

REFLEXIONES SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL A PARTIR DE LA OBRA DE DUNCAN KENNEDY*

ALFREDO SILVERIO GUSMAN**

Resumen. A partir de la obra del filósofo crítico DUNCAN KENNEDY y la caracterización que formula del "juez activista", la propuesta de este estudio es profundizar en el rol de los tribunales en la compleja sociedad contemporánea. A tal fin debimos analizar los argumentos que buscan objetar la legitimidad de los jueces para adoptar decisiones que no siempre se amoldan en la esfera de actuación tradicional que en otros tiempos se les asignaba. Pudimos detectar que dichos cuestionamientos no responden a alguna ideología política determinada, sino a intereses coyunturales de las distintas agrupaciones partidarias.

Palabras clave: activismo judicial, interpretación, litigación compleja, cuestiones políticas.

REFLECTIONS ON JUDICIAL ACTIVISM FROM THE WORK OF DUNCAN KENNEDY

Abstract. Based on the work of the critical philosopher DUNCAN KENNEDY and his characterization of the activist judge, in this study I set out to delve into the role of the courts in complex contemporary society. To this end, I had to analyze the arguments that seek to challenge the legitimacy of judges to make decisions that do not always fit into the traditional sphere of

* Recepción: 19/3/2020; evaluación: 3/6/2020; aceptación: 11/7/2020.

** Profesor adjunto de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo (UBA). Profesor titular de Derecho Administrativo 2 (UMSA). Profesor de Ética Judicial (Escuela Judicial CMN). Juez de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal. Personalidad destacada de las ciencias jurídicas (CABA, ley 4490). Correo electrónico: alfredo.gusman@pjn.gov.ar.

action that was once assigned to them. I was able to detect that these objections do not respond to any particular political ideology, but rather to the short-term interests of the various party groups.

Keywords: judicial activism, interpretation, complex litigation, political issues.

REFLEXÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL DO TRABALHO DE DUNCAN KENNEDY

Resumo. A partir do trabalho do filósofo crítico DUNCAN KENNEDY e da caracterização do “juiz ativista”, parti neste estudo para aprofundar o papel dos tribunais na complexa sociedade contemporânea. Para tanto, tive que analisar os argumentos que buscam contestar à legitimidade dos juízes para adotar decisões que nem sempre se adaptam à esfera de ação tradicional que lhes foi atribuída. Pude detectar que essas objeções não respondem a nenhuma ideologia política em particular, mas aos interesses conjunturais dos diferentes grupos partidários.

Palavras chave: ativismo judicial, interpretação, contencioso complexo, questões políticas.

§ 1. *INTRODUCCIÓN: LA MOTIVACIÓN DE ESTE ANÁLISIS*

Vivimos una época en la que los tribunales han adquirido un rol clave en la vida social. Las cuestiones que allí se dirimen se multiplican y se diversifican, tanto a nivel de planteos individuales como colectivos¹. Esa dinámica no es exclusiva de nuestra región; valga como ejemplo recordar que el supremo tribunal británico le asestó un golpe a las pretensiones del Gobierno de activar la salida del país de la Unión Europea sin pasar por su Parlamento (*brexit*)² y, en septiembre de 2019, anuló la decisión del primer ministro de disolver el Parlamento que tendía a evitar el debate de ese asunto en las cámaras.

¹ RUIZ, *La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho*, “Ideas y Derecho”, nº 4, 2004, p. 178.

² Se sugiere la lectura del caso resuelto por la United Kingdom Supreme Court, 24/1/2017, “Gina Miller v. Secretary of State for Exiting the European Union”, www.judiciary.gov.uk/judgments.

En Italia se denominó el fenómeno de la creciente importancia de los jueces en la vida social y política como *democrazia giudiziaria*. En los Estados Unidos, la elección presidencial de 2000 que llevó a la Casa Blanca a George W. Bush se definió en la Corte Suprema de Justicia cuando resolvió anular la decisión del tribunal superior estadual que dispuso un nuevo recuento de los votos emitidos en Florida.

