

ISSN 0328-5642
e-ISSN 2718-7063

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 22, N° 2 | Noviembre de 2024

Facultad de Derecho
Centro de Estudios de Posgrado en Derecho
Universidad de Palermo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 22, Nº 2 | Noviembre de 2024

TEORÍAS CONSTITUCIONALES: UNA CLASIFICACIÓN Y CRÍTICA (IMPLÍCITA) Larry Alexander

EL REDESCUBRIMIENTO DE WEIMAR POR PARTE DE LA DOCTRINA DEL DERECHO POLÍTICO

DE LA REPÚBLICA FEDERAL Oliver Lepsius • **EL JUICIO POR JURADOS DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA.**

¿QUÉ NOS DICE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL SOBRE LA FORMA EN QUE DEBE

SER INSTRUMENTADO? Sebastián Oppel • **LAS ENTIDADES INTERJURISDICCIONALES COMO FENÓMENO**

DEL FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN: ESTUDIOS EN TORNO A COORDINACIÓN ECOLÓGICA ÁREA

METROPOLITANA SOCIEDAD DEL ESTADO (CEAMSE) Augusto Demacópulo • **IDEOLOGÍAS, DERECHO**

Y PROCESO CIVIL Nicolás J. Negri • **THE ORIGINAL JURISDICTION OF THE ARGENTINE SUPREME COURT AND**

OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: A COMPARATIVE LAW STUDY Sebastián A. Garay



Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO

Universidad de Palermo

Dirección:

Carlos A. Calvo Costa (UBA - UP)
Eugenio C. Sarrabayrouse (UBA-UP)
Graciela Medina (UBA-UP)
Marcela Basterra (UBA-UP)

Dirección Ejecutiva:

Diego A. Dolabjian (UBA - UP)
Belén Gasparotti (UP)
Janice Balanian (UBA)

Secretaría de Redacción:

Agustín M. Iglesias Díez (UBA)
Francisco Balbín (UBA)
Ian Lerner (UP)
Juan Carlos Ruas (UBA)
Luciano Durrieu (UBA-UP)
Maia Czarny (UBA)
María Rosario Tejada (UBA)
Ricardo S. Kennedy (UBA)
Juliana Belén Aragón (UBA)
Sofía Lasca (UBA)
Agustina Castro (UBA)
Florencia Manuele (UBA)
Sofía Vilches (UBA)

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Editado por

Universidad de Palermo, Noviembre 2024

Diseño general

Departamento de Diseño
de la Universidad de Palermo

© 2024 Fundación Universidad de Palermo

ISSN 0328-5642

e-ISSN 2718-7063

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Consejo Académico Editorial:

Adrián Carta (UBA - UP)
Agustina Del Campo (UDESA - UP)
Agustina Ramón Michel (CEDES - UP)
Andrea Finkelstein (UP)
Claudio Ramos Feijoó (UP)
Daniel Crovi (UBA - UP)
Diana Maffía (UBA - UP)
Eduardo Roveda (UBA - UP)
Fernando Buján (UBA - UP)
Gabriel Roller (UBA - UP)
Gustavo Beade (UBA - UP)
Gustavo Maurino (UBA - UP)
Horacio Corti (UBA)
Horacio Días (UBA - UP)
Jaime Malamud Goti (UDESA - UP)
José Luis Gargarella (UBA - UP)
José María Salgado (UBA-UNPAZ)
Juan González Bertomeu (UP)
Juan Pablo Alonso (UBA - UP)
Laura Saldivia (UBA - UP)
Leonardo Filippini (UBA - UP)
Leopoldo Godio (UBA-UP)
Marcelo Alegre (UBA - UP)
Marcelo López Alfonsín (UBA - UP)
Mariano Heller (UBA - UP)
Martín F. Böhmer (UBA - UP)
Martín Farrell (UBA - UP)
Mary Beloff (UBA - UP)
Miguel Ángel Maza (UBA - UP)
Paola Bergallo (UTDT - UP)
Pablo Hirschmann (UBA - UP)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA)
Ricardo Arredondo (UBA - UP)
Roberto Gargarella (UBA - UP)
Roberto Saba (UBA - UP)

Académicos correspondientes:

Brasil: Carolina Machado Cyrillo da Silva (UFRJ)
Colombia: Edgar Fuentes Contreras (UTADEO)
Ecuador: Sebastián López Hidalgo (UASB)
España: Alejandra Boto Álvarez (UNIOVI)
Italia: Alfonso Celotto (UNIROMA3)
México: Ricardo García de la Rosa (ITAM)
Perú: José F. Palomino Manchego (UNMSM)
Uruguay: Andrés Mariño López (UDELAR)

