de que el poder de policía de la provincia incluía el poder para proveer a la seguridad, la salud y la moralidad de sus habitantes).

En la década de 1880 la Corte falló dos casos significativos que involucraban derechos económicos, uno en que usó el Código Civil para declarar inconstitucional una ley provincial, y otro en el que bloqueó las expropiaciones necesarias para financiar la creación de la primera avenida moderna de la Ciudad de Buenos Aires. El primer caso, “Vélez Sársfield c/Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires”, Fallos 23:647 (1881), involucraba un impuesto provincial a las herencias destinado a la educación pública que era aplicado cuando el heredero no era pariente del difunto. Se declaró que el impuesto contradecía el régimen sucesorio del Código Civil, que no preveía la participación del gobierno en el reparto de una herencia. El segundo caso, “Municipalidad de la Capital c/Elortondo”, Fallos 33:162 (1888), comprendía una expropiación, y fue el primer fallo en que la Corte explícitamente declaró una ley inconstitucional. El Congreso había dispuesto que la construcción de la primera avenida de estilo parisino de Buenos Aires se financiase expropiando todos los lotes linderos a la avenida proyectada sin tener en cuenta si eran necesarios para la obra, para venderlos luego de la construcción y sacar ventajas de la valorización; Ley Nº 1.583, arts. 2-4, 4 de noviembre de 1884, A.D.L.A. [1881-1888], p. 165-66; Fallos 33:162, p. 163-65, 184-86. La Corte, citando numerosos fallos de cortes estatales en los Estados Unidos que prohibían maniobras similares, decidió que una expropiación diseñada sólo para obtener un beneficio económico del gobierno no satisfacía los requisitos del artículo 17 de la Constitución de que las expropiaciones sólo debían hacerse por causa de “utilidad pública”. Fallos 33:162, p. 186-96. Ni la jurisprudencia establecida en *Vélez* ni la establecida en *Elortondo* serían especialmente centrales ni perdurables, ver “Cepeda”, Fallos 133:216, p. 232 (1920) (admite un impuesto provincial a las herencias y sostiene que la creación de impuestos provinciales es una cuestión administrativa independiente de las reglas del Código Civil sobre repartos de herencias); “Gibbs c/Provincia de Mendoza”, Fallos 93:219, p. 224 (1901) (la Corte Suprema, si bien no dejó de lado directamente a *Elortondo*, evitó preguntar si una ley que expropiaba tierras para construir un ferrocarril expropiaba más terreno del que era necesario para el proyecto); pero los casos sí muestran los primeros pasos hacia la salvaguardia de la propiedad privada a la luz de las dos mayores influencias en el derecho argentino de la época, el Código Civil y la práctica constitucional estadounidense.

²⁶³ Fallos 98:20, p. 24-26, 36.

²⁶⁴ CONST. ARG. art. 14 (1860).

acuerdo al productor violaba su derecho a una “igual protección de la ley”.²⁶⁵ La provincia respondió que regulaba razonablemente los derechos del demandante, y que las regulaciones eran en beneficio de éste y de la economía de la provincia en su totalidad.²⁶⁶

La decisión de la Corte argentina fue sorprendentemente firme. La Corte, mientras discutía la necesidad de concentrarse en el texto constitucional y en las intenciones que tuvieron sus redactores,²⁶⁷ presupuso una filosofía económica de *laissez-faire*. Citó a Alberdi y a la Convención Constituyente de 1853, pero sólo en el tema secundario de la observancia en las provincias de los derechos individuales protegidos por la Constitución,²⁶⁸ y tampoco hizo referencias a la jurisprudencia de los Estados Unidos ni a comentaristas, una ausencia inusual dada la importancia del caso.²⁶⁹ En cambio, la Corte simplemente insistió en que una ley que imposibilite la producción más allá de un cierto límite -porque el impuesto excedía el precio de venta normal del producto- entra en conflicto con el derecho a ejercer toda industria lícita.²⁷⁰ La Corte estaba dispuesta a admitir que se limiten razonablemente derechos constitucionales mediante el ejercicio del poder de policía por parte de la provincia. Estableció, sin embargo, que este poder podía ser usado sólo ante situaciones que afectasen al orden público, la moral o la higiene, o perturbasen el bienestar de la provincia al afectar los derechos de terceros, y que ninguna de estas situaciones estaba presente en el caso.²⁷¹ La Corte también coincidió con el argumento del demandante de que la provincia, mediante la creación de distintas cuotas para distintos productores, había violado el derecho

²⁶⁵ Fallos 98:20, p. 25-26 (cita CONST. ARG. art. 16 (1860)). Los demandantes hicieron también un argumento infructuoso de que la ley afectaba inconstitucionalmente la libre circulación de bienes entre provincias. *Id.*, p. 26-27.

²⁶⁶ *Id.*, p. 26-27.

²⁶⁷ *Id.*, p. 47-48.

²⁶⁸ *Id.*, p. 47-49.

²⁶⁹ Ver Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 57, p. 1546-1568 (describe el uso del derecho norteamericano de la Corte Suprema argentina). Si bien la Corte estaba familiarizada con la obra de THOMAS COOLEY, *CONSTITUTIONAL LIMITATIONS* (Boston, Little, Brown, & Co. 1868), que analiza el debido proceso sustantivo en las p. 256-94, ver, por ejemplo, “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161, p. 189 (1922) (disidencia de Bermejo) (cita a Cooley); “Avico c/de la Pesa”, Fallos 172:21, p. 85 (1934) (disidencia de Repetto) (cita a Cooley); probablemente no consideró necesario hacer analogía con las disposiciones menos explícitas de la constitución estadounidense. Ninguno de los casos norteamericanos que podría haber citado habría tenido similares a los del caso *Hileret*. Hasta *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), todos los fallos norteamericanos sobre debido proceso sustantivo entrañaban regulaciones de tarifas, y éstos sólo se remontaban a *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890).

²⁷⁰ Fallos 98:20, p. 36, 40-41.

constitucional de igual protección de la ley.²⁷²

La decisión en *Hileret* fue consistente, no sólo con la postura de Alberdi sino también con la doctrina constitucional de la época.²⁷³ *Hileret* no introdujo casos que invalidaban legislación laboral de la forma en que lo hizo *Lochner vs. New York* en los Estados Unidos en 1905.²⁷⁴ Había poca legislación de este tipo en Argentina hasta la década de 1920, y la mayoría de ella fue aún posterior.²⁷⁵ *Hileret* sí logró, sin embargo, atacar una amplia variedad de regulaciones económicas que tenían al menos algún apoyo político.

Los casos más importantes provienen de la provincia de Mendoza. Esta provincia es el centro de la producción de vinos en la Argentina y, por consiguiente, de los intentos de

²⁷¹ *Id.*, p. 49-50. Ver también “Nogués Hermanos c/Provincia de Tucumán”, Fallos 98:52, p. 57-58 (1903) (repite la misma definición estrecha de poder de policía).

²⁷² Fallos 98:20, p. 36, 42-44.

²⁷³ La decisión fue aplaudida por *La Prensa. El problema azucarero*, LA PRENSA, 11 de septiembre de 1903, p. 3-4 (ataca al gobernador de Tucumán por sus protestas en contra del fallo, e indica que, a diferencia de los políticos, gobernados sólo por su capricho personal, la Corte Suprema estaba ligada a la ley, y que en el caso no había hecho más que aplicar la Constitución y sus principios libertarios a la ley injusta); ver también *El impuesto a los azúcares en Tucumán*, LA PRENSA, 6 de septiembre de 1903, p. 4 (da los detalles básicos del y alaba su calidad); *La inconstitucionalidad de la ley tucumana*, LA PRENSA, 7 de septiembre de 1903, p. 5 (destaca que *La Prensa* había sostenido desde mucho tiempo atrás que la ley de Tucumán era inconstitucional). Las afirmaciones del fallo sobre los límites del poder del Estado para afectar los derechos constitucionales no sólo son consistentes con Alberdi, sino también con Joaquín V. González, el profesor de Derecho Constitucional más destacado de la época. Publicado sólo seis años antes, el tratado de González muestra en el mismo sentido que el Estado está autorizado para limitar los derechos constitucionales sólo cuando es necesario proteger los derechos constitucionales de un tercero, o “proteger la vida, la propiedad, la seguridad, la moralidad y la salud” de la población, GONZÁLEZ, *supra* nota 172, § 94.

²⁷⁴ Ver *Lochner*, 198 U.S. 45; ver, por ejemplo, *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908) (declara inconstitucional una pena a los transportistas interestatales que despidiesen empleados por pertenecer a un sindicato); *Coopage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915) (declara inconstitucional una ley de Kansas que prohibía el despido de empleados por pertenecer a un sindicato); *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) (declara inconstitucional una ley de salarios mínimos para las mujeres en el Distrito de Columbia); *Morehead v. New York ex rel. Tipado*, 298 U.S. 587 (1936) (declara inconstitucional una ley de salarios mínimos para mujeres de Nueva York). Estos casos, y aquellos en los que la Suprema Corte aceptó la legislación laboral, están resumidos en THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES, *supra* nota 259, 148588; KEYNES, *supra* nota 259, p. 117-26; BENJAMIN WRIGHT, THE GROWTH OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, p. 172-79 (1967 ed.).

²⁷⁵ La primera ley argentina diseñada para la protección de los trabajadores fue sancionada en 1905 y establecía el domingo como día de descanso en la Capital Federal, Ley Nº 4.661, 6 de septiembre de 1905, [1889-1919], p. 651; ver también *id.*, nota acompañante (describe la historia detrás de la ley y el precedente que sentó). Esta ley fue cuestionada y declarada constitucional por considerarse dentro del poder de policía del estado para hacer regulaciones de salud y seguridad, “Martínez”, Fallos 157:28 (1930). En 1915, el Congreso creó un sistema de indemnizaciones por accidentes de trabajo, Ley Nº 9.688, A.D.L.A. [1889-1919], p. 949 (B.O. 21 de octubre de 1915). En la década de 1920 la Argentina estableció protecciones como la jornada laboral de ocho horas y la semana laboral de cuarenta horas, Ley Nº 11.544, [1920-1940], p. 226 (B.O. 17 de septiembre de 1929); prohibición de trabajo nocturno en panaderías, Ley Nº 11.338, A.D.L.A. [1920-1940], p. 198 (B.O. 23 de octubre de 1926); y limitaciones al trabajo de mujeres y niños, Ley Nº 11.317, A.D.L.A. [1920-1940], p. 191 (B.O. 19 de noviembre de 1924). La Corte Suprema nunca trató la constitucionalidad de estas leyes.

manipular el mercado vitivinícola. En el caso *Grosso c/Provincia de Mendoza*,²⁷⁶ la Corte declaró inconstitucional una ley mendocina que establecía un impuesto a toda la producción de vino de la provincia pero ofrecía una recompensa igual al impuesto a aquellos productores que pertenecían a la cooperativa de productores de vino.²⁷⁷ La cooperativa, sin embargo, era en realidad un cartel cuyos miembros se reducían a los productores de un mínimo de cinco millones de litros de vino por año²⁷⁸ y que estaba autorizado a establecer cupos de venta mensuales de acuerdo a la demanda del mercado.²⁷⁹ La Corte argumentó, citando el caso *Hileret*, que el impuesto violaba el derecho constitucional de ejercer toda industria lícita²⁸⁰ ya que el impuesto tenía el efecto de eliminar la mayor parte de las ganancias de los productores.²⁸¹ El impuesto también violaba el derecho a una igual protección de la ley, al discriminar entre los productores sin un fin público legítimo.²⁸² La provincia afirmó que solamente estaba adoptando el enfoque económico de los carteles alemanes y que sus métodos estaban de acuerdo con las tendencias internacionales emergentes.²⁸³ La Corte respondió que las consideraciones económicas subyacentes a la ley eran irrelevantes para llegar a su decisión y que, de cualquier modo, la conducta estaba lejos de representar una innovación en la teoría económica, dado el reciente contraejemplo de la ley antimonopolio de los Estados Unidos.²⁸⁴ Mendoza no se dio por vencida: en respuesta a la decisión de la Corte, reformó la ley para establecer la asociación de productores como una agencia provincial cuyas facultades incluían las de fijar el precio del vino y establecer impuestos a los productores.

Estos impuestos cumplían la finalidad de ser una pena para los que excedían los cupos

²⁷⁶ Fallos 128:435 (1918). La Corte también arribó a las mismas conclusiones en un caso idéntico fallado dos años después. “Laborde Hermanos c/Provincia de Mendoza”, Fallos 131:219 (1920).

²⁷⁷ Fallos 128:435, p. 437-39, 446. Los miembros de la cooperativa ni siquiera tenían que pagar el impuesto en efectivo, sino que podían hacerlo con un vale de la Provincia con el monto de su recompensa. *Id.*, p. 451-52.

²⁷⁸ *Id.*, p. 437-38, 446.

²⁷⁹ *Id.*, p. 437, 452.

²⁸⁰ CONSTITUCIÓN ARGENTINA, art. 14 (1860).

²⁸¹ *Id.*, p. 452-53, 455.

²⁸² *Id.*, p. 454-55.

²⁸³ *Id.*, p. 448.

²⁸⁴ *Id.*, p. 450.

establecidos, así como también servían para financiar las actividades de la agencia.²⁸⁵ Presumiblemente, la provincia pensó que las actividades reguladoras serían más aceptables si transfería la autoridad reguladora de manos privadas al gobierno. Sin embargo, en el caso *Passera c/Provincia de Mendoza*, la Corte declaró que esta ley también era inconstitucional por violar el derecho de los productores individuales a ejercer la industria y por establecer impuestos desiguales sin un fin público.²⁸⁶

Estos casos no eran aislados. El entusiasmo antirregulatorio de la Corte abarcó hasta las regulaciones de zonificación urbanística, que fueron ocasionalmente declaradas inconstitucionales. En un caso, el fundamento de la Corte fue que el Código Civil no imponía tales restricciones al ejercicio de una industria lícita;²⁸⁷ en otro, que la provincia no pudo demostrar que la regulación, que requería que los hospitales no fueran ubicados en el centro de los pueblos, cumpliera un fin público.²⁸⁸

Además, con frecuencia la Corte declaraba a los impuestos inconstitucionales. Un impuesto de Tucumán a las ventas de azúcar fue declarado inconstitucional porque todas las recaudaciones provenientes de él se destinaban a indemnizar a aquellos plantadores que no habían podido vender su azúcar.²⁸⁹ La Corte sostuvo que un impuesto debe estar destinado a la satisfacción de un fin público para que sea constitucional, y que el plan de indemnizaciones de Tucumán no tenía un fin público.²⁹⁰ Análogamente, en la provincia de Mendoza, un impuesto especial que recaía sobre los propietarios y los productores de vino fue declarado inconstitucional con fundamento en que un impuesto debía recaer sobre la población en general.²⁹¹ A pesar de que el cuidado de la gente mayor y de los discapacitados entraba dentro de los fines legítimos del gobierno,²⁹² éste no podía quitarle a un sector de la sociedad para darle a otro.²⁹³ La Corte también declaró la

²⁸⁵ “*Passera c/Provincia de Mendoza*”, Fallos 139:358, p. 362-63, 365, 367 (1923).

²⁸⁶ *Id.*, p. 367-70.

²⁸⁷ “*Municipalidad de Federación c/Baylina*”, Fallos 116:116, p. 128-32 (1912) (acerca de reglamentos prohibiendo el pastaje de ovejas cerca de la Ciudad).

²⁸⁸ “*Canale c/Provincia de Mendoza*”, Fallos 118:278, p. 187-89 (1913).

²⁸⁹ “*Griet Hermanos c/Provincia de Tucumán*”, Fallos 137:212, p. 236 (1922).

²⁹⁰ *Id.*, p. 245

²⁹¹ “*Viñedos y Bodegas Arizu c/Provincia de Mendoza*”, Fallos 157:359, p. 371-76 (1930).

²⁹² *Id.*, p. 371.

²⁹³ *Id.*, p. 373-76.

inconstitucionalidad de varios impuestos basándose en que éstos eran demasiado elevados y, por consiguiente, constituían una confiscación de la propiedad. Estos impuestos incluían: un impuesto a la herencia que llegaba a alcanzar niveles del 50% de la distribución,²⁹⁴ un impuesto a la transferencia de sepulcros que anulaba toda ganancia que pudiera provenir de su venta,²⁹⁵ y una cuota habilitante para los médicos en la provincia de San Juan, con el fin de forzarlos a ofrecer un servicio gratuito a los pobres, o pagar un impuesto igual a la mitad, aproximadamente, del ingreso típico del médico. Este último impuesto también violaba el derecho a ejercer la industria.²⁹⁶

Desde la década de 1880 hasta la de 1930, hubo sólo una decisión de la Corte Suprema argentina que fue inconsistente con el énfasis que la Corte ponía en una protección estricta de las libertades económicas: en el caso *Ercolano c/Lanteri de Renshaw*,²⁹⁷ se decidió que un congelamiento por ley sobre alquileres comerciales y residenciales era constitucional. Además, la Corte en *Ercolano* adoptó expresamente un enfoque “sensible” a la ley, probablemente porque tenía apoyo popular. La Corte justificó la medida de control de alquileres diciendo que era necesaria para evitar que se ejerciera una “opresión económica irresistible” sobre “una de las cosas esenciales de la vida”²⁹⁸ y que esta era una situación en la que la intervención gubernamental era requerida, “no sólo por consideraciones de humanidad y justicia social”, sino también por los efectos que tienen los alquileres altos en el bienestar general de la economía.²⁹⁹ Este enfoque de la ley claramente no es de derecho autónomo. Antonio Bermejo, en su disidencia, insistió en que la Corte debía ceñirse al texto constitucional,³⁰⁰ y citó a Alberdi extensivamente sobre el lugar central de la libertad

²⁹⁴ “Melo de Cané”, Fallos 115:111, p. 135-37 (1911).