Buena parte de la opinión pública empezó entonces a prestar atención no solo a los discursos presidenciales y a las discusiones en las legislaturas, sino también a las sentencias judiciales; en rigor, a la información que los medios de prensa brindan respecto de los veredictos³.

Diversos temas que antes no llegaban a la puerta de los tribunales, de alto impacto en diferentes ámbitos (político, social, económico, etc.) hoy son sometidos al proceso judicial, y no solo a nivel de planteo individual, sino también a través de acciones colectivas. De hecho, se ha tornado corriente hablar de “litigación compleja”, organizándose cursos y seminarios para capacitar a los operadores judiciales en la resolución de tales entuertos. La sofisticación y la versatilidad de la tarea forense es puesta de relieve por OST, quien expone los desafíos que la sociedad moderna reclama al que llama “juez asistencial”⁴: conciliar las economías familiares en crisis, dirigir las empresas en dificultades procurando evitar su bancarrota, juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural si la madre se opone, apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el “estado de angustia” de la mujer embarazada, intervenir “en caliente” (sic) en los conflictos de trabajo, decidir si la huelga de los pilotos aéreos prevista para el día siguiente a las seis es o no lícita, juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding cuya cartera tendría un impacto mayúsculo en la economía nacional es conforme a la ley, juzgar si llevar el velo islámico es compatible con la disciplina y el espíritu de la escuela, etcétera.

Esta ampliación del protagonismo de la judicatura ha generado polémicas y críticas⁵. Ante los conflictos sociales o a los grandes

³ GUSMAN, *Prensa y Justicia*, “Y considerando...”, n° 86, jul. 2009, p. 38 a 41.

⁴ OST, *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, “Academia”, año 4, n° 8, 2007, p. 109.

⁵ En ese sentido, se ha argumentado que los tribunales carecen de conocimientos especializados en cuestiones socioeconómicas complejas y que la naturaleza casuística de las decisiones judiciales les dificulta tomar en cuenta la totalidad de las consideraciones distributivas generales pertinentes cuando elaboran una decisión

problemas estructurales de la sociedad, el interrogante que surge es ¿cuál es la función del juez, la del Congreso y, también, teniendo en cuenta la tradición personalista de nuestra región, la del presidente?

A partir de la obra del distinguido profesor KENNEDY y su caracterización del "juez activista"⁶, nos propusimos responder esa inquietud, en forma parcial, pues solo profundizaremos en el rol de los tribunales en una sociedad contemporánea tan compleja, así como en la legitimidad de los jueces para adoptar decisiones que no siempre se amoldan a la esfera de actuación tradicional que otrora se les asignaba. Dicho autor pretende explorar el impacto de la decisión judicial en una sociedad dividida ideológicamente –por cierto, como la nuestra–, poniendo en tela de juicio si en la sentencia no pesan, más allá de las normas, componentes ideológicos propios de quienes fallan, pese a que, se supone, se trata de ingredientes que no deberían ocupar lugar alguno en el veredicto. Aclaramos que nuestra tarea no ingresará en el análisis de los postulados psicoanalíticos que el autor explora por exceder nuestro campo de conocimiento.

§ 2. **UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: LA SUPUESTA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA**

Un aspecto que no se puede soslayar en el análisis del activismo judicial es el de la llamada objeción contramayoritaria, que se esgrime desde ciertos sectores de la filosofía constitucional. Se pone el acento, descrito esto a grandes rasgos, en que, a diferencia del Ejecutivo y del Legislativo a los que controlan, los magistrados, por lo general, no provienen de elección popular directa. Se plantea desde esta línea de pensamiento que, cuando los jueces, carentes de credenciales democráticas, invalidan decisiones gubernamentales de aquellos poderes del Estado esgrimiendo exigencias e incumplimientos de orden

con consecuencias presupuestarias [para el caso de la judicialización de asuntos relativos a la atención sanitaria, conf. GLOPPEN - ROSEMAN, "¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?", en YAMIN - GLOPPEN (coords.), *La lucha por los derechos de la salud*, p. 27]. En otro plano, sobre todo en Latinoamérica, algunos denominan *lawfare* los procesos judiciales criminales en donde se investigan potenciales episodios de corrupción, instados con el supuesto propósito de manchar a opositores políticos (conf. BIELSA - PERETTI, *Lawfare*).