Índice

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063

Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Año 22, N° 2 | Noviembre de 2024 | Ciudad Autónoma de Buenos Aires | Argentina

Artículos 5

| | |
|---|---------|
| Teorías constitucionales: una clasificación y crítica (implícita) <i>Larry Alexander</i> | 7-26 |
| El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal <i>Oliver Lepsius</i> | 27-65 |
| El juicio por jurados desde una perspectiva histórica. ¿Qué nos dice la Constitución Nacional sobre la forma en que debe ser instrumentado? <i>Sebastián Oppel</i> | 67-94 |
| Las entidades interjurisdiccionales como fenómeno del federalismo de concertación: estudios en torno a Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) <i>Augusto Demacópolo</i> | 95-112 |
| Ideologías, derecho y proceso civil <i>Nicolás J. Negri</i> | 113-131 |
| The original jurisdiction of the Argentine Supreme Court and of the Supreme Court of the United States: a comparative law study (<i>La competencia originaria de la Corte Suprema Argentina y de la Suprema Corte de los Estados Unidos: un estudio de derecho comparado</i>) <i>Sebastián A. Garay</i> | 133-160 |

Reseñas..... 161

| | |
|------------------------------|---------|
| Reseña normativa | 163-165 |
| Reseñas bibliográficas | 167-176 |

La Revista Jurídica de la Universidad de Palermo es una publicación de la Facultad de Derecho / Centro de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Palermo.

La Revista Jurídica publica trabajos de académicos, investigadores, profesionales y estudiantes en una variedad de formatos que incluyen artículos, ensayos y comentarios sobre decisiones judiciales. Su contenido está dirigido a especialistas, investigadores y estudiantes de grado y posgrado.

La Revista Jurídica invita a los autores a enviar trabajos inéditos y originales a revistajuridica@palermo.edu. La Revista se organiza en base a un sistema de referato doble ciego para decidir sobre la calidad académica de los artículos enviados por los autores para su publicación, la originalidad de las ideas planteadas y la corrección de las citas.

Para obtener información, los interesados pueden dirigirse a:

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo
Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho
Universidad de Palermo
Mario Bravo 1050, 7º piso (C1175ABZ) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Teléfono: +54 11 5199-4500
Fax: +54 11 4963-1560
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Los trabajos firmados no representan la opinión de la Universidad o de la Revista y son exclusiva responsabilidad de los autores.

La reproducción sin autorización de cualquier texto de la Revista, sea total o parcial, idéntica o modificada, viola derechos reservados. Con fines académicos podrá citarse un breve fragmento del texto de los artículos, a condición de que se de debidamente cuenta de su origen.

Artículos

Teorías constitucionales: una clasificación y crítica (implícita)*

Larry Alexander**

Resumen

Estoy honrado de haber sido invitado a presentar esta *Madison Lecture* y quiero agradecer a los anfitriones, Robby George y Brad Wilson, por su hospitalidad y por la excelencia alcanzada en el *Madison Program* bajo su dirección.

Me encomendaron la tarea de presentar algo sobre teoría constitucional. Ahora bien, como verán, efectivamente trabajo desde un ángulo de la teoría constitucional y, por supuesto, creo que es el enfoque correcto para trabajar y en el que todos los constitucionalistas deberían trabajar. Sin embargo, la desafortunada verdad es que muchos constitucionalistas rechazan esta afirmación a pesar de varios artículos míos instándolos a hacer lo contrario. Por tanto, hasta la fecha, he fracasado en mis aspiraciones normativas en relación con la teoría constitucional, pero esta conferencia evitirá predicar a los inconversos.

Lo que pretendo, en cambio, es categorizar los enfoques existentes en la teoría constitucional, incluyendo el mío. Voy a sistematizar más que a criticar; aunque, lo confieso, se filtrarán algunas críticas, aun cuando sean principalmente en forma implícita.

* Traducción a cargo de Francisco Manuel Balbín. Abogado (UBA), LL.M. (Harvard University). Se agradece al autor del artículo, Prof. Larry Alexander, Warren Distinguished Professor de la Universidad de San Diego, y a la San Diego Law Review por su conformidad con la reproducción del texto publicado en español.

** Larry Alexander. Warren Distinguished Professor de la University of San Diego School of Law. El autor agradece en su texto a Will Baude and Kim Ferzan por sus comentarios y a Alessandria Driussi por su asistencia taquigráfica.