²⁹⁵ “Bourdieu c/Municipalidad de la Capital”, Fallos 145:307 (1925).

²⁹⁶ “Rizzotti c/Provincia de San Juan”, Fallos 150:419, p. 427-31 (1928). En otros casos sobre impuestos, la Corte declaró inconstitucional exigir una contribución para la construcción de una ruta a los vecinos de ella cuando el monto de la contribución excedía el probable mayor valor de las propiedades de aquéllos, “Pereyra Iraola c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 138:161 (1923); y declaró también inconstitucional un impuesto provincial que gravaba las particiones de herencias no de acuerdo con el monto recibido, sino de acuerdo con el total del patrimonio repartido, según la Corte una violación del derecho de las personas en situación económica similar de tributar con igualdad, “Drysdale c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 149:417 (1927).

²⁹⁷ Fallos 136:161 (1922).

²⁹⁸ *Id.*, p. 175.

²⁹⁹ *Id.*, p. 176.

³⁰⁰ *Id.*, p. 181.

económica en el plan constitucional argentino.³⁰¹

Sin embargo, a pesar de que *Ercolano* fue el precursor de otros casos decididos con este criterio, la misma Corte veía al caso como atípico. La Corte enfatizó el carácter excepcional de la escasez de viviendas, que había sido un efecto de la escasez de mano de obra y de materiales causada por la Guerra Mundial en Europa.³⁰² La Corte también resaltó el hecho de que la congelación era una medida sólo temporaria.³⁰³ Además, indicó que continuaría evaluando estrictamente el uso del poder de policía para fines económicos.³⁰⁴

Tres años después, la Corte cumplió su promesa y declaró esa misma ley inconstitucional, basándose en que había durado demasiado tiempo para ser considerada una medida provisional.³⁰⁵ Además, y en el mismo año en el que decidió *Ercolano*, la Corte se negó a aplicar el congelamiento de los alquileres a situaciones en las cuales existía un contrato previo que estipulaba alquileres superiores a los permitidos por la ley.³⁰⁶ El propietario, en esos casos, tenía un derecho adquirido que no podía ser menoscabado por la legislatura.³⁰⁷

Tal vez, la mejor explicación de la anomalía de *Ercolano* esté en sus citas extensas de un caso de la Suprema Corte de los Estados Unidos, *Block v. Hirsh*,³⁰⁸ un año anterior a *Ercolano*. En este caso se decidió que el plan de control de alquileres establecido por el Congreso para el distrito de Columbia era constitucional.³⁰⁹ Dadas las grandes fuerzas sociales que presionaban por el control de los alquileres, la Corte argentina no pudo negarse, al enfrentarse con el hecho de que su modelo histórico, la Suprema Corte de los

³⁰¹ *Id.*, p. 181-82, 183, 186.

³⁰² *Id.*, p. 174.

³⁰³ *Id.*, p. 177-78.

³⁰⁴ *Id.*, p. 171, 173.

³⁰⁵ “Mango c/Traba”, Fallos 144:219 (1925).

³⁰⁶ “Horta c/Harguindeguy”, Fallos 137:47 (1922).

³⁰⁷ *Id.*, p. 62-63; ver también “D’Elía c/Huespe”, Fallos 138:56 (1923) (condena al cumplimiento de un subalquiler con un plazo fijo); “Cooke c/Naveira”, Fallos 138:122 (1923) (hace cumplir un contrato verbal); “Carranza de Lawson c/Álvarez, Soto y Cía.”, Fallos 137:294 (1922) (hace valer una sentencia de desalojo dictada antes de que la ley se promulgase).

³⁰⁸ Ver *Block v. Hirsch*, 256 U.S. 135 (1921), citado en “Ercolano”, Fallos 136:161, p. 183-84.

³⁰⁹ Ver en general Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 57, p. 1567-1568 (analiza la influencia de la jurisprudencia estadounidense en el fallo *Ercolano* y los subsiguientes casos de control de alquileres).

Estados Unidos, había ya aceptado una legislación similar.³¹⁰

b. La jurisprudencia después de 1930 Mientras que en la década de 1920 *Ercolano* se mantuvo como un caso aislado, en las décadas de 1930 y 1940 se convirtió en el modelo de la jurisprudencia de la Corte argentina. Hasta la década de 1930, los intereses comerciales de Argentina estaban bien protegidos con el énfasis albertiano que se ponía en la libertad económica y en evitar la regulación gubernamental. Esto cambió con la embestida de la Depresión y sus efectos en las relaciones de comercio tradicionales de Argentina.³¹¹ En cuanto a la cuestión financiera, Argentina sufrió la misma inestabilidad que sufrieron Europa y los Estados Unidos, que requirió tomar medidas similares a las que fueron adoptadas en estos países para proteger a los prestatarios y a las instituciones financieras. En lo relativo a sus exportaciones agrícolas primarias, Argentina enfrentó una caída fuerte de los precios,³¹² y se encontró con que Gran Bretaña, que hasta entonces constituía el mercado principal para sus exportaciones de carne, ya no estaba dispuesta a aceptar importaciones sin restricciones.³¹³ La legislación de la Argentina, además de establecer respuestas de emergencia a su crisis financiera, creó mecanismos para tener un mejor control del mercado de sus productos agrícolas.³¹⁴ El Congreso

³¹⁰ Si bien fue una medida obviamente popular de Hipólito Yrigoyen, el primer individuo en la historia argentina que puede describirse como un presidente populista, el congelamiento de alquileres fue muy controvertido dentro de las clases altas y entre profesores de derecho. El congelamiento fue inicialmente sancionado por la Ley N° 11.157, 19 de septiembre de 1921, A.D.L.A. [1920-1940], p. 79, para ser aplicado por un período de dos años, fue extendido por un año más por la Ley N° 11.231, 4 de octubre de 1923, A.D.L.A. [1920-1940], p. 115, y luego extendido por otro año después de un intervalo de dos meses por la Ley N° 11.318, 5 de diciembre de 1924, A.D.L.A. [1920-1940], p. 193. Las opiniones de un cierto número de profesores de derecho civil y constitucional argentinos están indicadas en WILMART, *supra* nota 117, p. 440-42 (que se opone al congelamiento); ver también *La ley de alquileres, el derecho de propiedad y la Constitución Nacional*, J.A., t. 14, p. 25 (1924) (ofrece una interpretación de la Constitución en apoyo del congelamiento). La prensa argentina informó exhaustivamente sobre el asunto y el fallo de la Corte Suprema, con *La Prensa* oponiéndose generalmente. Por ejemplo, J. A. González Calderón, *Inconstitucionalidad de las leyes sobre alquileres*, LA PRENSA, 22 de septiembre de 1921, p. 6 (una larga explicación de por qué el control de alquileres era inconstitucional); *La cuestión de los alquileres*, LA PRENSA, 29 de abril de 1922, p. 9 (discute extensamente el fallo *Ercolano*); *Aplicación de la Ley sobre alquileres*, LA PRENSA, 6 de mayo de 1922, p. 15 (comenta una sentencia de un tribunal inferior que citaba a *Ercolano*); *Las leyes de alquileres*, LA PRENSA, 22 de agosto de 1922, p. 12 (discute extensamente el fallo que declaró a la ley inconstitucional cuando se aplicaba retroactivamente a contratos ya firmados a precios más altos); *La Suprema Corte declaró que es contraria a la Constitución y afecta el dominio la prórroga de la ley de alquileres*, LA PRENSA, 27 de agosto de 1925, p. 15 (extenso análisis de “Mango c/Traba”, Fallo 144:219 [1925], que declaró inconstitucional a la ley); *La prórroga de los alquileres*, LA PRENSA, 28 de agosto de 1925, p. 9 (editorial que apoya la postura de la Corte Suprema de que la ley de alquileres era inconstitucional).

³¹¹ PAUL H. LEWIS, *THE CRISIS OF ARGENTINE CAPITALISM*, p. 79, 86-87 (1990).

³¹² ROCK, *supra* nota 8, p. 220-21.

³¹³ *Id.*, p. 223-24.

³¹⁴ LEWIS, *supra* nota 311, p. 91.

sancionó dos importantes medidas en septiembre de 1933 que resultaron en trascendentes litigios. La primera medida estableció una moratoria de tres años para todos los pagos hipotecarios y un tope del 6% para los intereses hipotecarios; también detuvo la ejecución de las hipotecas y los remates judiciales.³¹⁵ La segunda medida estableció una Junta Nacional de Carnes y aumentó el control sobre los establecimientos de envasado de carne, que eran propiedad de firmas

extranjeras y estaban sujetos a acusaciones frecuentes de incurrir en prácticas de comercio desleales.³¹⁶ Éstas fueron parte de un grupo de medidas que se oponían al liberalismo económico tradicional de Argentina, y fueron tomadas por un gobierno que gozaba del apoyo de gran parte de la elite económica.³¹⁷ El mundo había cambiado, y el país claramente necesitaba adaptarse al cambio.

La Corte Suprema argentina apoyó esencialmente todos los cambios que la elite económica propició. Los cambios no podían ser aprobados consecuentemente con el racionalismo legal, y la respuesta de la Corte fue exactamente la misma del caso *Ercolano*: se invocó la jurisprudencia de los Estados Unidos como autoridad y se reconoció que las necesidades sociales podían influenciar la función judicial. La prensa argentina siguió de cerca las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre el *New Deal*.³¹⁸ Casos como

³¹⁵ Ley N° 11.741, A.D.L.A. [1920-1940], p. 486 (B.O. 19 de octubre de 1933).

³¹⁶ Ley N° 11.747, A.D.L.A. [1920-1940], p. 489 (B.O. 17 de octubre de 1933). Algunos controles sobre los frigoríficos habían existido desde 1923, Ley N° 11.226, A.D.L.A. [1920-1940], p.112 (B.O. 31 de octubre de 1923), y estos controles fueron puestos en las manos de la Junta Nacional de Carnes, Ley N° 11747, art. 5, *supra*, p. 490. A la Junta se le indicó que estableciese su propio frigorífico, arts. 7-16, *id.*, p. 491-92, y recaudase una tasa de hasta un 1,5% de todas las ventas a los frigoríficos, art. 17, *id.*, p. 492.

³¹⁷ Ver LEWIS, *supra* nota 311, p. 89-93 (indica las tendencias intervencionistas del gobierno conservador del Presidente Agustín P. Justo, que gobernó desde 1932 hasta 1938).

³¹⁸ Ver, por ejemplo, *Tiene bases constitucionales firmes el plan de la N.R.A.*, LA NACIÓN, 7 de marzo de 1934, p. 1 (informa sobre *New York v. Nebbia*, 291 U.S. 502 (1934)); *El Gobierno de la Estados Unidos estudia un plan de reglamentación de la industria lechera nacional*, LA PRENSA, 6 de marzo de 1934, p. 8; *Dictó sentencia favorable a medidas de Roosevelt la Corte Suprema de la Unión*, LA NACIÓN, 30 de marzo de 1937, p. 1 (informa sobre *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), *Wright v. Vinton Branch*, 300 U.S. 440 (1937), y *Virginia Ry. Co. v. System Fed'n No. 40*, 300 U.S. 515 (1937)); *La Suprema Corte de la Unión falló tres asuntos que conciernen a la nueva política*, LA PRENSA, 30 de marzo de 1937, p. 10 (lo mismo); *La C. Suprema de la Unión tomo una actitud más liberal*, LA NACIÓN, 31 de marzo de 1937, p. 3 (analiza *West Coast Hotel* y *Virginia Railway*); *La Suprema Corte de la Unión dio un fallo importante*, LA NACIÓN, 13 de abril de 1937, p. 6 (informa sobre *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937)); *La Suprema Corte de los Estados Unidos emitió juicio favorable a la constitucionalidad de la Ley Wagner*, LA PRENSA, 13 de abril de 1937, p. 10 (lo mismo). *Jurisprudencia Argentina*, la revista jurídica y compendio de jurisprudencia más importante de la época, publicó la traducción del texto completo de casi todos los fallos de la Suprema Corte estadounidense de esos años. Ver, por ejemplo, *Home Building v. Blaisdell* en J.A. t. 45, sec. jurisprudencia extranjera, p. 43 (1934); *Nebbia v. New York* en J.A. t. 48, sec.

New York v. Nebbia,³¹⁹ un fallo de 1934 que estableció que los controles sobre el precio de la leche eran constitucionales, fueron invocados para argumentar que, como lo hacían en los Estados Unidos, en Argentina se debía interpretar la Constitución de acuerdo a las necesidades del momento.³²⁰

El año 1934 fue crucial para la jurisprudencia de la Corte argentina, y el caso clave, *Avico c/de la Pesca*,³²¹ presenta una opinión muy singular. En el caso se discutía la constitucionalidad de la moratoria hipotecaria, lo que afectaba tanto la moratoria como el tope para los intereses; en este caso se reducían los intereses del préstamo del 9% al 6%.³²² Si la Corte argentina hubiese decidido consecuentemente con su jurisprudencia, hubiese tenido que fallar a favor del prestamista. Mientras que en *Ercolano* la Corte aprobó un congelamiento de los alquileres para arrendamientos sobre los cuales los propietarios querían aumentar los alquileres, en otras situaciones, en las que se menoscababan derechos contractuales anteriores, la Corte se pronunció por la inconstitucionalidad del congelamiento.³²³ En el caso *Avico*, no sólo se afectaban contratos de hipoteca anteriores, sino también los intereses estipulados en estos contratos, que serían reducidos. Aun más importante es el hecho de que el caso fue un anuncio de cómo la Corte lidiaría con las respuestas del *New Deal* a la Depresión en general.

La Corte respondió declarando la constitucionalidad de la ley, y lo hizo basándose en la ley constitucional estadounidense. La Corte argentina necesitaba la jurisprudencia de los Estados Unidos para dos fines. En primer lugar, necesitaba expandir el concepto del poder de policía del estado para permitir que las regulaciones económicas pudieran interferir con los derechos contractuales. En segundo lugar, necesitaba poder explicar la función judicial, dado su distanciamiento de la visión de Alberdi y por consiguiente, del racionalismo. De las cuarenta y una hojas del fallo, todas excepto catorce de ellas estaban dedicadas al análisis de la jurisprudencia estadounidense; se incluía una transcripción traducida de muchos

jurisprudencia extranjera, p. 17 (1934); *Schechter v. United States* en J.A. t. 50, p. 37 (1935); *United States v. Butler* en J.A. t. 52, sec. jurisprudencia extranjera, p. 14 (1936).

³¹⁹ Ver *New York v. Nebbia*, 291 U.S. 502 (1934).

³²⁰ *Nuevos tiempos, nueva jurisprudencia*, LA NACIÓN, 9 de marzo de 1934, p. 6; *Flexibilidad constitucional*, LA NACIÓN, 13 de marzo de 1934, p. 4; ambos editoriales aplauden la flexibilidad constitucional mostrada en *New York v. Nebbia*.

³²¹ Fallos 172:21 (1934).

³²² Fallos 172:21, p. 37.

³²³ “*Horta c/Harguindeguy*”, Fallos 137:47, 60-63 (1922).

pasajes de los fallos recientes *Nebbia v. New York* y *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell*.³²⁴ Este último era un caso similar; se trataba de una moratoria de hipotecas en Minnesota que autorizaba a los tribunales a dar a los propietarios un plazo de hasta dos años para salvar sus propiedades de un remate judicial.³²⁵ La decisión adoptó un estilo reverencial hacia la Suprema Corte de los Estados Unidos que no se veía desde principios de la década de 1890.³²⁶ La jurisprudencia de los Estados Unidos no era considerada obligatoria; sin embargo, el fallo comienza con la observación de que la adopción del modelo constitucional de los Estados Unidos constituye una enorme ventaja para la interpretación de los principios recogidos por Argentina, entre ellos se encuentra el derecho a la propiedad,³²⁷ y de ser razonable, la jurisprudencia estadounidense debería ser adoptada como “la interpretación conocida más auténtica del principio que hemos incorporado [a nuestra propia Constitución]”.³²⁸ Aun más, el caso *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell* fue repetidamente identificado como una decisión escrita por el *Chief Justice* Hughes, “el presidente de la Corte”,³²⁹ y los fallos en los que se basaba Hughes eran opiniones de Oliver Wendell Holmes, descrito como un hombre “cuya sabiduría ha sido comparada a la de Marshall, y que ha sido llamado ‘el profeta de la Constitución’”,³³⁰ -un elogio conveniente, no sólo dirigido a la Suprema Corte estadounidense, sino también a los autores de la nueva doctrina-.