⁶ KENNEDY, *Izquierda y derecho*, p. 28.

constitucional⁷, desplazan las preferencias de la ciudadanía⁸. Como se verá a continuación, esa meditada reflexión académica es empleada desde la política partidaria con fines menos prudentes, pues muchas veces en lugar de intentar mejorar la administración de justicia se deslegitima la labor de los tribunales para resentir su radio de acción⁹.

Apreciamos en el texto de KENNEDY que el autor no es inmune a este prejuicio. Es explícito su reparo al poder de los jueces de creación del derecho a través de las sentencias, por reducir los márgenes de las mayorías ideológicamente organizadas para producir cambios significativos en cualquier área regulada por el derecho¹⁰. Su recelo se patentiza al mencionar que la decisión judicial funciona para asegurar intereses ideológicos particulares o intereses generales de clase relacionados con el *statu quo* social y económico.

Como paradoja, esta prevención hacia la legitimidad de los jueces ha sido expuesta, fundamentalmente, por otro autor de indiscutible posicionamiento conservador, como el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, ALEXANDER M. BICKEL, quien en su obra *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*¹¹ desarrolló la idea de la dificultad contramayoritaria y los posibles reparos que podrían esgrimirse al hecho de confiar al Poder Judicial la función de revisar y controlar los actos de los restantes poderes emergentes del voto popular¹². En esa misma tendencia, ANTONIN SCALIA, quien fue durante muchos años la voz del ala más conser-

⁷ Uno de los temas que más se relacionan con el activismo, al menos en los Estados Unidos, es el del control de constitucionalidad a partir de la defensa de ciertos valores que se consideran fundamentales (DORADO PORRAS, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, p. 75).

⁸ GUSMAN, *La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires ante el argumento contramayoritario del Poder Judicial*, "Derecho Administrativo", n° 103, ene.-feb. 2016, p. 233.

⁹ Ver, en sentido parecido, MAHIQUES, *Los jueces, la ética y la revolución italiana*, ED, 157-814.

¹⁰ KENNEDY, *Izquierda y derecho*, p. 29.

¹¹ Se podría traducir el título como *La rama menos peligrosa. La Corte Suprema en el límite con la política*. Empero, BICKEL, en definitiva, admite que la revisión judicial de constitucionalidad es compatible con la democracia y, si es llevada a cabo en forma virtuosa y prudente, hasta saludable, pues preserva a la Constitución de los apetitos de una mayoría legislativa. Para una visión diferente y más reciente, conf. ROSEN, *The most democratic branch*.

¹² Otra réplica a sus argumentos puede verse en DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 226 a 228.

vadora de la Corte Suprema de los Estados Unidos, alertaba desde el campo doctrinario sobre la necesidad de evitar la sobrejudicialización de los procesos de gobierno, a fin de preservar la regla de la división de poderes¹³.

Siguiendo con los entrecruzamientos y reposicionamientos ideológicos, en Latinoamérica se han propagado escuelas como la del “uso alternativo del derecho” que se identifican con el pensamiento de izquierda y que propician un activismo judicial intenso –sobre todo de las cortes superiores o tribunales constitucionales– a partir de una interpretación que, apuntalada sobre ciertos valores, ponga el ordenamiento jurídico positivo en un segundo plano¹⁴. Desde esta visión –próxima en lo ideológico, pero absolutamente opuesta al diagnóstico de KENNEDY– no son los jueces sino las leyes las que pretenden conservar los privilegios de las clases dominantes, pues los parlamentos ignoran a los menos pudientes. Poniendo en tela de juicio esta modalidad de actuar de los tribunales, en fórmula más radical todavía que la propuesta por KENNEDY, un exmagistrado de la Corte Suprema colombiana denuncia que el mentado uso alternativo del derecho produce que algunos jueces solo toman como interpretación válida la solución que más convenga a sus convicciones ideológicas¹⁵.

La desacreditación proveniente de los sectores de derechas hacia una suerte de activismo judicial no solo se presenta en nuestra región, sino también en el país de origen del filósofo crítico cuya postura analizamos en esta ponencia. DWORKIN menciona que, en los Estados Unidos, han sido los conservadores –el caso más claro es el del presidente Nixon– quienes afirmaban que la Corte Suprema de ese país se excedió en su legítima autoridad, particularmente durante la presidencia de Earl Warren¹⁶. Decía el tristemente célebre exmandatario

¹³ SCALIA, *The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, “Suffolk University Law Review”, vol. 17, n° 4, 1983, p. 881. El autor profesaba un criterio sobre legitimación procesal que, en lo personal, nos parece demasiado restringido. Suele ser citado por nuestra Corte Suprema en aquellos fallos que no reconocen legitimación en los demandantes (ver, entre otros, CSJN, 21/10/2008, “Iannuzzi c/Entre Ríos”, causa I. 149, XLIV; íd., 18/12/2012, “Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos c/pcia. de Jujuy”, Fallos, 334:1861).

¹⁴ TAMAYO JARAMILLO, *El activismo judicial*, LL, 2014-A-579; este autor describe de modo crítico esa tendencia e identifica como sus principales propulsores a LÓPEZ MEDINA en su libro *El derecho de los jueces* y a DE SOUZA en su obra, *El uso alternativo del derecho*.

¹⁵ TAMAYO JARAMILLO, *El activismo judicial*, LL, 2014-A-579.

¹⁶ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 209.

del Partido Republicano que dicho período se caracterizó por una interpretación que priorizaba los derechos fundamentales –p.ej., usando la cláusula de igual protección para dar un duro golpe a la segregación racial en el conocido caso “Brown vs. Board of Education”–, que los jueces habían “retorcido o doblado” la ley. DWORKIN contrapone su óptica acerca del rol y el modo de actuar que debería tener un juez con el pensamiento de un “Nixon” como ejemplo paradigmático de una visión retrógrada.

Pero también desde el ala, llamémosla, progresista –seguramente más afín a las convicciones de KENNEDY– también se pueden mencionar históricos episodios de reacciones frente a fallos divergentes a los de la política instrumentada desde la Administración surgida de las urnas. Sin movernos de los Estados Unidos, podemos citar lo acontecido con el *New Deal* propiciado por el presidente Franklin Delano Roosevelt, en particular con la descalificación judicial de aspectos de la Ley de Recuperación Industrial Nacional (conocida como NIRA, National Industrial Recovery Act) y con la Ley “Wagner” (National Labor Relations Act). El líder del Ejecutivo tuvo un conflicto con los jueces de la Corte Suprema a una escala institucional importante¹⁷. Llegó a presentar un proyecto legislativo que lo habilitase para nombrar conjueces de la Corte Suprema por cada miembro de ese tribunal que, habiendo cumplido los setenta años, no pasara a retiro¹⁸.

Por más que los tribunales estén blindados de los humores del electorado, partamos de la base de que todos los poderes del Estado tienen que tener una legitimación democrática. En todo caso, la del Poder Judicial sería indirecta (invisible, según la caracteriza PÉREZ ROYO¹⁹, en contrapunto a la visible del Ejecutivo y del Legislativo), a través de procedimientos de designación protagonizados por

¹⁷ El exmandatario, procedente del Partido Demócrata, aclaraba, sin embargo: “Sé que no puede haber reproches a la Constitución ni tampoco a la Corte Suprema como institución. La única dificultad está en algunos de los seres humanos que forman la Corte” (GONZÁLEZ CALDERÓN, *No hay justicia sin libertad*, p. 26).

¹⁸ Se ha destacado que si bien dicha iniciativa legislativa no prosperó, siquiera fue avalada por buena parte del propio partido oficialista, lo cierto es que en importante medida incidió para que, a partir de ese momento, la Corte Suprema aceptara, en su mayoría, las políticas del *New Deal* [BARILE, “La Corte Suprema de Justicia y el New Deal”, en MARANIELLO (dir.), *Justicia constitucional. La justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias*, vol. 1, p. 426].

¹⁹ PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, p. 882.

los actores provenientes de los otros dos poderes del Estado ungidos en las urnas²⁰.