Sobre la cuestión del poder de policía, los dos casos estadounidenses fueron usados para establecer el principio general de que el Estado podía implementar regulaciones económicas para el beneficio general de la sociedad, aún cuando fueran afectados derechos contractuales privados,³³¹ y que mientras que el fin de la medida fuera legítimo, ésta sería considerada constitucional *si estuviese razonablemente dirigida hacia ese fin*.³³² Además,

³²⁴ 290 U.S. 398 (1934).

³²⁵ *Id.*, p.416-18.

³²⁶ Ver Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 57, p. 1561-1568 (señala que la jurisprudencia estadounidense es menos utilizada a partir de 1897).

³²⁷ Fallos 172:21, p. 40-41.

³²⁸ *Id.*, p. 41.

³²⁹ *Id.*, p. 43, 54, 55.

³³⁰ *Id.*, p. 52.

³³¹ *Id.*, p. 50-51, 62-64, 67.

³³² *Id.*, p. 57, 72.

cuando se compara a *Avico* con un caso que había sido decidido algunas semanas antes, que apoyó los requisitos de rendición de cuentas e informes que habían sido impuestos a la industria de envasado de carne,³³³ parece que la visión más flexible de la regulación económica no estuviese limitada a situaciones de emergencia.

La Corte en *Avico c/de la Pesca* no podía sostener razonablemente que estaba comprometida con el racionalismo jurídico. En su disidencia, Roberto Repetto,³³⁴ el académico de la Corte más influyente en materia de Derecho Civil, se concentró en el texto constitucional y en la vieja jurisprudencia de la Corte,³³⁵ e insistió en que el control de constitucionalidad tiene el fin de asegurar que la legislación no “cambie el orden jurídico” establecido por la Constitución.³³⁶ La mayoría de la Corte, sin embargo, citó extensivamente partes del fallo *Home Building & Loan v. Blaisdell* donde el *Chief Justice* Hughes discutió la necesidad de adaptar la interpretación de la Constitución a las necesidades sociales.³³⁷ Hughes señaló la “valoración creciente de las necesidades públicas y de la necesidad de encontrar una base para lograr un equilibrio racional entre los derechos individuales y el bien público”.³³⁸ Los intereses económicos eran más complejos de lo que eran en el momento de la sanción de la Constitución.³³⁹ “No es una solución... insistir en que lo que significaba la provisión de la Constitución para las ideas de ese momento debe ser lo mismo que significa para las ideas de nuestros tiempos”.³⁴⁰ Luego, Hughes y la Corte

³³³ “Compañías Swift de la Plata S.A. c/Gobierno Nacional”, Fallos 171:348, p. 359-63 (1934) (ofrece una amplia descripción del poder de policía con sólo un limitado escrutinio judicial de su uso).

³³⁴ Repetto daba clases de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y comenzó su carrera judicial como juez de primera instancia en lo civil y luego como camarista en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. En 1926 presidió también una comisión gubernamental encargada de proyectar reformas al Código Civil. IN MEMORIAM: ROBERTO REPETTO, p. 298-99 (Buenos Aires, edición privada, 1981).

³³⁵ Fallos 172:21, p. 80-82, 88, 96. Repetto también observa correctamente que *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell*, el caso en el que tanto se basa la Corte, se ocupa sólo de moratorias de ejecuciones judiciales de hipotecas impagas y no de legislación en la que la tasa de interés pagadera en la hipoteca es modificada por un acto legislativo. *Id.*, p. 96. La Corte, sin embargo, contestó en un caso posterior que *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell* se trataba de una propiedad ya vendida en un remate judicial, y que afectaba, entonces, derechos aún más firmemente incorporados en el patrimonio de la parte afectada por la legislación que los afectados por la ley argentina. “Yaben c/Lavallén”, Fallos 172:291, p. 302 (1935).

³³⁶ Fallos 172:21, p. 86; ver también *id.*, p. 83-84 (cita a Alberdi en la necesidad de respetar los derechos constitucionales sin tener en cuenta las presiones y las políticas que pudiesen reclamar que sean minados).

³³⁷ *Id.*, p. 54-55, 56-57 (cita *Home Building*, 290 U.S. 398, p. 442-44).

³³⁸ *Id.*, p. 54 (cita 290 U.S., p. 442).

³³⁹ *Id.*, p. 54 (cita 290 U.S., p. 442).

³⁴⁰ *Id.*, p. 54-55 (cita 290 U.S., p. 442).

argentina se refirieron a las palabras del *Chief Justice* Marshall en el caso *McCulloch*: “nunca debemos olvidar que es una *Constitución* la que estamos intentando explicar”.³⁴¹ La Corte argentina, subsecuentemente, continuó con un breve desvío hacia las opiniones de comentaristas franceses modernos que admitían que había que estudiar las necesidades sociales al interpretar la ley,³⁴² antes de volver a una explicación final del *Chief Justice* Hughes sobre cómo las normas sobre protección de los derechos contractuales debían verse como evolucionando desde algunos de los primeros casos de la Suprema Corte estadounidense.³⁴³ El constitucionalismo de los Estados Unidos, con un poco de ayuda de los franceses, ofreció a la Corte argentina la justificación para un enfoque nuevo y sensible hacia la interpretación constitucional.

La aceptación de una interpretación constitucional sensible por parte de la Corte argentina no significa que ésta haya abandonado por completo la autoridad racional en la década de 1930. Como lo implica la invocación de la jurisprudencia de los Estados Unidos, los pasos iniciales de la Corte en dirección al constitucionalismo sensible fueron lo suficientemente débiles como para necesitar el apoyo de la autoridad de la jurisprudencia estadounidense. En efecto, hubo ocasiones en las décadas de 1930 y 1940 en las que la Corte se apoyó en el racionalismo legal y hasta se haya sentido obligada por él a desafiar al Poder Ejecutivo en casos con políticamente difíciles.³⁴⁴ Sin embargo, el cambio a favor de un derecho sensible

³⁴¹ *Id.*, p. 54-55 (cita 290 U.S., p. 443, citando *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. [4 Wheat.] 316, p. 407 [1819]) (la bastardilla no es del original).

³⁴² *Id.*, p. 55-56.

³⁴³ *Id.*, p. 56-57.

³⁴⁴ Los mejores ejemplos son “Alvear”, Fallos 167:267 (1933) y “Cía. Dock Sud de Buenos Aires Ltda.”, Fallos 204:43 (1946). *Alvear* se trataba de la detención en virtud de la autoridad presidencial durante el estado de sitio de Marcelo T. de Alvear, el líder del partido radical -que podría haber estado gobernando el país de no ser por el golpe de estado de 1930 y la decisión del partido de abstenerse de votar en las elecciones que hubo luego por la probabilidad de fraude-. La Corte ordenó al Poder Ejecutivo que le permitiese a Alvear ejercer el derecho constitucional del art. 23 de optar por el exilio en lugar de la detención, Fallos 167:267, p. 326; a pesar de que la Corte complació también al Ejecutivo al incluir *dicta* indicando que, si lo deseaba, podía limitar la elección de destinos posibles de aquél, Fallos 167:267, p. 320-21. *Cía Dock Sud de Buenos Aires Ltda.* se trataba de la constitucionalidad de los tribunales administrativos de trabajo creados por el gobierno federal. Estos tribunales fueron considerados inconstitucionales sobre la base de que los conflictos laborales eran materia de jurisdicción provincial según el art. 67, inc. 11 de la Constitución que claramente disponía que todo lo que cayese dentro del ámbito del Código Civil estaría dentro de la competencia judicial de los tribunales provinciales; la Corte indicaba además que era preocupante la delegación de funciones judiciales a tribunales administrativos. Esta decisión creó un enorme alboroto político. El fallo fue dictado muy pocas semanas antes de las extremadamente combativas elecciones presidenciales del 24 de febrero de 1946, y el ganador, Juan D. Perón, fustigó a la Corte en un gran discurso de campaña llamando al fallo “el primer paso para deshacer las conquistas sociales conseguidas por los trabajadores”. Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, *Diario de Sesiones del Honorable Senado de la Nación constituido en Tribunal*, p. 89-90 (defensa de Francisco Ramos Mejía) (1947) [en adelante “Juicio Político”]; *id.*, p. 352 (defensa de Antonio Sagarna).

y de una interpretación amplia del poder de policía se notó en otros casos que involucraban regulaciones económicas. Por ejemplo, en 1994, en el caso *Inchauspe Hnos. c/Junta Nacional de Carnes*,³⁴⁵ la Corte declaró constitucional una ley que creaba una Junta Nacional de Carnes. La ley autorizaba a dicha junta, un cuerpo elegido para representar a la industria,³⁴⁶ a exigir que todos los productores de carne hicieran un aporte, cuyo destino sería la creación de un frigorífico y la realización de otras operaciones, teniendo estos aportes el carácter de contribuciones de capital obligatorias.³⁴⁷ Según la Corte, la ley constituía un ejercicio legítimo del poder de policía del gobierno, y no afectaba irrazonablemente ni el derecho a ejercer el comercio y la industria,³⁴⁸ ni la libertad de asociación (que en este caso significaba la libertad de no asociarse con los miembros de la junta).³⁴⁹ Además, la Corte comenzó el fallo con una amnesia conveniente, alegando que siempre había interpretado la Constitución “de manera que sus limitaciones no lleguen a destruir ni a trabar el eficaz ejercicio de los poderes atribuidos al estado a efecto del cumplimiento de sus elevados fines del modo más beneficioso para la comunidad”.³⁵⁰ En otros fallos, la Corte defendió el uso de impuestos con el fin de cumplir objetivos de política social,³⁵¹ siempre que los impuestos no sean tan altos como para ser de naturaleza confiscatoria.³⁵² También apoyó el control de precios durante la Segunda Guerra Mundial.³⁵³

Después de 1947 casi ninguna limitación a las regulaciones económicas del estado

El Secretario de Trabajo, capitán Héctor Russo, acusó a la Corte de entrometerse en la política y advirtió por posibles actos de violencia. *Juzga un reciente Fallo de la Corte el Secretario de Trabajo*, LA PRENSA, 4 de febrero de 1946, p. 13; *Sorprendente comentario sobre un fallo de la Corte*, LA PRENSA, 5 de febrero de 1946, p. 8.

³⁴⁵ Fallos 199:483 (1944).

³⁴⁶ Ley N° 11.747, art. 1, A.D.L.A. [1920-1940], 489, p. 489-90 (B.O. 13 de octubre de 1933).

³⁴⁷ Ley N° 11.747 arts. 6, 17 y 18, A.D.L.A. [1920-1940], 489, p. 491, 492-93 (B.O. 13 de octubre de 1933); Fallos 199:483, p.530-31.

³⁴⁸ Fallos 199:483, p. 530-31.

³⁴⁹ *Id.*, p. 535

³⁵⁰ *Id.*, p. 523.

³⁵¹ Ver “Morán c/Provincia de Entre Ríos”, Fallos 171:390 (1934) (admite un impuesto inmobiliario rural provincial calculado de acuerdo con el tamaño de la propiedad); “Cobo de Macchi Di Cellere c/Provincia de Córdoba”, Fallos 190:231, p. 249-51 (1941) (no encontró problema con un impuesto inmobiliario rural calculado de acuerdo con el tamaño de la propiedad para un fin redistributivo, aunque el impuesto fuera inconstitucional por ser de un monto confiscatorio).

³⁵² “Cobo de Macchi Di Cellere c/Provincia de Córdoba”, Fallos 190:231, p. 256.

³⁵³ “Martini e Hijos, S.R.L.”, Fallos 200:450 (1944).

sobrevivió, sin importar la filosofía política del gobierno en el poder, ni la medida en la que éste tendiera a interferir con la independencia de la Corte Suprema. No es de extrañar que la Corte haya apoyado los programas intervencionistas del presidente Perón en toda su extensión a partir del momento en que los aliados de Perón iniciaron juicio político y removieron de su cargo a los miembros de la Corte, con excepción de uno de ellos, en el año 1947.³⁵⁴ Desde ese momento hasta el golpe de estado militar de 1955, la Corte Suprema argentina nunca declaró inconstitucional acto alguno del gobierno federal.³⁵⁵ Pero los años que siguieron raramente fueron testigos de una mayor voluntad para limitar la regulación económica por parte del estado. La Corte Suprema defendió numerosas medidas gubernamentales destinadas a lidiar con emergencias económicas; entre ellas, un decreto presidencial que creaba una nueva moneda y establecía términos contractuales reformados entre las partes privadas para limitar los pagos de intereses y ajustes para la inflación,³⁵⁶ y un decreto presidencial de 1990 que convertía a la mayoría de las cuentas bancarias con más de un millón de australes (aproximadamente \$600 dólares estadounidenses) en bonos gubernamentales de largo plazo.³⁵⁷ Ambas medidas fueron tomadas durante gobiernos

³⁵⁴ Los jueces instalados después del juicio político de la Corte en 1947 tomaron un enfoque mucho más flexible que el de la Corte anterior hacia las regulaciones económicas diseñadas para mejorar la condición social de los trabajadores o redistribuir ingresos. Por ejemplo, en “Castellanos c/Quintana”, Fallos 208:430 (1947), la Corte declaró que el decreto del gobierno de facto que instituía el medio aguinaldo -un pago obligatorio de medio mes de salario al final del año como bonificación- era constitucional, aunque el decreto fuera promulgado el 21 de diciembre de 1945 y aplicado a ese año, *id.*, p. 448-53, donde insistió que los derechos de propiedad debían ser contrastados con las necesidades del “bienestar general”. *Id.*, p.452. La jurisprudencia anterior de la Corte había establecido que el gobierno no podía crear nuevas obligaciones sobre la base de relaciones contractuales previas, sino sólo crear obligaciones aplicables a relaciones futuras. “Saltamartini c/Compañía de Tranvías ‘La Nacional’”, Fallos 176:22 (1936) (declara inconstitucional una ley que exigía a los empleadores pagar indemnizaciones por despidos sin causa porque la indemnización se calculaba sobre la base del tiempo que el empleado había trabajado, con lo que se aplicaba a relaciones contractuales previas); “Tachar c/F.C.O.”, Fallos 178:343 (1937) (lo mismo). La ideología de la Corte nombrada en 1947 surge de una forma particularmente clara en “Banco Hipotecario Franco Argentino c/Provincia de Córdoba”, Fallos 210:1208 (1948), en el que toma un enfoque mucho más flexible que en el pasado en la cuestión de cuándo un impuesto era inconstitucionalmente alto. *Cf.* los casos agrupados *supra* notas 294-96 y el texto correspondiente. En *Banco Hipotecario Franco Argentino*, la Corte sostuvo que era constitucional la aplicación de un impuesto inmobiliario de la Provincia de Córdoba cuyo monto se elevaba a un muy alto porcentaje del valor de la producción de la tierra afectada, Fallos 210:1208, p. 1220-25, no sólo porque el impuesto podía basarse en el uso eficiente de la tierra y no en su uso real, *id.*, p.1225, sino también porque la Corte podía considerarlo a la luz de las necesidades sociales y económicas generales. *Id.*, p. 1226-28.

³⁵⁵ Tomando el índice de la colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia, no hay un sólo ejemplo en el que ésta declare inconstitucional una ley federal o un decreto en este período.

³⁵⁶ “Porcelli c/Banco de la Nación Argentina”, Fallos 312:555, 566 (1989).

³⁵⁷ “Peralta c/Nación Argentina”, Fallo 313:1513 (1990). Decreto N° 36/90, art. 1, 3 de enero de 1990, A.L.J.A. [1990-A], 74, p. 74. La tasa de cambio fluctuó salvajemente durante los primeros días de enero de 1990, con el Austral cotizándose a A 2.150-2.200 por dólar estadounidense en New York el 8 de enero de

civiles.

Sin embargo, tal vez el caso más llamativo sea “*Cine Callao*”,³⁵⁸ fallado en 1960 durante un gobierno civil, dada la ausencia absoluta de una situación de emergencia. En ese caso, la Corte sostuvo que el Congreso podía imponerle a los dueños de las salas cinematográficas, constitucionalmente, la obligación de incluir un espectáculo de treinta a cuarenta minutos de duración, con actores en vivo, antes de las funciones de la tarde y de la noche.³⁵⁹ El fundamento de la Corte fue que el estado tenía un interés legítimo en asegurar que los actores se mantuviesen empleados, y que había un nexo causal entre la imposición de este requisito a los dueños de los cines y el empleo de los actores.³⁶⁰ La visión alberdiana de una libertad económica sin obstáculos ciertamente estaba muerta.³⁶¹

La pregunta interesante, sin embargo, no es si la Corte Suprema argentina se había apartado de su temprana jurisprudencia, sino si había conseguido hacerlo y aún retener su autoridad y la independencia suficiente para declarar inconstitucionales medidas gubernamentales importantes. La respuesta a esta pregunta es no. La Suprema Corte de los Estados Unidos adoptó un acercamiento permisivo hacia la legislación económica similar al hecho por la Argentina³⁶² -y fue la jurisprudencia de los Estados Unidos la que proveyó la justificación inicial para el enfoque argentino-. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en los Estados Unidos, en donde un enfoque “sensible” del derecho no deterioró seriamente la autoridad judicial,³⁶³ en la Argentina, las consecuencias para la autoridad judicial fueron

1990, pero a niveles substancialmente más bajos en Buenos Aires. *Exchange Market Stabilizes*, LATIN AM. WKLY. REP., 18 de enero de 1990, disponible en LEXIS, NSAMER Library, ALLNSA File.

³⁵⁸ Fallos 247:121 (1960).

³⁵⁹ *Id.*, p. 134.

³⁶⁰ *Id.*, p. 130-32.

³⁶¹ Prácticamente el único caso que se destaca en el que se haya declarado que una regulación económica del gobierno había ido demasiado lejos fue “*Empresa Mate Larangeira Mendes S.A.*”, Fallos 269:393 (1967), en el que la Corte declaró inconstitucional un decreto del Poder Ejecutivo que prohibía la cosecha de yerba mate durante 1966 para terminar con una sobreoferta. Este fallo se hizo durante un gobierno militar económicamente liberal contra un decreto promulgado por un gobierno civil anterior.

³⁶² Los Estados Unidos han abandonado prácticamente el debido proceso sustantivo en el área de las regulaciones económicas desde la restricción de esta doctrina en *West Coast Hotel*, y de él queda sólo un análisis de mucha deferencia al legislador, analizando sólo si la medida promulgada relación con tiene un fin constitucionalmente permisible. Ver *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma Inc.*, 348 U.S. 483, p. 48788 (1955).

³⁶³ Más que una pérdida de autoridad, el efecto de un control de constitucionalidad sensible en los Estados Unidos ha sido un cambio de agenda. Al tiempo que relajaba su análisis de medidas económicas sobre la base del debido proceso sustantivo y el federalismo, desarrolló con éxito una nueva agenda protegiendo las libertades civiles, las minorías y la integridad del proceso político. DAVID CURRIE, THE CONSTITUTION

catastróficas.

C. La pérdida de autoridad de la Corte argentina.

Las secciones anteriores de este estudio casuístico indican que antes de la década de 1930, la Corte Suprema argentina tenía un poder sustancial por su autoridad como encargada de interpretar la Constitución y las leyes. También ha quedado establecido que a partir de la década de 1930, las necesidades sociales llevaron a la Corte a abandonar gradualmente el derecho autónomo y la autoridad racional para inclinarse hacia un enfoque sensible. El paso hacia un derecho sensible, no pronostica automáticamente el decaimiento del Poder Judicial. Durante al menos los últimos cincuenta años, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha afrontado los peligros de un derecho sensible bastante bien. Las encuestas a la opinión pública muestran un fuerte apoyo a la legitimidad institucional de la Corte Suprema.³⁶⁴ Éstas ubican a la Suprema Corte de los Estados Unidos por encima del Poder Ejecutivo y del Congreso en cuanto a la confianza pública.³⁶⁵ El costo en términos de capital político, si un presidente desafiara una decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sería tan alto que esto es inconcebible para la mayoría de los casos. La Argentina tuvo una experiencia opuesta. Las encuestas recientes a la opinión pública indicaron que más de dos tercios de los encuestados consideraban que la Corte estaba politizada y que carecía de independencia del Poder Ejecutivo, casi el mismo número de encuestados la consideraban “corrupta” o “muy corrupta”, y el 47% de ellos hasta pensaban que era institucionalmente “obsoleta”.³⁶⁶ En las escasas ocasiones en las que el Poder Ejecutivo no

IN THE SUPREME COURT: THE SECOND CENTURY, 1888-1986, xiv (1990); ver también RICHARD L. PACELLE, JR., THE TRANSFORMATION OF THE SUPREME COURT’S AGENDA: FROM THE NEW DEAL TO THE REAGAN ADMINISTRATION, p. 62-93 (1991) (señala la merma en las cuestiones económicas presentadas ante la Suprema Corte); *id.*, p. 135-92 (analiza el crecimiento en la agenda de libertades civiles).

³⁶⁴ Tom R. Tyler & Gregory Mitchell, *Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: The United States Supreme Court and Abortion Rights*, 43 DUKE L. J. 703, p. 155 (1994).

³⁶⁵ *Id.*, p. 754.

³⁶⁶ Christopher Larkins, *The Judiciary and Delegative Democracy in Argentina*, COMPARATIVE POLITICS (de próxima aparición). Ver también *Una corte y una quebrada*, SOMOS, 12 de diciembre de 1993, p. 10, 14 (muestra datos estadísticos del Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría de tres días en 1993 que indicaban que entre un 12,7% y un 14,6% de la población tenía una imagen positiva de la Justicia, y una encuesta de 1993 hecha por Graciela Römer y Asociados que indicaba que la Corte Suprema era la institución que más frustraba a la gente comparada con el Congreso, la policía, la escuela pública, la Iglesia Católica y otras instituciones políticas y culturales); *La calle dice...*, CLARÍN, 29 de septiembre de 1995, p. 24 (encuesta de Graciela Römer y Asociados de agosto de 1995 que muestra que la Corte Suprema gozaba de la confianza de sólo el 23% de la población argentina, frente a un 62% de las escuelas públicas, un 57% de la Iglesia Católica, 36% de las Fuerzas Armadas, 28% de la policía y el 26% del Congreso).

obtuvo inicialmente las decisiones que reclamaba de la Corte, no dudó ni en desafiarla, ni en incursionar en una presión tan descarada para que la Corte cambiase su posición que dejase al tribunal sin dignidad.³⁶⁷

Si bien la Argentina, a partir de 1983, gozó de elecciones democráticas y de transferencias del poder efectivas, la situación de la Corte Suprema se deterioraba. En 1990, el Presidente Carlos Menem logró llenar la Corte Suprema de partidarios, mediante la obtención de una ley que aumentó la cantidad de sus miembros de cinco a nueve,³⁶⁸ y, con la renuncia de dos jueces, el Presidente consiguió designar seis jueces en total. Desde la modificación de la Corte, la obediencia de ésta al Ejecutivo fue a veces rayana en lo ridículo. Por ejemplo, en 1993, en el caso “*Banco Patagónico S.A. c/Metalúrgica Skay Soc. de Hecho*”, la Corte Suprema condenó al Banco Central a pagar los honorarios de los abogados que habían colaborado en la liquidación de un banco.³⁶⁹ El Banco Central pidió una reconsideración, que le fue denegada por seis jueces y la decisión quedó registrada en la secretaría del tribunal como cosa juzgada.³⁷⁰ Según los informes periodísticos, el Ministro de Economía tomó luego conocimiento del rechazo del pedido de una segunda audiencia y, al considerar que la retribución de aproximadamente \$100.000 era excesiva y constituía un precedente peligroso, reaccionó llamando al presidente de la Corte y pidiéndole que resolviera el problema.³⁷¹ Entonces, el presidente de la Corte Suprema le pidió a su secretario letrado que retirase el expediente del registro de la Corte e hizo circular una nueva decisión que favorecía al gobierno.³⁷² La decisión anterior simplemente “desapareció” -o fue “robada”, como dijo la prensa-.³⁷³ La mayoría de la Corte sólo cedió luego de que un juez (de la minoría constituida por los jueces anteriores a la modificación de la Corte) protestó contra el resto de la Corte, al advertirle su secretario que estaba decidiendo el mismo caso dos

³⁶⁷ Ver *infra* notas 369-374, 432-436 y el texto correspondiente.

³⁶⁸ Ley N° 23.774, art. 1, (B.O. 16 de abril de 1990), A.L.J.A. [1990-A] A.L.J.A., p. 64.

³⁶⁹ *Conmueve al Poder Judicial el caso del expediente sustraído*, LA NACIÓN, 30 de septiembre de 1993, p. 22.

³⁷⁰ *Id.* (incluye una fotografía de una fotocopia del fallo “robado” con la firma de los seis jueces); RAÚL BAGLINI Y OTROS, JUICIO A LA CORTE, p. 182 (1993).

³⁷¹ BAGLINI Y OTROS, *supra* nota 370, p. 184-85, 194-95; *Los que se avecinan no serán precisamente días de vino y rosas*, LA NACIÓN, 3 de octubre de 1993, p. 18.

³⁷² BAGLINI Y OTROS, *supra* nota 370, p. 182-84; *Reconocieron en la Corte el robo de una sentencia*, LA NACIÓN, 10 de noviembre de 1993, p. 22.

³⁷³ BAGLINI Y OTROS, *supra* nota 370, p. 183-84; *Investigan en la Corte el robo de una sentencia*, LA NACIÓN, 30 de septiembre de 1993, p. 1.

veces, y luego de que la noticia de sus protestas se hizo pública.³⁷⁴

A partir del juicio político de 1947, sobre todo con relación a las numerosas sentencias en las que desafió a gobiernos anteriores, la Corte Suprema se caracterizó por su debilidad durante todos los gobiernos elegidos democráticamente. La decisión del Presidente Menem de modificar la composición de Corte es tanto un síntoma como una causa de los problemas de la Corte Suprema. Cada uno de los presidentes civiles desde Perón intentó elegir una Corte Suprema dócil. El caso del expediente sustraído es tan sólo un ejemplo de la debilidad de la Corte.³⁷⁵ A pesar de que la Corte Suprema actual es una de las más débiles

³⁷⁴ Ver BAGLINI Y OTROS, *supra* nota 370, p. 183-85; *Los que se avencinan no serán precisamente días de vino y rosas*, LA NACIÓN, 3 de octubre de 1993, p. 18. La sentencia final de la Corte Suprema, que simplemente rechaza el pedido de una segunda audiencia, puede encontrarse en “Banco Patagónico S.A. c/Metalúrgica Skay Soc. de Hecho”, J.A. [1994-II], 518.

³⁷⁵ Algunos ejemplos en los que la Corte crea doctrina de manera extraordinaria o simplemente actúa sin fundamento alguno son:

(1) “Dromi (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación)”, Fallos 313:630 (1990) (aplazó temporalmente la medida de no innovar de un tribunal inferior), y Fallos 313:863 (1990), en que la Corte Suprema creó judicialmente la apelación “per saltum” para permitir que una medida que podría haber bloqueado temporalmente la venta de Aerolíneas Argentinas, la línea aérea estatal, directamente se apelase de primera instancia a la Corte. Fallos 313:863, p. 868-76. Como lo nota uno de los juristas de derecho constitucional más destacados de la Argentina, la decisión sin precedentes de la Corte de admitir una apelación directa para omitir la instancia de la Cámara de Apelaciones carece de todo fundamento legislativo, y dado que la Constitución le otorga al Congreso la función de establecer la legislación que determina la jurisdicción de la Corte Suprema y la legislación existente sólo preveía apelaciones a la Corte luego de agotar las otras instancias, el fallo es imposible de fundamentar jurídicamente. Germán J. Bidart Campos, *El “per saltum”*, EL DERECHO, t. 138, p. 598-600 (1990).

(2) “Molinas c/Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 314:1091 (1991), en que la Corte convalidó la remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas. La Corte no sólo anuló la doctrina de un fallo anterior que trataba a este fiscal como una figura que sólo podía ser removida por juicio político, Fallos 314:1091, p. 1104-05 (anuló la doctrina “Cagliotti c/Molinas”, Fallos 311:2195, p. 2210-02 (1988)), sino que también, y sin explicación alguna, le negó el derecho a una audiencia disciplinaria administrativa previa a su destitución. Fallos 314:1091, p. 1108. Ambos puntos son planteados en la disidencia del Juez Augusto Belluscio. Fallos 314:1091, p. 1120-21 (disidencia de Belluscio).

(3) “Rossi Cibils”, Fallos 315:2074 (1992), en que la Corte rechazó una acción de amparo presentada por los miembros de la Legislatura de la Provincia de Corrientes que intentaban bloquear la intervención federal a los poderes legislativo y judicial provinciales, Fallos 315:2074, p. 2077, sobre la base de que el Presidente no podía por sí solo decretar la intervención federal si el Congreso estaba en sesión. Fallos 315:2074, p. 2087-89 (disidencia de los jueces Petracchi y Belluscio). La respuesta de la mayoría de la Corte fue que dado que la acción había sido interpuesta cuando el decreto que ordenaba la intervención había sido dictado pero no todavía promulgado, las circunstancias del caso habían cambiado, y que de cualquier manera, por entonces el Presidente ya había enviado el decreto al Congreso para su consideración. Fallos 315:2074, p. 2077-78. Dado que la Corte no cuestionaba que la legalidad de una intervención federal que excediese de las facultades del Poder Ejecutivo era una cuestión justiciable, y que había previamente considerado la constitucionalidad de la promulgación de decretos de emergencia con fuerza de ley, Fallos 315:2074, p. 2086 (disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi), la caracterización del Profesor Bidart Campos de los argumentos como “burlescos” parece apropiada. Ver Germán J. Bidart Campos, *¿Cuestión abstracta y competencia del Congreso en la intervención federal al Poder Judicial de Corrientes?*, EL DERECHO 149, p. 459 (1992).

de la historia argentina, prácticamente todos los presidentes argentinos a partir de Perón lograron elegir una mayoría de los miembros de la Corte al poco tiempo de comenzar su gestión -ya fuera porque una Corte anterior elegida por un gobierno militar había sido destituida, o porque se agregaron nuevos miembros, o por ambas razones-.³⁷⁶ Si bien es llamativo el hecho de que ningún presidente anterior a Perón, civil o militar, haya podido modificar la composición de la Corte, no es de extrañar, porque la Corte se autolimitaba a la autoridad racional del derecho y se beneficiaba con ella. Como fue señalado al principio de este artículo, es relativamente fácil que dos partes se decidan por un árbitro cuando ese árbitro interpreta autónomamente reglas preestablecidas, y se limita a ellas. Bajo estas circunstancias, a menos que las reglas imperantes sean claramente inaceptables para un presidente, éste tiene una necesidad menor de dominar la Corte, dado que la conducta de ésta sería relativamente predecible. Sin embargo, el presidente Menem, al igual que todos los presidentes desde Perón, ha enfrentado una situación en la que las reglas imperantes de seguridad mutua han perdido mucha de su antigua claridad, y en la que la Corte, en teoría, es capaz de hacer prácticamente cualquier cosa. Una Corte que considera que disfruta de una autoridad carismática para decidir casos escapándose de los límites del texto de la ley es una que el Poder Ejecutivo debe controlar. Un derecho sensible que no responde al Poder Ejecutivo constituye un riesgo político demasiado alto para éste.³⁷⁷

No es una tarea sencilla la de establecer una conexión entre las nuevas técnicas interpretativas de la Corte Suprema argentina y su pérdida de autoridad. Sin embargo, se puede afirmar con certeza que antes de 1930 algunos derechos contaban con una protección judicial estable, y que esta protección se debilitó cuando la Corte adoptó un enfoque

(4) “Peralta c/Nación Argentina”, Fallos 313:1513 (1990), en que la Corte declaró constitucional un decreto presidencial que convertía la mayoría de las cuentas bancarias que superaban el millón de australes (aproximadamente 600 dólares estadounidense) en bonos del gobierno a largo plazo, *supra* nota 357, es impresionante no sólo por su resultado favorable al gobierno, sino por la aceptación de la autoridad del Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia con fuerza de una ley del Congreso, prácticamente sin una regla que limite el ejercicio de este poder. Fallos 313:1513, p. 1538-43. Como reconoce implícitamente la Corte, la Constitución de 1860 no hace mención alguna de tal autoridad. Ver *id.*, p. 1536-38. Ver también Jonathan M. Miller, LEGAL TIMES, 14 de agosto de 1995, p. 51.

³⁷⁶ Ver JONATHAN M. MILLER Y OTROS, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS, t. 2, p. 1795-97 (1991) (cuadro recopilado por los bibliotecarios de la Corte Suprema argentina que muestra los períodos en el cargo de todos los que han sido miembros de ella y del presidente que hizo el nombramiento).