A nuestro modo de ver, no puede predicarse una suerte de manto de divinidad para el derecho emanado de las mayorías, como para ponerlo al margen de cualquier otra revisión o limitar el ámbito de actuación de los jueces que lo interpretan. También el gobierno de la mayoría puede conducir a la intolerable opresión de las minorías y de los individuos, si se lo exalta al plano de un valor absoluto y no se lo mitiga o modera con un método eficaz de protección de los derechos humanos²¹. Por cierto, el registro histórico indica, sobre todo en nuestra región, que la primera reacción de los autoritarismos pasa por la cooptación de los tribunales.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema argentina en el caso "Rizzo", los jueces cuentan con la legitimación democrática que les otorga la Constitución nacional, al haber recibido del pueblo argentino, a través de los constituyentes, el legítimo mandato de defender la supremacía constitucional²². Tal fundamento ya había sido desarrollado por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien explica que los jueces tienen la legitimidad del derecho que han sido llamados a aplicar²³. Agrega que una eventual designación electoral pondría en riesgo ese contenido esencial de la función jurisdiccional que es la independencia, y su competencia –en el sentido de la idoneidad para el cargo–, exigencia también inherente a la propia independencia.

En nuestro país, con matices, CARLOS NINO también expuso sus prevenciones respecto del rol judicial ante los restantes poderes, aunque, finalmente, desde una visión más adjetiva, también validó el control judicial de constitucionalidad pese al carácter no electivo de quienes lo ejercitan, fundado en la necesidad de asegurar y preservar la regularidad del procedimiento democrático²⁴.

²⁰ SESIN, *Magistratura judicial y responsabilidad disciplinaria*, RAP, n° 403, 2012, p. 263.

²¹ CARRÍO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, p. 58.

²² CSJN, 18/6/2013 "Rizzo, Jorge G. (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c/ Poder Ejecutivo nacional, ley 26.855, medida cautelar", *Fallos*, 336:760.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 34. El art. 117.1 de la Constitución española no deja dudas al respecto, al proclamar que la justicia emana del pueblo.

²⁴ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 693. Previamente, sostenía que "un juez que está completamente al margen del debate público, y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamen-

§ 3. **ACERCA DEL ACTIVISMO EN GENERAL Y EN KENNEDY**

El concepto de activismo, aunque usual y bastante difundido en la doctrina actual, no es unívoco, no existe acuerdo en esta en relación con su contenido, características y mucho menos aún respecto a las implicancias que de la noción se desprenden²⁵.

Uno de los propósitos prioritarios que surge de la lectura de KENNEDY, desde nuestro parecer, es indagar acerca de cómo canaliza el juez al momento de sentenciar su propio componente ideológico y su impacto en la decisión final. De tal modo, dicho autor alude a tres tipos de posicionamiento: el del juez activista restringido, el del juez mediador y el del juez bipolar.

Nos vamos a detener en el primer modelo, que es el que presenta mayores matices de interés a los efectos de este análisis. La situación se presenta ante una norma cuya aplicación al caso no comulga con el resultado querido por el juez para decidir ese mismo asunto. Si bien el sentenciador no tiene intención de desacatar el mandato normativo, invierte una importante cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente. Si no lo consigue, entonces sí aplica la norma que difiere de su preferencia de solución para el caso. KENNEDY califica este modelo como activista porque tiene una motivación que él llama “extrajurídica”, que sería el logro de una sentencia que el juez considere justa. Prefiere un resultado en vez de otro a lo largo de una amplia variedad de casos y “trabaja para que esos resultados sean derecho”²⁶. Es decir que acepta la restricción de la fidelidad interpretativa, pero, cuando piensa que esta obligación va a requerir que ella alcance un resultado injusto o cuando ve una textura abierta en la norma, trabaja para cambiar el significado direccionándola hacia su propia ideología.

te torcer las conclusiones a las que se haya llegado en el proceso político democrático acerca de la política social y económica preferible, acerca de la distribución de recursos y de los mecanismos e instituciones para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda a tal o cual prestación” (p. 687 y 688).