³⁷⁷ La actitud del gobierno de Menem hacia la Corte Suprema argentina ha sido abiertamente expresada en el sentido de que todos los presidentes argentinos en los cincuenta años anteriores había tenido su propia Corte, y que una Corte que decidiera inconsistentemente con las políticas del Ejecutivo causaría inestabilidad. Ver LARKINS, *supra* nota 366; *Una Corte y una quebrada*, *supra* nota 366, p. 12, 14-15.

sensible del derecho. Además de esto, el prestigio de la Corte como institución claramente decayó. Tal vez, la diferencia más visible esté en el tipo de personas interesadas en ser miembros de la Corte. De los cuarenta y un jueces que fueron miembros de la Corte entre 1862 y 1946, doce de ellos (el 29%) habían sido anteriormente ministros del Gabinete, los puestos más importantes después de la Presidencia. Cinco de estos jueces habían ocupado el cargo de Ministro del Interior, el cargo del Gabinete más importante para cuestiones locales. Además, ocho jueces habían sido gobernadores de provincia (20%), y veintiocho jueces habían sido parte de una o de las dos Cámaras del Congreso (68%) -trece de los jueces (32%) ocuparon asientos en la Cámara de Senadores y veinticuatro jueces (59%) lo hicieron en la Cámara de Diputados-. Por el contrario, de los sesenta y un jueces que fueron miembros de la Corte desde 1947, sólo uno, Felipe S. Pérez, había sido miembro de la Cámara de Diputados, y sólo uno, Pablo Ramella, del Senado. Ninguno de ellos había ocupado un puesto en el Gabinete antes de su designación como jueces de la Corte Suprema.³⁷⁸ Sin embargo, para hacer explícita la conexión entre las fuentes de autoridad disponibles de la Corte y su declinación institucional, también podemos invocar declaraciones específicas, y eventos tales como el juicio político a la Corte de 1947.

1. El juicio político a la Corte Suprema y la destitución de los jueces

Los procedimientos de juicio político que se siguieron contra la Corte duraron más de nueve meses: se extendieron desde la presentación en la Cámara de Diputados de una acusación oficial escrita que pedía el juicio político a la Corte el 8 de julio de 1946 hasta el voto final que se hizo el 30 de abril de 1947. Todos los miembros de la Corte fueron acusados, con la excepción de Tomás Casares, quien había sido designado recientemente y compartía la filosofía del movimiento peronista, corporativista y orientada al trabajador.³⁷⁹ El Senado dedicó la totalidad o una parte de veintidós sesiones públicas al juicio a la Corte, además de ocho sesiones secretas y el debate en la Cámara de Diputados, en una sesión que duró toda

³⁷⁸ Datos recolectados por el autor de VICENTE OSVALDO CUTOLO, NUEVO DICCIONARIO BIOGRÁFICO ARGENTINO (1968), obituarios publicados en *La Nación* y *La Prensa*, y currícula vitae guardados en los archivos de la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³⁷⁹ De hecho, la acusación incluía a Juan Álvarez, el Procurador General, y al Presidente de la Corte, Roberto Repetto, que renunció a su cargo poco antes de que Perón asumiera como Presidente. La votación final destituyó a Juan Álvarez y a los jueces Antonio Sagarna, Francisco Ramos Mejía y Benito Nazar Anchorena, pero dispuso que Roberto Repetto no estaba sujeto a la jurisdicción del Senado. Juicio Político, *supra* nota 344, p. 375.

la noche, fue extenso. Dada una mayoría peronista de dos tercios de los miembros en la Cámara de Diputados,³⁸⁰ y teniendo el peronismo el control de todos los asientos del Senado,³⁸¹ no cabía duda de cuál sería el resultado del juicio político. Sin embargo, los procedimientos no fueron un rápido trámite para destituir a la Corte lo más rápidamente posible: la mayoría cumplió con los requisitos constitucionales de un pedido de juicio político que debe ser aprobado por dos tercios de los miembros de la Cámara de Diputados, seguido por un juicio en el Senado con dos tercios de los votos a favor de la destitución.³⁸² Aun el diario “La Prensa”, manifiestamente antiperonista y partidario de la Corte,³⁸³ reconoció que los procedimientos utilizados en el Senado habían sido básicamente justos.³⁸⁴ El Senado ni siquiera intentó suspender el ejercicio de sus funciones a los jueces durante el transcurso del juicio.

El juicio político a la Corte Suprema puede ser entendido en términos políticos y como una crisis en la naturaleza de la función judicial. Los aspectos políticos de los procedimientos de juicio político son manifiestos. Perón fue elegido presidente de la Argentina democráticamente en febrero de 1946; ya había tenido serios enfrentamientos con la Corte en 1945 y al comienzo de 1946, cuando Perón era vicepresidente y la figura política más fuerte del gobierno militar que se mantuvo en el poder desde 1943 hasta 1946.³⁸⁵ Dados los

³⁸⁰ *Hoy se tratará el juicio político a la Corte Suprema*, LA NACIÓN, 18 de septiembre de 1946, p. 4.

³⁸¹ *Fueron destituidos los ministros de la Corte y el Procurador General*, LA NACIÓN, 2 de mayo de 1947, p. 1.

³⁸² CONSTITUCIÓN ARGENTINA, arts. 45 y 51 (1860).

³⁸³ Por ejemplo, *Herejías constitucionales*, LA PRENSA, 25 de septiembre de 1946, p. 6; *Acusación sin eco*, LA PRENSA, 10 de noviembre de 1946, p. 6; *La acusación a jueces de la Corte Suprema y a su procurador general*, LA PRENSA, 7 de abril de 1947, p. 5; *El Senado ante la historia*, LA PRENSA, 26 de abril de 1947, p. 5; *Repercusión de un fallo*, LA PRENSA, 4 de mayo de 1947, p. 6.

³⁸⁴ *Renuncia a una defensa en el juicio a la Corte*, LA PRENSA, 12 de febrero de 1947, p. 8.

³⁸⁵ Acerca del surgimiento de Perón dentro del gobierno militar ver en general ROBERT A. POTASH, *THE ARMY AND POLITICS IN ARGENTINA*, t. 1, p. 209-16, 227-28, 238-82 (1969). Los conflictos entre la Corte Suprema y el gobierno militar comenzaron en 1944 y llegaron a su punto culminante a fines de 1945 y principios de 1946. Para empezar, la Corte Suprema insistió en el derecho de los individuos detenidos durante el estado de sitio a dejar el país, como lo expresa el art. 23 de la Constitución Argentina de 1860. “Attos Villegas”, Fallos 199:177 (1944); “Rodríguez Araya”, Fallos 200:253 (1944); “Gallardo”, Fallos 200:264 (1944). Más tarde, en “Municipalidad de la Capital c/Mayer”, Fallos 210:249 (1945), la Corte declaró inconstitucional un decreto destinado a agilizar y abaratar las expropiaciones que, entre otras cosas, eliminaba toda pericia sobre el valor de la propiedad más allá de la determinación de las medidas. *Id.*, p. 266, 271, analiza el Decreto N° 17.920/44, 6 de julio de 1944, A.D.L.A. [IV], p. 399. En otro caso, la Corte se rehusó a tomar el juramento a los jueces nombrados para una nueva Cámara Federal de Apelaciones sobre la base de que establecer un nuevo tribunal excedía la autoridad de un gobierno de facto que había jurado respetar la Constitución. “Acordada sobre la creación de la Cámara de Apelaciones del Norte”, Fallos, 201:239, p. 241-42 (1945). El mismo día, la Corte bloqueó también actos punitivos del gobierno contra jueces federales

conflictos anteriores y sus tendencias autoritarias, Perón sin duda deseaba eliminar a la Corte como una fuente de oposición. De la misma manera, los elementos sindicales de la coalición de Perón querían vengarse de un fallo de la Corte de principios de 1946, *Dock Sud*,³⁸⁶ en que aquélla había declarado inconstitucional al equivalente argentino del “National Labor Relations Board” norteamericano, una de las iniciativas más importantes del gobierno militar.³⁸⁷ El fallo de *Dock Sud* se basó en una disposición constitucional que establecía la jurisdicción federal legislativa para promulgar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, pero que daba en general a las provincias la jurisdicción judicial sobre estas cuestiones.³⁸⁸ Esta decisión es, en ciertos aspectos, un regreso a la época racionalista de la Corte anterior a 1930. La decisión puede explicarse, en parte, por la claridad de la provisión constitucional aplicable, que colocaba, sin lugar a dudas, a las cuestiones atinentes con las relaciones civiles en manos de los tribunales provinciales.³⁸⁹ El pedido oficial de juicio político a la Corte fue hecho por Rodolfo Decker, el líder del bloque peronista en la Cámara de Diputados. El bloque hizo obligatoria para todos sus miembros la

sosteniendo que el gobierno no podía transferir jueces entre distritos judiciales sin el consentimiento de éstos. “Acordada sobre el traslado de jueces federales”, Fallos 201:245, p. 245-46 (1945). Cuando un juez federal fue detenido y destituido de su cargo por los militares por haber concedido hábeas corpus a manifestantes detenidos y por haberse presentado en la prisión para comprobar personalmente que hubieran sido puestos en libertad, la Corte Suprema ordenó su liberación y la restitución de su cargo. “Acordada sobre remoción de jueces federales”, Fallos 203:5 (1945); ver también *El Poder Ejecutivo Dejó Sin Efecto el Decreto que Separó al Juez Federal de Córdoba Dr. Barraco Mármol*, LA PRENSA, 15 de octubre de 1945, p. 7 (explica por qué el Ejecutivo había removido al juez). Invalidó también una sentencia de un tribunal militar que declaraba culpable de conspiración para cometer rebelión a un mayor retirado del ejército, sobre la base de que los tribunales militares carecían en general de jurisdicción sobre oficiales retirados y que un reciente decreto que expandía esa jurisdicción estaba fuera de los poderes del gobierno de facto. “De Lezica”, Fallos 202:405, p. 417-19 (1945). El fallo de la Corte más importante en contra del gobierno fue “Cía. Dock Sud de Buenos Aires Ltda.”, Fallos 204:23 (1946) (tratado en el texto).

³⁸⁶ “Cía. Dock Sud de Buenos Aires Ltda.”, Fallos 204:23 (1946).

³⁸⁷ Una parte del informe de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados que recomendaba el juicio político incluye varias cartas en apoyo del enjuiciamiento escritas por varios sindicatos y la Confederación General del Trabajo; las dos más importantes de éstas eran las declaraciones de la C.G.T. y la Unión Obrera Metalúrgica, ambas citando al caso *Dock Sud* como principal razón de su postura. También se incluyen dos cartas enviadas al gobierno de facto por la C.G.T. protestando por el fallo en *Dock Sud*. Cámara de Diputados de la Nación, *Diario de Sesiones*, 18 y 19 de septiembre de 1946, p. 714-19.

³⁸⁸ Fallos 204:23, p. 28-29 (cita el art. 67 inc. 11 de la Constitución Argentina de 1860). Este inciso establece que el Congreso dictará los códigos “sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...” CONSTITUCIÓN ARGENTINA, art. 67 inc. 11 (1860). Este inciso debe leerse conjuntamente con el art. 100 de la Constitución Argentina de 1860, que determina la jurisdicción federal en casi los mismos términos que el Art. III de la Constitución estadounidense, pero señala que los códigos no serán tratados como leyes federales a los fines jurisdiccionales.

³⁸⁹ *Id.*

asistencia y el voto a favor del juicio político a los jueces.³⁹⁰ Al mismo tiempo, *La Nación*, *La Prensa*, el tradicional Colegio de Abogados de Buenos Aires, y los liberales y socialistas que siempre habían estado en contra de Perón, se opusieron firmemente al juicio político a la Corte y difícilmente se los persuadiría de adoptar una postura contraria.³⁹¹

Había, sin embargo, una audiencia importante a la que Perón necesitaba convencer, o al menos moderar. La Iglesia Católica, algunos conservadores y algunos viejos afiliados al Partido Radical que apoyaban al anterior presidente, Hipólito Yrigoyen, se sumaron a la coalición de Perón de la que eran parte los trabajadores. La posición de la Iglesia y de las personas ligadas a ella era especialmente importante. A juzgar por lo que decía la revista católica “Criterio”, y por la posición a la que se adhirieron los Senadores que estaban más cercanamente relacionados con la Iglesia, el sector católico de la coalición de Perón tenía dudas sobre el enjuiciamiento de la Corte.³⁹² Perón probablemente hubiera tenido que pagar un precio político si hubiese reemplazado directamente a los miembros de la Corte, sin las formalidades del proceso de juicio político.³⁹³ Dado que el gobierno consideró la alternativa de simplemente aumentar el número de los miembros de la Corte para garantizar

³⁹⁰ *Hoy se tratará el juicio político a la Corte Suprema*, supra nota 380, p. 1; *Herejías constitucionales*, supra nota 383, p. 6.

³⁹¹ *La Prensa* apoyaba fervientemente a la Corte, supra nota 383; al igual que *La Nación*, por ejemplo, *Enjuiciamiento de ministros de la Corte Suprema*, 12 de julio de 1946, p. 4; *Una inmensa responsabilidad*, 17 de septiembre de 1946, p. 6; *La segunda parte de la acusación*, 2 de noviembre de 1946, p. 4; *La primera defensa*, 20 de noviembre de 1946, p. 4; *Las defensas*, 7 de diciembre de 1946, p. 4; *Hacia el fin de un proceso*, 24 de abril de 1947, p. 4; *Repercusión de un fallo*, 4 de mayo de 1947, p. 6. El Colegio de Abogados de Buenos Aires, la principal asociación profesional de abogados de la Ciudad de Buenos Aires, envió una carta a la Cámara de Diputados en apoyo de la Corte, Cámara de Diputados de la Nación, *Diario de Sesiones*, 18 y 19 de septiembre de 1946, p. 712-13. El voto de los dos tercios de la Cámara de Diputados a favor del juicio político fue conformado sólo por peronistas. *Herejías constitucionales*, 26 de septiembre de 1946, p. 6. Fue también típico de la amplitud del apoyo político de la Corte entre los opositores a Perón que el abogado defensor en el senado de dos de los jueces fuera Alfredo Palacios, un ex diputado por el Partido Socialista y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

³⁹² *La Justicia*, CRITERIO, 15 de agosto de 1946, p. 147, 151 (brinda un largo editorial sobre la necesidad de una justicia independiente y concluía argumentando que los jueces de la judicatura debían ser mantenidos en sus puestos. Si bien no trata directamente el juicio a la Corte Suprema, la referencia es clara). El Senador Pablo Ramella, en ese entonces un joven senador por la Provincia de San Juan, es un buen barómetro de punto de vista de los políticos peronistas con lazos más firmes con la Iglesia. Él escribió un fundamento de su voto para cada uno de los cargos contra los miembros de la Corte, y si bien votó contra ellos en muchos cargos, defendió a la Corte por la redacción de las Acordadas y el desarrollo de la doctrina de facto y sólo la crítica de una manera muy restringida. PABLO A. RAMELLA, *LABOR PARLAMENTARIA*, p. 263-68 (1988).

³⁹³ Perón podría haber argumentado que todos los cargos constitucionales tomaban automáticamente una categoría de facto cuando un gobierno de facto tomaba a su cargo al Ejecutivo y al Congreso, y por eso podían ser removidos en ese momento. Podría haber señalado también que la Corte no había exigido indemnización en “Avellaneda Huergo”, Fallos 172:344 (1935), un caso en el que un juez federal reclamaba indemnización por haber sido destituido por el gobierno militar de 1930.

su poderío político y finalmente la rechazó,³⁹⁴ es posible que el gobierno aun haya acogido con agrado la oportunidad de debatir sobre la conducta de la Corte en el pasado a través del proceso de juicio político.

Los argumentos que fueron presentados a favor del enjuiciamiento de la Corte demuestran que la remoción de los jueces fue a la vez una clara confrontación y el producto final de una crisis de autoridad de la Corte. En la acusación fueron mencionadas muchas cuestiones de menor importancia, pero en términos generales se acusó a la Corte de dos tipos de delitos: delitos en el ejercicio de la función pública y prevaricato contra los trabajadores. Su impropiedad política más grave fue su respuesta a los golpes de estado de 1930 y 1943, cuando expidió pronunciamientos administrativos que anunciaban el establecimiento de gobiernos de facto. En ambos casos, la Corte indicó que, ya que los gobiernos de facto habían jurado defender la Constitución, la Corte continuaría desempeñando sus funciones y ejerciendo el control de constitucionalidad, pero que trataría a la naturaleza de facto del Poder Ejecutivo como una cuestión política no justiciable.³⁹⁵

Así, la primera de las acusaciones para pedir el juicio político a la Corte fue “[p]or haberse inmiscuido en materia política, mediante las Acordadas de 1930 y 1943 de legitimación de gobiernos de facto”,³⁹⁶ y la quinta acusación fue que la Corte Suprema debió haber insistido en que el Presidente de la Corte asumiera como Presidente de la Nación ante la inexistencia de otras autoridades que pudieran ocupar ese cargo, tal como lo establece la ley de acefalía.³⁹⁷ No es de extrañar que los acusadores de la Corte insistieran en la paradoja de que la Corte haya admitido a usurpadores en el gobierno con la justificación de que éstos habían jurado defender la Constitución.³⁹⁸ Sin embargo, en términos más amplios, el informe del Comité de la Cámara de Diputados responsabiliza a la Corte por los gobiernos de facto, así como por el escandaloso fraude electoral que gobernó a la política argentina durante la década de 1930 y principios de la de 1940: “[D]ieciséis largos años durante los

³⁹⁴ Ver *Composición de la Suprema Corte*, LA PRENSA, 14 de septiembre de 1946, p. 6. El gobierno también consideró establecer una edad límite para los jueces federales como medida para adquirir el control del Poder Judicial en general, *Causa para la remoción de los jueces*, LA PRENSA, 7 de mayo de 1946, p. 9.

³⁹⁵ “Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación”, Fallos 158:290, (1930); “Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación”, Fallos 196:5 (1943).

³⁹⁶ Juicio Político, *supra* nota 344, p. 14 (presentación de la acusación de la Cámara de Diputados al Senado).

³⁹⁷ *Id.*, p. 17.

³⁹⁸ *Id.*, p.12,36.

cuales todos los principios básicos de nuestro régimen constitucional fueron anulados abiertamente y con el respaldo de aquellos que estaban obligados a mantenerlos con la misma integridad con la que habían sido establecidos”.³⁹⁹

Las Acordadas de 1930 y 1943 no fueron, sin embargo, la única incorrección política en la que incurrieron los jueces: las acusaciones también se refieren al control de constitucionalidad que ejercieron los jueces sobre los actos de los gobiernos de facto, consideradas por los acusadores como una intromisión ilegítima en cuestiones políticas. La segunda acusación le atribuye a la Corte “haberse arrogado facultades de orden político, saliéndose de la función judicial, para controlar e impedir el cumplimiento de los fines sociales de la revolución de 1943, y dictado fallos que involucraban designios políticos”.⁴⁰⁰ Distintos puntos de la acusación tratan los intentos de la Corte de impedirle al gobierno de facto hacer valer toda la autoridad que le confiere un gobierno constitucional a través de conductas indebidas como la de negarse a tomar juramento a camaristas designados en nuevas Cámaras de Apelación,⁴⁰¹ y desconocer el apartamiento de un juez federal.⁴⁰² Por medio del intento de limitar las actividades de un gobierno de facto sobre la base de que éste no podía gozar de poderes legislativos amplios, sino meras funciones ejecutivas, la Corte presumiblemente comenzó a ejercer una función puramente política.⁴⁰³ Los defensores de la Corte argumentaron que era una contradicción acusar a la Corte de actuar indebidamente al reconocer las revoluciones y al mismo tiempo alegar que la Corte se había extralimitado en sus facultades al intentar limitar el poder de estos gobiernos.⁴⁰⁴ Sin embargo, el tema subyacente de las acusaciones, que los jueces excedieron la función judicial, es congruente en las dos acusaciones. Ambas Acordadas y la doctrina de facto sacaron a la Corte de su papel de intérprete de la Constitución.

Las imputaciones que sostenían que la Corte se había arrogado facultades que salían de la

³⁹⁹ *Id.*, p.29; ver también *id.*, p. 57 (reiterando la acusación de complicidad).

⁴⁰⁰ *Id.*, p. 12.

⁴⁰¹ *Id.*, p.15, 17.

⁴⁰² *Id.*, p. 16.

⁴⁰³ *Id.*, p. 13.

⁴⁰⁴ Comparar *id.*, p. 12 con *id.*, p. 14-17 (la primera ataca la Acordada y la segunda ataca la doctrina de facto); ver también *id.*, p. 147-48 (defensa presentada por Alardeo Palacios, que argumenta que era contradictorio atacar al mismo tiempo la Acordada por reconocer a un gobierno de facto y atacar a la doctrina de facto de la Corte que limitaba los poderes de ese gobierno); *Argumentación contradictoria para acusar a los ministros de la Corte Suprema*, LA PRENSA, 4 de septiembre de 1946, p. 5 (señala la misma contradicción).

órbita de la función judicial ocuparon sólo una parte del debate. Gran parte de los procedimientos se concentraron, en cambio, en la cuestión de si la Corte fue injusta al tratar con los trabajadores. En este tema, hay una diferencia entre las acusaciones y lo que se debatió. Aparentemente, los peronistas consideraban que no podían utilizar el racionalismo excesivo de la Corte para fundar el pedido de juicio político. La queja alzada en la acusación sobre cuestiones laborales se concentra sólo en un número reducido de casos en los cuales la Corte presumiblemente interpretó equivocadamente las leyes que estaban diseñadas para proteger a los trabajadores y, en consecuencia, les negó a éstos sus derechos.⁴⁰⁵ Sin embargo, desde la perspectiva de la defensa, la razón de los procedimientos de juicio político fue la preocupación por parte de los peronistas de que la Corte frustrase los objetivos sociales del gobierno de la misma manera en que lo había hecho en *Dock Sud*.⁴⁰⁶ La defensa, por esto, arguye con énfasis en que la Corte había sido, de hecho, progresista en cuanto al tema social durante la década de 1930 y que había demostrado su voluntad de retornar a una interpretación de la Constitución que se adaptase a las nuevas exigencias sociales.⁴⁰⁷

Extrañamente, la Corte que emerge del juicio político es una a la vez demasiado metida en política, por haber instituido la doctrina de facto sin contar con la autoridad constitucional para hacerlo, y no suficientemente conectada con la política, en el sentido de que omitió considerar necesidades sociales importantes al interpretar la Constitución. Independientemente de las motivaciones políticas específicas que llevaron al juicio político de la Corte, esta tensión entre, por un lado, el derecho sensible y el ejercicio de una autoridad carismática por parte de la Corte, y por el otro, un derecho autónomo apoyado por la autoridad racional, demuestra la existencia de una crisis para el control de constitucionalidad. Los acusadores de la Corte enfatizaron el hecho de que Argentina debía evitar convertirse en “un país gobernado por sus jueces”, como había pasado en los Estados Unidos,⁴⁰⁸ y que la Corte debía asumir la responsabilidad política que conllevaron sus

⁴⁰⁵ *Id.*, p. 23-27.

⁴⁰⁶ Ver *id.*, p. 89-90 (defensa de Francisco Ramos Mejía); *id.*, p. 171-73 (defensa de Antonio Sagarna por Alfredo Palacios).

⁴⁰⁷ Ver, por ejemplo, *id.*, p. 139 (defensa de Nazar Anchorena por Mariano Drago); *id.*, p. 159-70 (defensa de Antonio Sagarna por Alfredo Palacios).

⁴⁰⁸ *Id.*, p. 7 (discurso del Senador Molinari).

actos.⁴⁰⁹ Sin embargo, *Dock Sud*, la decisión que provocó la reacción más fuerte de los trabajadores, fue un caso en el que la Corte invocó su autoridad racional. Puede decirse que la remoción de los miembros de la Corte fue un resultado tanto del momento político del país, como también de la carencia de apoyo para el control de constitucionalidad tal como había sido formulado. El derecho autónomo y la invocación de la autoridad racional ya no eran aceptables para la mayoría política en el poder porque un derecho autónomo hubiese interferido con objetivos sociales importantes; pero un control de constitucionalidad sensible era igualmente inaceptable si podía ser utilizado en detrimento político de los gobernantes.

2. Admisiones abiertas de poder ilimitado y aun así, limitado

A partir del juicio político a la Corte Suprema de 1947 y del rechazo del control de constitucionalidad que éste implicó, coexistieron dos tendencias en la doctrina y jurisprudencia argentinas. Por un lado, la doctrina estaba dispuesta a concederle poderes ilimitados a la Corte para hacer una interpretación de la Constitución que fuera más allá de las restricciones impuestas por el texto constitucional. La observación de Charles Evans Hughes de que “[E]stamos gobernados por una Constitución, pero esa Constitución es lo que los jueces dicen que es” es citada constantemente para reflejar la enorme flexibilidad que goza el Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad.⁴¹⁰ Es más, la misma Corte argentina ha afirmado en numerosos casos que la Constitución argentina “está conceptuada como un instrumento político dotado de extrema flexibilidad para adaptarse a todos los tiempos y a todas las circunstancias futuras”.⁴¹¹ Al observar que los orígenes de un enfoque flexible hacia la interpretación constitucional se remontan al *Chief Justice* John Marshall⁴¹² y al *Chief Justice* Hughes,⁴¹³ la Corte insiste en que la Constitución debe ser

⁴⁰⁹ *Id.*, p. 32.

⁴¹⁰ Por ejemplo, Jorge Reinaldo Vanossi, *El poder constitucional de los jueces, con particular referencia al control de constitucionalidad*, LA LEY [1977-D], Sec. Doctrina, p. 1019; Alfredo Orgaz, *Poder Judicial*, en ARGENTINA, 1930-1960, p. 124 (Revista Sur, 1962); M. Christina Seghesso de López Aragón, *Génesis Histórico del Poder Judicial Argentino (1810-1853)*, en DARDO PÉREZ GUILHOU Y OTROS, EL PODER JUDICIAL, t. 1, p. 10 (1989); SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, LA CONSTITUCIÓN INTERPRETADA, cita dedicatoria y p. 25 (1960).

⁴¹¹ “Peralta c/Nación Argentina”, Fallos 313:1513, p.1537 (1990). Ver también “S.R.L. Samuel Kot”, Fallos 241:192, p. 300 (1958); “Sejean c/Zaks de Sejean”, Fallos 308:2268, p. 2292-93 (1986) (en ambos casos se enfatiza la necesidad de una interpretación constitucional dinámica a la luz de las necesidades del momento).

⁴¹² Fallos 313:1513, p.1538, 1547-48.

⁴¹³ *Id.*, p. 1547.

entendida como “una creación viviente *impregnada de la realidad argentina*, de manera que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer por los cambios en las ideas, crecimiento o redistribución de intereses, continúa siendo el instrumento del orden político y moral de la Nación”.⁴¹⁴

Al mismo tiempo, la Corte Suprema también enfatizó que la división de poderes debe ser entendida, no como una situación en la que cada rama actúa aisladamente de la otra, sino como una “división funcional del poder político”,⁴¹⁵ la división de la autoridad entre las ramas del gobierno debe ser entendida en términos de su “interrelación funcional natural”⁴¹⁶ y su “desarrollo armónico”.⁴¹⁷ En una reciente audiencia de confirmación del Senado, un nominado para la Corte que fue confirmado fácilmente, se definió a sí mismo como “un amigo del presidente,”⁴¹⁸ y describió su política judicial de la siguiente manera: “las funciones son tres, pero el poder es uno”,⁴¹⁹ -en otras palabras, dijo que todas las ramas del gobierno están involucradas en el ejercicio de lo que es en esencia el poder político-. Otro individuo, que fue miembro de la Corte en dos ocasiones durante gobiernos democráticos, escribió un libro en el intervalo entre un cargo y el otro en el cual enfatizó la necesidad de darle a un presidente libertad para imponer su plan de gobierno,⁴²⁰ y advirtió sobre los peligros de que los jueces interfirieran indebidamente con este plan.⁴²¹

El único caso a partir del restablecimiento de la democracia en 1983 en el que la Corte Suprema desafió una política gubernamental es, en muchos aspectos, la excepción que confirma la regla de que el derecho racional deviene en un derecho sensible que a su vez lleva a la sumisión judicial. En el caso “*Rolón Zappa*”,⁴²² el demandante atacó la constitucionalidad de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo que determinaban el

⁴¹⁴ *Id.*, p. 1537 (cita “*Berlina c/Provincia de Mendoza*”, Fallos 178:9, p. 23 (1937), bastardilla en el original).

⁴¹⁵ Fallos 313:1513, p. 1536.

⁴¹⁶ *Id.*

⁴¹⁷ *Id.*, p. 1537.

⁴¹⁸ *Decide hoy el Senado si Vázquez va a la Corte*, LA NACIÓN, 7 de diciembre de 1995, p. 1.

⁴¹⁹ *Otro amigo de Menem para la Corte Suprema*, LA NACIÓN, 29 de noviembre de 1995, p. 13.

⁴²⁰ JULIO OYHANARTE, PODER POLÍTICO Y CAMBIO ESTRUCTURAL EN LA ARGENTINA, p. 60, 62, 69 (1969). Julio Oyhanarte fue miembro de la Corte Suprema de 1958 a 1962 y de 1990 a 1991.

⁴²¹ *Id.*, p. 69-80.

⁴²² Fallos 308:1848 (1986).

monto de su jubilación.⁴²³ La jubilación del actor era, según la ley, el ochenta y dos por ciento móvil del salario que habría estado recibiendo si hubiese estado en actividad,⁴²⁴ y había sido modificado por una ley posterior, que era aplicable a casi todos los trabajadores, y que establecía un monto básico del setenta por ciento del salario móvil.⁴²⁵ Los montos de las jubilaciones que había establecido el Poder Ejecutivo eran muy inferiores al ochenta y dos e incluso al setenta por ciento del salario móvil,⁴²⁶ y según aquél, elevar las jubilaciones a este nivel llevaría al sistema de seguridad social a la bancarrota.⁴²⁷ La respuesta de la Corte, sin embargo, fue insistir en que cualquier ajuste en los niveles de las jubilaciones que lleve a niveles menores a los establecidos por la ley debían ser hechos por el Congreso⁴²⁸ (el Poder Ejecutivo carecía en ese momento de mayoría en el Senado).⁴²⁹ En una declaración verdaderamente peculiar, la Corte insistió en que “[n]o es lícito que los magistrados judiciales argentinos procedan con olvido de su carácter de órganos de aplicación del derecho ‘vigente’ ni que se atribuyan, así sea por invocación de supuestas razones de ‘emergencia’ o de ‘gravedad del interés público comprometido’, potestades legislativas de las que carecen”.⁴³⁰ Examinar los recursos del sistema jubilatorio “es materia ajena a la órbita del Poder Judicial”.⁴³¹

Es imposible determinar que llevó a la Corte a insistir de repente en un enfoque racional del derecho. Tal vez incluso aquí la Corte haya estado mostrando “sensibilidad” -a los niveles de privación sin precedentes a los que habían llegado muchos jubilados-. Nadie que viviera

⁴²³ *Id.*, p. 1850-51 (dictamen de Procurador Fiscal); *id.*, p. 1853.

⁴²⁴ Ley Nº 14.473, art. 52, inc. ch), (B.O. 27 de septiembre de 1958). A.D.L.A. [XVIII-A], 98, p. 110.

⁴²⁵ La Ley Nº 18.037, arts. 27 y 45, cambió el porcentaje de la mayoría de las pensiones ordinarias al 70% del salario para los hombres que se jubilasen a los 60 años de edad y para las mujeres que lo hicieran a los 55 años, pero incrementándolo en un 1% del salario por cada año trabajado después de esa edad, y para muchas profesiones, por cada año trabajado por encima de los 30 años de contribuciones como empleado al sistema. A.D.L.A. [XXIX-A], 47, p. 52 (B.O. 10 de enero de 1969).

⁴²⁶ El Poder Ejecutivo lo reconoce en el preámbulo del Decreto Nº 2.196/86, A.L.J.A. [1987-A], 303, p. 304-05 (B.O. 2 de diciembre de 1986).

⁴²⁷ Fallos 308:1848, p. 1851 (dictamen del Procurador Fiscal).

⁴²⁸ Fallos 308:1848, p. 1855.

⁴²⁹ En el Senado en 1986 y 1987, el Partido Justicialista (peronista) ocupó 21 bancas; la Unión Cívica Radical, 18 bancas; y partidos más pequeños, las 7 restantes. Ver Shirley Christensen, *Reborn Peronists Flex Their Muscles*, N.Y. TIMES, 11 de octubre de 1987, D3.

⁴³⁰ Fallos 308:1848, p. 1854.

⁴³¹ *Id.*, p. 1855.

en la Argentina en ese momento hubiera podido ignorar la pobreza de sus jubilados.⁴³² Pero ni aun *Rolón Zappa* pudo convertirse en un triunfo para la independencia judicial. El Poder Ejecutivo respondió al fallo con un decreto que declaraba un estado de emergencia en el sistema previsional y establecía temporalmente las jubilaciones en un veintisiete por ciento del salario móvil,⁴³³ congelaba todos los litigios y ejecuciones de sentencias contra el estado por su incapacidad de pagar los montos requeridos por ley,⁴³⁴ y suspendía la iniciación de cualquier nuevo juicio o reclamo administrativo.⁴³⁵ Más aún, la Corte implícitamente reconoció la validez de estas medidas, aunque casi sin explicación alguna.⁴³⁶ La congelación de los litigios duró desde la publicación del decreto el 2 de diciembre de 1986 hasta el 4 de mayo de 1987,⁴³⁷ y la congelación de las medidas para la ejecución de sentencias duró hasta el 24 de junio de 1988, cuando el Congreso finalmente derogó el decreto con las leyes destinadas a reorganizar el sistema previsional.⁴³⁸ De este modo, el breve retorno de la Corte al racionalismo no logró nada más que provocar un enfrentamiento con el Poder Ejecutivo en el que la Corte se rindió.