²⁵ Así lo destacan, entre otros, CASTELLANO y PIÑA, quienes advierten el sentido diferenciado que se les otorga a las posturas antagónicas del activismo judicial y del garantismo procesal [“¿Activismo o garantismo en el derecho laboral?”, en FERREYRA DE LA RÚA (dir.), *Medidas cautelares*, p. 316 y 317].

²⁶ KENNEDY, *Izquierda y derecho*, p. 38 y 39.

A esta altura no podemos omitir indicar cierta paradoja en la denominación “activista restringido” que KENNEDY emplea. De algún modo en su definición incorpora los dos modelos opuestos en pugna, el del juez activista, que procura indagar más allá de lo que la norma expresa, y el del juez restringido (o autorestringido, *self restraint*, como también se lo llama), que se conforma con subsumir el caso en la previsión legislativa. En *Libertad y restricción en la decisión judicial*, el filósofo crítico se pone a reflexionar como si fuera un juez de Boston que debe resolver un conflicto entre los trabajadores y su empleador, a partir de una protesta de aristas piqueteras²⁷. Trata de ponerse en el papel de un juez que se alinea con el activismo y se define en ese posicionamiento, citando al jurista y político brasileño ROBERTO UNGER, como alguien “que tiene vocación por el cambio social”.

Llevado al plano de la interpretación constitucional y utilizando el enfoque de DWORKIN, desde el activismo se buscará que los tribunales juzguen los actos del Congreso, del presidente y de las provincias aceptando las directivas o mandatos de las cláusulas constitucionales “vagas”, a partir de principios que deben ser revisados de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte²⁸. En cambio, el programa de la restricción judicial sostiene que los tribunales deben permitir que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aun cuando lesionen el sentido que tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones afecten en tal medida la moralidad política que violarían las estipulaciones

²⁷ KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, p. 104 y 105. Dice de sí mismo en ese rol que se asigna como magistrado en el caso planteado: “Me autopercibo como un posible foco de energía política capaz de generar cambios en una dirección igualitaria, comunitaria, descentralizada y socialdemócrata [...] consignas que, dicho sea de paso, no ayudan para nada a resolver qué diablos hacer en ninguna situación jurídica o social concreta”.

²⁸ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 217. Para comprender mejor a qué apunta el autor, es necesario tener en cuenta que para DWORKIN las estipulaciones constitucionales vagas e imprecisas (como nuestra igualdad ante la ley, defensa en juicio, etc.) representarían alusiones a los conceptos que emplean. Mientras que los preceptos constitucionales claros supondrían la formulación de una determinada concepción de ellos. En un caso donde se analiza la constitucionalidad de una ley, el juez deberá elegir, entre las diversas concepciones posibles, aquella que exhiba “la estructura de la comunidad y de las instituciones y decisiones bajo un mejor enfoque desde la perspectiva de la moralidad política” (p. 184).

sobre cualquier interpretación plausible, o quizá cuando un precedente claro exija una decisión en contrario²⁹.

En síntesis, el activista restringido que delinea KENNEDY podría describirse como un activista prudente, pues, sin dejar de lado sus valores y convicciones, se trata de un juez consciente de cuán lejos puede dejarlos impactar en el momento de interpretar la norma.

§ 4. **CONCLUSIÓN**

Desde el paradigma clásico, de inspiración decimonónica francesa, se coloca al juez como un operador autómatas neutral e imparcial cuya faena es puramente lógica y deductiva, ajena a la actividad volitiva. La realidad arroja que, guste o no, la actividad de los tribunales ya no se reduce a la simple subsunción de las normas involucradas en el caso que tienen que resolver. Las afirmaciones de MONTESQUIEU acerca de que los jueces tienen un poder “de alguna manera nulo” y que se limitan a ser la “boca que pronuncia las palabras de la ley” pueden considerarse superadas. En efecto, la mera interpretación de la ley, con bastante frecuencia permite más de una respuesta jurídica, lo que de por sí da espacio para que entren en juego decisiones con algún grado de discrecionalidad. Máxime cuando, como sucede en los últimos tiempos, los textos legales suelen ser confusos y es necesario acudir a desentrañar lo que se conoce como voluntad del legislador. También nos hemos acostumbrado a normas algo genéricas, ante la dificultad de obtener consensos entre los partidos con representación parlamentaria y hasta para evitar tener que pagar los costos políticos de la regulación precisa de un tema conflictivo. Por cierto, a veces, con esa inercia, los actores procedentes de los sectores políticos no hacen más que crear el campo propicio para que las demandas se canalicen hacia los tribunales y, por lo tanto, para el protagonismo judicial que tanto critican.