3. La comparación con la experiencia norteamericana

La descripción anterior de la historia de la Corte Suprema argentina se corresponde fuertemente con el modelo sociológico que fue desarrollado en la primera parte de este artículo. Desde 1862 hasta mediados de la década de 1940, la Argentina tuvo un cierto número de reglas de seguridad mutua importantes y bien definidas que había importado de

⁴³² Ver MARIO STRUBBIA, ¿POR QUÉ FRACASÓ ALFONSÍN?, p. 120-24 (1989); *Private Pensions Now Available; The State Owes US\$25BN to Pensioners*, LATIN AM. WKLY. REP., 4 de diciembre de 1986, disponible en LEXIS, NSAMER Library, SAMER File.

⁴³³ Decreto N° 2.196/86, art. 4, A.L.J.A. [1987-A], 303, p. 306 (B.O. 2 de diciembre de 1986).

⁴³⁴ *Id.*, art. 2, p. 306.

⁴³⁵ *Id.*

⁴³⁶ La Corte evitó expedirse sobre la validez de la suspensión de litigios mientras ésta se mantuvo en efecto, y se abstuvo de resolver las causas que tenía pendientes de sentencia. Una vez que la suspensión hubo terminado, la Corte sostuvo que dado que la suspensión había terminado no había razón alguna por la que los juicios previsionales no pudiesen continuar, “Labusta”, Fallos 310:2274, p. 2274-75 (1987). Una vez que se hubo sancionado una ley que reorganizaba el sistema previsional la Corte consideró justiciables tanto la suspensión de litigios como la suspensión en la ejecución de sentencias. “Gómez”, Fallos 311:2238, p. 2238 (1988); “Corcho”, Fallos 311:2338, p. 2338 (1988); “Aguilar”, Fallos 311:2385, p. 2385 (1988).

⁴³⁷ Decreto N°648/87, art. 10, A.L.J.A. [1987-A], 368, p. 369 (B.O. 4 de mayo de 1987), derogó el art. 2 del Decreto N° 2.196/86, que suspendía todos los litigios por ajustes previsionales, pero mantuvo la suspensión en la ejecución de sentencias, *id.*, art. 7, p. 369.

⁴³⁸ Ley N° 23.568, art. 1, A.L.J.A. [1988-B], 1515, p. 1516 (B.O. 24 de junio de 1988) (deroga el Decreto N° 2196/86 y decretos subsecuentes).

los Estados Unidos, y una Corte Suprema que jugó un papel importante como un árbitro de esas reglas. La Corte fue exitosa en su rol precisamente porque resistió a las tentaciones instrumentalistas, y por lo tanto gozó del respeto substancial de los grupos políticamente poderosos de la sociedad al ser vista como un tribunal capaz de resolver conflictos constitucionales con una neutralidad fundamental, e incluso frente a la presión política.⁴³⁹ En el largo plazo, sin embargo, el sistema argentino falló por la exacta razón que el modelo indicó que habría de hacerlo -surgió la necesidad de una modificación de las reglas tradicionales de seguridad mutua, pero la Corte se encontró con que era incapaz de ratificar estos cambios de una manera que le permitiera conservar su independencia-. Para los peronistas que iniciaron el juicio político a la Corte, el remanente de derecho autónomo de la Corte significaba que ésta podría entorpecer su programa político, a la vez que las incursiones de la Corte en el derecho sensible la hacían peligrosa por su imprevisibilidad. Luego del juicio político y la destitución de todos los jueces con la excepción de uno en 1947, la Corte frecuente y abiertamente fue mas allá del texto constitucional en su interpretación. Sin embargo, como el modelo lo predijera, en razón de que carecía de autoridad carismática para la sociedad argentina, la Corte raramente actuó con independencia del Poder Ejecutivo en casos de relevancia, y perdió la capacidad de actuar como un árbitro de las reglas de seguridad mutua ampliamente aceptado.

A pesar de que el instrumentalismo de la Corte Suprema argentina fue tomado de los Estados Unidos en "*Avico c/de la Pesca*",⁴⁴⁰ su uso del derecho sensible siempre ha involucrado sensibilidad a las demandas del Poder Ejecutivo en vez de un ejercicio independiente de su autoridad carismática, y el público la ha visto, por consiguiente, como políticamente irrelevante. Por el contrario, en los últimos años si bien el pueblo norteamericano ocasionalmente se ha inquietado por una decisión particular de la Suprema Corte, la legitimidad de ésta como institución se mantiene elevada y no depende de las expectativas públicas de que se concentre en la intención original de la Constitución. Su autoridad carismática se mantiene segura, y con ella, su autoridad para ir mas allá del texto constitucional, legitimada por una larga tradición de actuar como guardiana de derechos civiles y políticos, así también como moderadora del poder entre los estados y el gobierno

⁴³⁹ Para más ejemplos de la independencia de la Corte Suprema argentina frente a la presión política ver en general Miller, *Courts and the Creation of a "Spirit of Moderation"*, *supra* nota 7.

⁴⁴⁰ Fallos 172:21 (1934), analizado *supra* notas 321-43 y el texto correspondiente.

federal, y entre los ramos del gobierno federal. Las encuestas sociopolíticas han descubierto que el público en general valora a la Suprema Corte de los Estados Unidos como una institución en sí misma, más allá del contenido específico de sus sentencias.⁴⁴¹ La Corte que la gente valora es una que generalmente ha actuado con gran prudencia política,⁴⁴² pero ciertamente no es una Corte que se haya limitado a interpretar la Constitución de acuerdo a la intención de sus redactores.⁴⁴³

Los Estados Unidos han gozado de enormes beneficios en lo relativo a su estabilidad constitucional por tener una Suprema Corte carismática y cauta a la vez. En el s. XIX, la Corte fue esencial para legitimar una interpretación amplia de los poderes del gobierno federal y para limitar el poder de los estados.⁴⁴⁴ En la década de 1930, si bien la Suprema Corte inicialmente emitió fallos que chocaron con la política del presidente Roosevelt, finalmente le otorgó legitimidad adicional al *New Deal*, lo que fue fundamental para acallar a opositores conservadores.⁴⁴⁵ En las décadas de 1950 y 1960, la Suprema Corte quebró el estancamiento del Congreso que paralizaba los esfuerzos por terminar con la legislación que promovía discriminación racial, y utilizó su autoridad para ayudar a legitimar el objetivo del movimiento por los derechos civiles de erradicar la discriminación racial.⁴⁴⁶ Sólo un cambio en la ley puede conferir legitimidad al cambio, y la Suprema Corte de los Estados Unidos, mediante una transformación de la interpretación constitucional en momentos críticos, a menudo ha legitimado cambios fundamentales en los Estados Unidos,

⁴⁴¹ Ver James Gibson, *Understandings of Justice: Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Political Tolerance*, 23 L. & SOC'Y REV., p. 469, 483-89 (1989); Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus, *Publicity, Public Opinion, and the Court*, 84 Nw. U. L. Rev., p. 985, 997-1004 (1990); Tyler & Mitchell, *supra* nota 364, p. 754-55. Los descubrimientos de Tyler y Mitchell se contradicen con los de Gibson en la importancia del proceso por el cual la Suprema Corte dicta sus sentencias gracias a su autoridad como institución, puesto que Tyler y Mitchell señalan que, a diferencia de Gibson, ellos ven este proceso como una cuestión central, *id.*, p. 725-26, 784. Sin embargo, si bien Tyler y Mitchell enfatizan que es una toma de decisiones "de principios" la que obtiene el apoyo público, *id.*, p. 786-88, su obra no ofrece una base para sostener que esta toma de decisiones debe ser racional y opuesta a la sensible en su enfoque del derecho.

⁴⁴² Ver en general ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS*, p. 111-98 (1962) (describe las múltiples técnicas que la Corte norteamericana ha usado para evitar excederse en sus posibilidades políticas sin parecer débil o sacrificar principios).

⁴⁴³ Ver Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV., p. 723, 727-39 (1988), para un resumen de algunos de los ejemplos en los que la Suprema Corte estadounidense se ha apartado marcadamente de la intención original, hecho por alguien que simpatiza en general con la concentración en el texto constitucional y la intención de los autores.

⁴⁴⁴ BLACK, *supra* nota 4, p. 80-86.

⁴⁴⁵ *Id.*, p. 65-66.

⁴⁴⁶ CHOPER, *supra* nota 32, p. 92-93.

y ocasionalmente ha contribuido a producirlos.⁴⁴⁷

Las audiencias celebradas por la Comisión de Justicia del Senado estadounidense para tratar la nominación a la Suprema Corte del juez Robert Bork constituyen la aproximación más cercana en los últimos años a un referéndum sobre si la Suprema Corte había actuado debidamente al adoptar un enfoque sensible del derecho. Dos puntos centrales fueron transmitidos a los espectadores de las audiencias. En primer lugar, éstas mostraron que el juez Bork creía que la Constitución debía ser interpretada de acuerdo a las intenciones de sus redactores.⁴⁴⁸ En segundo lugar, enfatizaron que el juez Bork, en su ánimo de hacer efectiva su preferencia por la intención de los redactores, trataría presumiblemente de invalidar los precedentes sentados por la Corte en muchas áreas -entre las que más atención recibieron, el derecho a la privacidad establecido en *Griswold v. Connecticut*⁴⁴⁹ y las decisiones que promovieron la segregación racial en las escuelas.⁴⁵⁰ Para cuando terminaron las audiencias, las encuestas sobre la opinión pública mostraron que más estadounidenses estaban en contra de la confirmación de los que estaban en su favor,⁴⁵¹ y varios de los propios miembros del partido del Presidente votaron por no recomendar la nominación del juez.⁴⁵² Si bien ninguna encuesta indicó si los senadores y la población habían sido más influenciados por las ideas del juez Bork sobre el papel de la Suprema Corte o por sus inquietudes sobre los precedentes específicos de la Corte que el juez hubiera querido invalidar, es razonable interpretar este episodio como una afirmación de que el público no deseaba un giro rotundo en la función de la Suprema Corte. A pesar de que muchos estadounidenses podían oponerse tajantemente a algunos precedentes individuales de la Suprema Corte, durante las audiencias de Bork éstos no favorecieron una

⁴⁴⁷ Ver HUNTINGTON, *supra* nota 50, p. 101.

⁴⁴⁸ *Nomination of Robert H. Bork to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Senate Comm. on the Judiciary*, 100th Cong., p. 103-05 (1987) (discurso inicial de Robert H. Bork); S. EXEC. REP. No. 100-7, p. 9 (1987).

⁴⁴⁹ Ver *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); tratado en S. EXEC. REP. No. 100-7, p. 22-25, 32-34 (1987).

⁴⁵⁰ S. EXEC. REP. No. 100-7, p. 38 (1987); Robert F. Nagel, *Advice, Consent and Influence*, 84 NW. U. L. REV., p. 858, 872 n. 44 (1990).

⁴⁵¹ Ver Murphy y Tannenhaus, *supra* nota 441, p. 986 n. 4 (observan que una encuesta de Gallup previa a las audiencias mostraba que la gente apoyaba la confirmación por un margen de 31% a 25%, pero luego de aquéllas, el 51% se oponía a la confirmación contra un 31% que estaba a favor).

⁴⁵² El 6 de octubre de 1987 la Comisión votó por nueve contra cinco una moción de informe recomendando que no se concediese el acuerdo para el nombramiento. S. EXEC. REPT. No. 100-7, p. 3 (1987). El 23 de

retirada revolucionaria de la Corte. Ciertamente, el llamamiento del juez Bork a una interpretación constitucional basada en la intención de los redactores no logró despertar el apoyo necesario para impulsar su nominación.

Lo que es mucho más difícil de establecer es cómo desarrolló la Suprema Corte de los Estados Unidos la capacidad para ejercer su autoridad carismática con independencia. Hubo tres características de los Estados Unidos y sus tribunales que facilitaron especialmente el ejercicio de la autoridad carismática por parte de la Corte. En primer lugar, el control de constitucionalidad en los Estados Unidos es la evolución natural de la tradición del *common law* que fue transplantada a los Estados Unidos desde Gran Bretaña. En segundo lugar, la propia longevidad de la Corte como institución aumentó su autoridad mediante el establecimiento de una tradición de respeto hacia sus decisiones. En tercer lugar, la Suprema Corte no ejercita una autoridad carismática ilimitada, sino una respaldada y limitada por las técnicas interpretativas aceptadas en la práctica forense estadounidense.

La tradición del *common law* ha involucrado, desde hace mucho tiempo, una mezcla de autoridad tradicional y carismática además de la autoridad legal racional. No sólo era la mayor parte de la ley de Gran Bretaña y de sus colonias en América hecha por jueces, sino que presumiblemente fue tomada del derecho natural del *common law*.⁴⁵³ Si bien en los Estados Unidos ya no es usual invocar el derecho natural para fundar la innovación constitucional, la autoridad de la Suprema Corte norteamericana para ir más allá del texto constitucional descende directamente de la tradición del derecho natural del *common law*.⁴⁵⁴ En 1798 el *Justice Chase* creía que, según esta tradición, no se requería un texto constitucional para considerar que una ley era inconstitucional sino sólo un principio del derecho natural.⁴⁵⁵ Además, el *common law* nunca ha interpretado la ley como si tuviera naturaleza autónoma; en cambio, ha insistido en interpretarla a la luz de las necesidades sociales -aunque a veces se llamó a esto “costumbre”-.⁴⁵⁶ En los países que utilizan el

octubre de 1987 el Senado votó por 58 a 42 rechazar la nominación del juez Bork. S15011, 133 CONG. REC. 749 (ed. diaria, 23 de octubre de 1987).

⁴⁵³ Ver WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, t. 1, p. 68-71 (Univ. Chicago Press 1979) (1765).

⁴⁵⁴ ARCHIBALD COX, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN THE AMERICAN SYSTEM OF GOVERNMENT (1976); Thomas Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, 27 STAN. L. REV., p. 703, 717 (1975).

⁴⁵⁵ Ver *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798).

⁴⁵⁶ CARDOZO, *supra* nota 66, p. 59-60.

common law, la condición básica del sistema jurídico nunca ha sido la de ser exclusivamente “legal” en el sentido weberiano de autónoma con respecto a influencias no legales.⁴⁵⁷

Como complemento de las raíces en el *common law* de la Suprema Corte se encuentran la importancia de su longevidad como una institución y la voluntad de sus miembros de pensar en términos institucionales. Más de doscientos años de funcionamiento ininterrumpido han hecho que la Corte sea reverenciada como uno de los elementos más importantes de la tradición política estadounidense.⁴⁵⁸ El éxito histórico bien puede generar su propia dinámica de refuerzo. La autoridad de la Corte como moderadora de poder fue construida gradualmente: primero la Corte fue una mediadora entre los estados y sólo después lo fue respecto de los otros ramos del gobierno federal.⁴⁵⁹ El Congreso no manipuló el número de miembros de la Corte Suprema luego de que fijó este número en nueve jueces en 1869, y los intentos exitosos de limitar su jurisdicción fueron igualmente raros y remotos.⁴⁶⁰ Aún más, la Corte siempre ha tenido cuidado de limitar la frecuencia de sus enfrentamientos con otras ramas del gobierno y de conservar su poder.⁴⁶¹ Los jueces tratarán generalmente, a través de sus actuaciones, de maximizar la influencia de la Corte como institución, y no de buscar una influencia política inmediata; sólo actuarán cuando sepan que pueden ganar.⁴⁶²

Sin embargo, tal vez sea más importante para la autoridad carismática de la Suprema Corte el hecho de que ésta es una autoridad altamente limitada, y su ejercicio a menudo no será vista como carismático por la población general ni por la práctica profesional legal. Dado

⁴⁵⁷ Ver DAMÂSKA, *supra* nota 74, p. 46; MAURO CAPELLETTI, JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD, p. 62-63 (1971).

⁴⁵⁸ CHOPER, *supra* nota 32, p. 138.

⁴⁵⁹ COX, *supra* nota 454, p. 105.

⁴⁶⁰ Si bien se han sancionado muchas leyes que intentaban limitar el poder de la Corte para revisar asuntos controversiales específicos, sólo dos de estas leyes limitadoras han sido exitosas. En 1802 la Ley de Revocación del Poder Judicial (Judiciary Repeal Act) acompañó a la anulación de las nuevas cortes federales de apelación creadas por el Congreso saliente, de mayoría federalista, con un reordenamiento de las sesiones de la Suprema Corte de manera que ésta no pudo reunirse en el siguiente año ni cuestionar a tiempo la anulación; y en 1868 el Congreso abolió la competencia de la Suprema Corte sobre cuestiones de la Reconstrucción. BLACK, *supra* nota 4, 187. Una excepción adicional más limitada es la sección 208 (a) (3) de la Ley de Inmigración Ilegal y Responsabilidad Inmigratoria de 1996 (Illegal Immigration and Immigrant Responsibility Act of 1996), Pub. L. No. 104-208, 110 Stat. 3009-546 (1996), elimina el control judicial para ciertas decisiones sobre asilo por parte del Attorney General..

⁴⁶¹ BICKEL, *supra* nota 442, p. 132.

⁴⁶² HUNTINGTON, *supra* nota 50, p. 25-26.

que la naturaleza de las fuentes del derecho es más flexible bajo el *common law*, el alcance de lo aceptable como un razonamiento ‘legal’ es más amplio que en los países que aplican el derecho civil.⁴⁶³ La doctrina de *stare decisis*, de obligatoriedad del precedente, cuando es aplicada por la Suprema Corte a sus propias decisiones, le permite actuar a través de la autoridad racional luego del acto carismático inicial de establecer un nuevo precedente constitucional. Los académicos constitucionales, así como la propia Corte, han reconocido la importancia de la fidelidad hacia los precedentes políticamente importantes como una forma de conservar el respeto del que goza ante la población en general como un cuerpo neutral para la toma de decisiones.⁴⁶⁴ Como regla general, la Suprema Corte de los Estados Unidos, aun con cambios en los miembros, sólo renuientemente ha revertido precedentes anteriores, en especial los recientes, y al limitar así su conducta aumenta su reputación como institución, que tiene intereses que van más allá de las simples cuestiones partidarias.⁴⁶⁵

En oposición a esto, la Corte Suprema argentina, que carece de una tradición de *stare decisis* como límite a sus propias opciones interpretativas, a menudo ha revertido su opinión sobre cuestiones políticas candentes como resultado de un cambio de sus miembros.⁴⁶⁶ Los tipos de razonamiento utilizados por la Suprema Corte norteamericana

⁴⁶³ Cf. DAMÂSKA, *supra* nota 74, p. 48-49.

⁴⁶⁴ La explicación más clara de esto que ha dado la Suprema Corte se encuentra en *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 864-69 (1992).

⁴⁶⁵ Ver *Casey*, 505 U.S. 833, p. 854-69. Para ver comentaristas que sostienen que el *stare decisis* ayuda a mantener la confianza pública en la Suprema Corte, ver, por ejemplo, ARTHUR J. GOLDBERG, *EQUAL JUSTICE*, p. 75-76 (1971); Deborah Hellman, *The Importance of Appearing Principled*, 37 *ARIZ. L. REV.*, p. 1107, 1108, 1110-12 (1995); Michael J. Gerhardt, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, 60 *GEO. WASH. L. REV.*, p. 68, 76-77 (1991); Lewis F. Powell, *Stare Decisis and Judicial Restraint*, 1991 *J. SUP. CT. HIST.*, p. 13, 16; Suzanna Sherry, *The Eleventh Amendment and Stare Decisis: Overruling Hans v. Louisiana*, 57 *U. CHI. L. REV.*, p. 1260, 1262-63 (1990).

⁴⁶⁶ Quizás el ejemplo más claro en los últimos años de cambios bruscos en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina sea la cuestión de si la Constitución le permite al estado penar la tenencia de pequeñas cantidades de droga cuando es claro que son para consumo personal. Los imputados cuestionaron la constitucionalidad de estas penas porque se contradecían con lo que dispone el artículo 19 de la Constitución Argentina de 1860: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. La Corte Suprema argentina trató por primera vez la cuestión en “Colavini”, Fallos 300:254, p. 267 (1978), durante un gobierno militar, y decidió a favor de la constitucionalidad del procesamiento. *Id.*, p. 286-70. En 1986, dos años después de que una nueva Corte Suprema fuese nombrada por un gobierno civil elegido democráticamente, ésta dejó de lado su precedente y sostuvo que la tenencia de una pequeña cantidad de droga para consumo personal estaba protegida constitucionalmente, “Bazterrica”, Fallos 308:1392, p. 1416-21 (1986). Sin embargo, en 1990, sólo unos meses después de que el número de jueces fuera incrementado de cinco a nueve por el Presidente Menem, la Corte dejó otra vez de lado su jurisprudencia y retomó la postura de que no era aplicable protección constitucional alguna. “Montalvo”, Fallos 313:1333, p.

son claves. La Corte debe exponer principios para justificar sus decisiones, debe mostrar el proceso de razonamiento que utiliza y debe invocar fuentes generalmente aceptadas por la comunidad jurídica para justificar sus conclusiones.⁴⁶⁷ Incluso cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos decide actuar sensiblemente y cambiar un precedente existente, su autoridad carismática está limitada por su capacidad para enmercar el cambio en la retórica y el razonamiento de la práctica profesional legal. Además, las cortes de apelación del *common law* son muy hábiles para redactar sentencias que a la vez dejan grandes áreas indefinidas y utilizan las áreas indefinidas que dejaron atrás decisiones anteriores. El hecho de establecer sentencias con áreas indefinidas, que sin embargo proveen algunas reglas obligatorias para los tribunales de instancias inferiores, permite una modificación paso a paso de las reglas de seguridad mutua y una adaptación más pausada de los cambios perseguidos por otros ramos del gobierno.⁴⁶⁸ Las técnicas que acompañan al *stare decisis* - la distinción entre precedentes de acuerdo a lo que pueden ser sólo pequeñas diferencias en los hechos y la provisión de una guía no obligatoria en la forma de *obiter dicta*- le permiten a los tribunales de apelación invocar áreas estables de la ley y dejar lugar, al mismo tiempo, para su evolución futura. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha estado, en consecuencia, extremadamente bien equipada para apartar y sentar a la vez parámetros legales. Finalmente, la autoridad carismática de la Corte sólo pudo haber aumentado con su uso de procedimientos que aseguraban que cada una de las partes en un juicio serían escuchadas y que a ninguna de ellas le sería permitido dirigirse a los jueces de manera informal en ausencia de la otra parte. La justicia en los procedimientos ante la Corte

1349 (1990). Lo que es particularmente impresionante, no obstante, es el modo en que la Corte formula su cambio, expresando que, “esta Corte, en su *actual* composición, decide retornar a la doctrina establecida en el caso ‘Colavini’”. *Id.* (sin bastardilla en el original). La Corte se cree en la obligación de distanciarse de su jurisprudencia anterior, lo que implica que ya no se siente obligada hacia ésta porque su composición es ahora distinta. Esto no significa que la Corte Suprema argentina no se cite a sí misma o no mantenga una jurisprudencia coherente en muchas cuestiones, pero es precisamente cuando el tema es particularmente importante que los jueces sienten mayor necesidad de expresar sus propias opiniones. Ver también “Ekmekdjian c/Sofovich”, Fallos 315:1492, p. 1518 (1992) (amplía la disponibilidad del “derecho de réplica” de la Convención Americana de Derechos Humanos y señala que su “actual composición” no compartía la jurisprudencia anterior); “Molinas”, Fallos 314:1091 (1991) (señala que la “actual composición” de la Corte no compartía la jurisprudencia anterior de la Corte sobre la situación jurídica del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, y sostiene que podía ser removido al arbitrio del Presidente).

⁴⁶⁷ BICKEL, *supra* nota 442, p. 199; CHARLES BLACK, DECISIÓN ACCORDING TO LAW, p. 20, 21, 27 (1981); COX, *supra* nota 454, p. 108-09.

⁴⁶⁸ Karl E. Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941*, 62 MINN. L. REV., p. 265, 310-25 (1978) (ofrece una excelente descripción de este proceso en el contexto de la Ley Wagner).

contribuye a la aceptación de sus fallos.⁴⁶⁹

La combinación de las tradiciones del *common law* y el derecho natural, una larga historia, y técnicas interpretativas especialmente flexibles y aun así duraderas, que han auxiliado a la Suprema Corte de los Estados Unidos, no son los únicos elementos capaces de contribuir en el establecimiento de una autoridad carismática de una corte, ni se pueden encontrar en todos los sistemas judiciales. Además, muchos países carecen de la enorme variedad de instituciones políticas en actividad con la que cuentan los Estados Unidos, que se extienden desde la prensa y las ONG hasta la Reserva Federal. El poder de estas instituciones alivia la presión de la Corte de ser el único ente controlador de las acciones gubernamentales arbitrarias. Ciertamente, el control de constitucionalidad se hace más difícil en las sociedades que están acostumbradas a tener un Poder Ejecutivo aún más fuerte que el de los Estados Unidos. Uno pensaría que los intentos de copiar el control de constitucionalidad están condenados al fracaso en países que carecen de la estabilidad política y social de los Estados Unidos y de muchos elementos de la tradición jurídica norteamericana. Especialmente, si el Poder Ejecutivo es fuerte en tal sociedad, la población esperaría que sea una facultad del Ejecutivo poder imponer su programa de gobierno y manejar todas las crisis -por lo tanto sería el Ejecutivo el que estaría dotado del carisma que puede ser considerado necesario para conducir a la sociedad más allá de su texto constitucional-. Lo fascinante del caso argentino es que el fracaso del control de constitucionalidad ocurre sólo luego de un largo período de éxito.

IV. Conclusiones

Si bien el modelo sociológico que fue desarrollado al principio de este artículo contiene un enorme valor explicativo para entender el éxito inicial y el fracaso subsecuente del control de constitucionalidad argentino, un único estudio casuístico es insuficiente para darlo por probado. El modelo sí ofrece, sin embargo, una perspectiva diferente para considerar el proceso del control de constitucionalidad. La pregunta más básica hecha por los estudiantes del control de constitucionalidad en cualquier sociedad debería ser sobre la naturaleza de la autoridad ejercida por sus tribunales, en lugar de concentrarse en las discusiones en los

⁴⁶⁹ Tom R. Tyler & Kenneth Rasinski, *Procedural Justice, Institutional Legitimacy and the Acceptance of Unpopular U.S. Supreme Court Decisions: A Reply to Gibson*, 25 L. & SOC'Y L. REV., p. 621, 627 (1991).

Estados Unidos sobre la dificultad contramayoritaria de tener jueces no electos para revisar las acciones de los representantes elegidos por el pueblo. No hay garantía de que incluso la autoridad racional goce de éxito automático en países que no tienen una tradición de aceptación de una autoridad racional, y todas las sociedades enfrentarán presiones por una interpretación 'sensible' del derecho -lo que requiere que los jueces tengan capacidad para ejercer una autoridad carismática-.

Tal vez el modelo explique algunas de las fallas del movimiento del derecho y el desarrollo. En la década de 1960 y a principios de la de 1970, cuando un gran número de profesores norteamericanos del derecho viajaron a África y a lugares de Latinoamérica en un proyecto de reforma de la educación jurídica, los reformadores norteamericanos vieron al aumento en el instrumentalismo legal de los jueces y abogados como importantes para el desarrollo económico y el cambio social.⁴⁷⁰ Sin embargo, muchos de los reformadores luego calificaron sus proyectos como fracasos.⁴⁷¹ David Trubek, quien escribió sobre sus propios esfuerzos en Brasil, concluyó que “los esfuerzos para contribuir a la reforma educativa, aunque tuvieron una intención liberal, pueden en realidad haber contribuido a la consolidación del régimen autoritario” del gobierno militar porque los abogados ya no se sentían restringidos en los argumentos que podían formular en defensa del régimen.⁴⁷²

Los profesores de los Estados Unidos tenían la esperanza de expandir el instrumentalismo legal al estilo norteamericano, convirtiendo a los abogados de África y de Latinoamérica en encargados de resolver problemas capaces de vencer obstáculos legales formalistas que trababan proyectos económicos y diseñar las estructuras legales necesarias para promover el desarrollo. Sin embargo, omitieron tomar en cuenta el hecho de que el instrumentalismo legal sería usado en pro de los intereses del régimen gobernante, y que, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, en donde es más probable que un sistema político subyacente pluralista y democrático dirija sus enfoques instrumentalistas hacia las necesidades de la gente respetando a la vez los derechos básicos, no se puede contar con un

⁴⁷⁰ JAMES A. GARDNER, *LEGAL IMPERIALISM*, p. 10, 14-15 (1980); John Henry Merryman, *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement*, 25 AM. J. COMP. L., p. 457, 465-66 (1977).

⁴⁷¹ Ver, por ejemplo, GARDNER, *supra* nota 470, p. 11; MERRYMAN, *supra* nota 470, p. 481.

⁴⁷² David M Trubek, *Towards a Social Theory of Law: An essay on the Study of Law and Development*, 82 YALE L. J., p. 1, 47 (1972); ver también GARDNER, *supra* nota 470, p. 117.

resultado tan afortunado en la mayoría de los países en vías de desarrollo.⁴⁷³ El instrumentalismo jurídico se convirtió en un “todo el poder para los generales”.⁴⁷⁴

Además, una vez abandonada la interpretación constitucional racional, no es fácil volver a ella, aun en el caso de que se hubiese hecho una reforma constitucional. Si bien la fe en el racionalismo es tal vez más intuitiva que la fe en la autoridad carismática de los jueces, es no obstante un gusto adquirido que difícilmente pueda ser reinstaurado si está ausente el consenso de la necesidad de un nuevo modelo jurídico. Si bien las sociedades pueden elegir establecer leyes y cumplir con ellas, la tendencia en muchos países en vías de desarrollo es adoptar normas legales idealistas que son imposibles de obedecer.⁴⁷⁵ Dichas normas hacen que sean inevitables una interpretación abierta de la Constitución y un cumplimiento inconsistente de las leyes.

La tradición del *common law*, la historia política y las técnicas interpretativas que se combinan entre sí para apoyar un enfoque carismático y sensible hacia la toma de decisiones judiciales en los Estados Unidos no estará presente idénticamente en otros países. Esto no significa que esos países no puedan emprender exitosamente el control de constitucionalidad -de hecho, muchos lo han logrado-. Pero sí significa que el análisis del control de constitucionalidad en esos países debería considerar la naturaleza de la autoridad judicial, y en los aspectos en los que esa autoridad está respaldada carismáticamente, deberían tomar en cuenta los elementos que contribuyen a su aceptación política. La autoridad de tratadistas prestigiosos, la de instituciones internacionales o regionales, la de un modelo extranjero respetado, o la de figuras políticas, religiosas o culturales respetadas, pueden, en las circunstancias adecuadas, proveer a los tribunales del apoyo indispensable que requieren para actuar de un modo carismático. Si bien parece que ningún país ha hecho esto por su Corte Suprema nacional, en un país en el que las elecciones sean vistas como la forma primaria para sus designar líderes, una Corte Suprema elegida por votación puede ser

⁴⁷³ Ver David M. Trubek & Mark Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, 1974 WIS. L. REV., p. 1062, 1070-72 (1974).

⁴⁷⁴ Esta frase es el título de un artículo publicado por dos profesores de derecho estadounidenses que pasaron un tiempo substancial en proyectos norteamericanos de reforma de la educación jurídica en Brasil, y en el que describen la capacidad del gobierno militar para redactar sus propias reglas sin principio limitador alguno, Henry J. Steiner & David M. Trubek, *Brazil- All Power to the Generals*, 49 FOREIGN AFF., p. 464, 472 (1971).

⁴⁷⁵ Una de las mejores descripciones de la brecha entre la ley y la práctica en un país latinoamericano la hace Keith Rosenn, *Brazil's legal Culture: The Jeito Revisited*, 1 FLA. INT'L. L. J., p. 1, 17-25 (1984).

la solución si aquella planea ejercer su autoridad con independencia del Ejecutivo. En otros países tal vez sólo una autoridad judicial religiosa o hereditaria pueda contrarrestar suficientemente a otros ramos del gobierno. Como mínimo, uno anticiparía una necesidad por procedimientos judiciales más transparentes y la selección de jueces con mayor prestigio personal que los que hay en los sistemas gobernados por el derecho autónomo, y una menor cabida para la discrecionalidad judicial. Estados Unidos corona a sus jueces con un elemento de autoridad carismática a través del peso de la tradición política establecida, pero una vez que se admite que el control de constitucionalidad involucra un elemento carismático, cada sociedad debe ser observada individualmente para ver qué elementos existen que podrían ser utilizadas para brindar cierta autoridad carismática a sus jueces.

Finalmente, el modelo y el estudio casuístico que se desarrollaron en este artículo ofrecen una advertencia de cautela para los Estados Unidos. El ejemplo de la Argentina como mínimo muestra que el derecho sensible desarrollado por jueces independientes y carismáticos es una creación política frágil. El *stare decisis* protege a la Suprema Corte estadounidense como institución de manera tal que sus decisiones sobre cuestiones políticas candentes no se vuelquen automáticamente con cada cambio de gobierno o designación de jueces que pasen una prueba determinante sobre las cuestiones críticas. Aun uno puede imaginarse una Corte motivada ideológicamente que pierde su autoridad a medida que sus miembros, y con ellos su perfil ideológico, cambian y presenta un cuerpo de Derecho Constitucional en permanente cambio. Además, no todas las audiencias de confirmación han involucrado debates inteligentes sobre la naturaleza del control de constitucionalidad.⁴⁷⁶ Como todas las instituciones políticas, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sufrido fluctuaciones en su prestigio político. La habilidad de la Corte para invocar la autoridad carismática para interpretar la Constitución sensiblemente, y aún así independientemente, ha sido y será siendo una variable de su condición política.

⁴⁷⁶ Un estudio reciente indica que la percepción del público de la legitimidad de la Suprema Corte estadounidense ha sufrido como resultado de las audiencias en el Senado por la nominación de Clarence Thomas como juez de la Corte. TYLER & MITCHELL, *supra* nota 364, p. 714, 779-80.