Por lo demás, la exaltación del criterio legalista –no nos referimos en esto a KENNEDY y sus aportes– como excluyente de cualquier otra consideración a la hora de sentenciar hace recordar tendencias como las posturas positivistas más fundamentalistas que, si bien a su

²⁹ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 217. La última referencia hay que comprenderla desde el sistema estadounidense del *stare decisis* y el valor que se atribuye al precedente judicial.

pesar y posiblemente malinterpretadas, fueron usadas para justificar tragedias humanitarias totalitarias.

En la interpretación de la gran mayoría de las normas por parte del juzgador entra en consideración, en mayor o menor medida o de un modo más explícito o más disimulado, la subjetividad del juzgador. Es inevitable que los jueces también tengan historias y experiencias de vida que, en forma consciente o inconsciente, hayan moldeado una escala de valores que posiblemente influya en el modo en que perciben el conflicto.

Sin embargo, no necesariamente sus juicios de valor definen la suerte del proceso que les toca fallar y acá nos encontramos con el juez activista restringido que delinea KENNEDY. Podría describirse como un activista prudente, pues, sin dejar de lado sus valores y convicciones, es un juez que sabe hasta dónde puede permitirse que aquellos lo influyeran en el momento de interpretar la norma. Es cierto que las pautas sociales y culturales pueden llegar a predisponerlo y, en el peor de los casos, ocultas tras “la vestidura retórica de las preferencias axiológicas del juez”³⁰, lleguen a marear su independencia de juicio. Sin embargo, el juez medio, como lo describe KENNEDY, va a ser un esfuerzo –debe hacerlo– para lidiar con ello y procurar contrarrestar su tendencia personal de modo tal de no dejarse llevar por ciertos prejuicios³¹.

Como hemos visto, el debate no se relaciona con convicciones partidarias políticas, puesto que, atendiendo a sus propios posicionamientos, tanto sectores de izquierdas –entre ellos el propio KENNEDY– como de derechas coinciden en criticar excesos de activismo judicial

³⁰ Según la expresión de RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, p. 602.

³¹ Viene al caso recordar que la Corte Suprema argentina descalifica por arbitrarias sentencias fundadas solo en los criterios personales, culturales y sociales del juzgador. Como muestra más elocuente puede señalarse lo resuelto en el caso “Santa Coloma c/E. F. A.” (del 5/8/1886, *Fallos*, 308:1160), en donde deja sin efecto una sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que había privado de resarcimiento de daño moral a los padres de tres hijas fallecidas en un accidente a tenor de la situación económica pudiente de los reclamantes. Dijo el cimero tribunal: “No cabe que al determinar el derecho al daño moral los jueces se guíen por patrones de conducta que exceden los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues como señala CARDOZO, los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta”. La cita refiere a BENJAMIN CARDOZO, iusfilósofo y *exjustice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

que derivan en la “judicialización de la política” o en el “gobierno de los jueces”. Un ejemplo del aserto que formulamos puede advertirse en una de las democracias más consolidadas, como la de los Estados Unidos, en donde los intentos de deslegitimar a su Corte Suprema provinieron tanto de sectores “progresistas” (como el presidente Franklin D. Roosevelt) como “conservadores” (el caso del presidente Richard Nixon). Sin ir más lejos, en la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el proceder de algunos de los jueces del fuero contencioso administrativo porteño, considerado de tipo activista –sin abrir juicio al respecto–, mereció similares críticas de administraciones con perfiles tan disímiles como las que encabezaron los jefes de gobierno Aníbal Ibarra y Mauricio Macri. En definitiva, la relación de tensión entre jueces y poder político partidario siempre estará latente más allá de las ideologías de turno y obedece a los roles de contralor y protectorio que a los togados corresponde ejercer.

Sobre este tema se podrá conferenciar y debatir mucho. Pero, desde una perspectiva empírica y con franqueza, la conclusión a la que arribamos es que las distintas facciones políticas tendrán una visión más crítica o más elogiosa hacia lo que se conoce como “activismo judicial” según la valoración y el resultado que las sentencias que emerjan de esta tendencia produzcan para sus ideologías, estrategias e intereses coyunturales³².

BIBLIOGRAFÍA

- BARILE, JUAN, “La Corte Suprema de Justicia y el New Deal. Aportes a la discusión de la función del Poder Judicial en un sistema democrático”, en MARANIELLO, PATRICIO (dir.), *Justicia constitucional. La justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias*, Resistencia, ConTexto, 2016.
- BICKEL, ALEXANDER M., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1978.
- BIELSA, RAFAEL - PERETTI, PEDRO, *Lawfare. Guerra judicial-mediática. Desde el primer centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner*, Buenos Aires, Ariel, 2019.

³² Esta realidad también es percibida por HIDALGO, quien describe con crudeza que “las posiciones políticas varían por el contenido de la decisión: si los jueces deciden como yo pienso, es la República y la justicia; si no es así, es el avance de las élites sobre las mayorías o la ‘Corte partidista’. Esto no contribuye a un sistema institucional sólido y previsible; ni a lograr un perfil de la Corte donde sean claras sus competencias” (*¿Qué Corte?*, www.elcohetelaluna.com/que-Corte/).

- CARRIÓ, GENARO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2019.
- CASTELLANO, SUSANA V. - PIÑA, MARÍA DEL C., "¿Activismo o garantismo en el derecho laboral?", en FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA (dir.), *Medidas cautelares. Doctrina y jurisprudencia*, Córdoba, Advocatus, 2008.
- DORADO PORRAS, JAVIER, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, trad. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989.
- FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA (dir.), *Medidas cautelares. Doctrina y jurisprudencia*, Córdoba, Advocatus, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1997.
- GLOPPEN, SIRI - ROSEMAN, MINDY J., "¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?", en YAMIN, ALICIA E. - GLOPPEN, SIRI (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, trad. E. ODRIOZOLA, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *No hay justicia sin libertad*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1956.
- GUSMAN, ALFREDO S., *La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires ante el argumento contramayoritario del Poder Judicial*, "Derecho Administrativo", n° 103, ene.-feb. 2016, p. 233 a 238.
- *Prensa y Justicia. Reflexiones a partir de una reciente acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, "Y considerando...", n° 86, jul. 2009, p. 38 a 41.
- HIDALGO, ENRIQUE, *¿Qué Corte?*, 17/5/2020, www.elcoheteealaluna.com/que-Corte/.
- KENNEDY, DUNCAN, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. G. MORO, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010.
- *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. D. LÓPEZ MEDINA y J. M. POMBO, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999.
- MAHIQUES, CARLOS, *Los jueces, la ética y la revolución italiana*, ED, 157-814.
- MARANIELLO, PATRICIO (dir.), *Justicia constitucional. La justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias*, Resistencia, ConTexto, 2016.
- NINO, CARLOS, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- OST, FRANÇOIS, *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, "Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho", año 4, n° 8, 2007, p. 101 a 130.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- ROSEN, JEFFREY, *The most democratic branch. How the courts serve America*, New York, Oxford University Press, 2006.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- RUIZ, ALICIA E., *La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho*, "Revista Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho", n° 4, 2004, p. 173 a 184.
- SCALIA, ANTONIN, *The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, "Suffolk University Law Review", vol. 17, n° 4, 1983, p. 881 a 899.

SESIN, DOMINGO J., *Magistratura judicial y responsabilidad disciplinaria*, RAP, n° 403, 2012, p. 263 a 285.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *El activismo judicial*, LL, 2014-A-579.

YAMIN, ALICIA E. - GLOPPEN, SIRI (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, trad. E. ODRIÓZOLA, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013.