I. Los moralistas

El primer grupo de constitucionalistas que deseo analizar lo denomino “*los moralistas*”. Estos teóricos ven a la Constitución –o, al menos, gran parte de ella– y, por tanto, al derecho constitucional, como una invitación a implementar su teoría favorita de la moral como la ley suprema de un país. Algunos moralistas afirman que la propia Constitución, en frases como el “*debido proceso legal*” o la “*igual protección ante la ley*”, invita a los jueces a hacer teoría moral y luego imponer el rigor de esa teoría como si fuese derecho constitucional y, por ende, supremo sobre cualquier otra ley¹. Otros consideran que la razón de ser de la Constitución es la implementación y protección de nuestros derechos morales preexistentes². En su opinión, cualquier intento de derogación de esos derechos sería nulo en términos constitucionales, independientemente del texto específico de la Constitución³.

Hay *constitucionalistas morales* de todos los colores políticos. Algunos de ellos se sitúan a la izquierda del espectro político. Hace una generación, David A.J. Richards “encontró” en la Constitución la teoría de la justicia *rawlsiana*⁴. Algo antes, en su famoso prólogo para la *Harvard Law Review*, Frank Michelman argumentó que la Decimocuarta Enmienda podría servir como base para implementar la idea *rawlsiana* de redistribución de la riqueza por orden judicial⁵. Más recientemente, Larry Sager ha postulado que la Constitución es incorregible y persigue el valor de la justicia, incluso cuando no toda la justicia que busca deba ser aplicada por los jueces⁶. Dado que Sager no cree que los intérpretes constitucionales estén obligados por el significado original de la Constitución⁷, no me queda claro, desde su punto de vista, qué impide que la Constitución logre alcanzar la justicia en lugar de limitarse a perseguirla.

Ronald Dworkin merece especial atención como un constitucionalista moral de izquierda. En algunas ocasiones, Dworkin apoya una ideología constitucional de izquierda a través de su teoría general del derecho como una interpretación

¹ Ver, por ejemplo, RONALD DWORKIN, *Freedom's law: the moral reading of the american constitution* (1996).

² Ver *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 387–88 (1798) (Chase, J.).

³ Ver, *id.*

⁴ Ver DAVID A.J. RICHARDS, *Foundations of american constitutionalism* 13 (1989) (citando a JOHN RAWLS, *A theory of justice* 195–257 (1999)); Ver también DAVID A.J. RICHARDS, *Toleration and the constitution* 41 (1986) (citando *id.*).

⁵ Ver FRANK I. MICHELMAN, *The supreme court, 1968 term—foreword: on protecting the poor through the fourteenth amendment*, 83 harv. l. rev. 7, 14–15 (1969).

⁶ Ver LAWRENCE G. SAGER, *Justice en Plainclothes: a theory of american constitutional practice* 71–72, 76, 82–83 (2004).

⁷ Ver *id.* en 30, 35, 42–69.

constructiva, incluido el derecho constitucional⁸. Para Dworkin, el derecho de una comunidad se define preguntándose cuáles son los principios moralmente más aceptables que se ajustan a una fracción considerable de los materiales jurídicos -la Constitución, las leyes, las normas administrativas, las decisiones judiciales, etc.-⁹. De hecho, ni siquiera el contenido de esos materiales legales es cerrado, sino que se interpreta por referencia a principios morales¹⁰. Ya he criticado la teoría de Dworkin en profundidad en otra oportunidad y no repetiré esas críticas¹¹. Lo que quiero señalar aquí es que el enfoque general de Dworkin sobre el derecho le permite “encontrar” sus principios morales favoritos en la Constitución.

En otras ocasiones, sin embargo, Dworkin “encuentra” sus principios liberales del derecho constitucional por una vía más convencional, que no se basa en su teoría general del derecho. En cambio, como algunos de los otros moralistas, afirma que esos principios concuerdan con las intenciones semánticas de los *padres fundadores*, lo que no es más que el significado semántico de disposiciones específicas de la Constitución¹².

Estos teóricos -Richards, Michelman, Sager y Dworkin- representan a los moralistas de izquierda¹³. No obstante, también hay moralistas de derecha. Estos últimos ven la Constitución como un intento de aplicar una ley natural de un matiz claramente conservador o libertario.

Uno de estos moralistas de derecha es Hadley Arkes. Él sostiene que, al interpretar la Constitución, hay que ir más allá de su texto y llegar a los primeros principios,

⁸ Ver, por ejemplo, RONALD DWORGIN, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality* 370–71 (2000).

⁹ Ver RONALD DWORGIN, *Law's empire* 355–99 (1986).

¹⁰ Ver *id.* En 225-275.

¹¹ Estas críticas se encuentran en LARRY ALEXANDER & KEN KRESS, *Against legal principles, en law and interpretation: essays in legal philosophy* 279 (ANDREI MARMOR ED., 1995) Y LAWRENCE ALEXANDER & MICHAEL BAYLES, *Hercules or proteus? the many theses of ronald dworkin*, 5 soc. theory & prac. 267 (1980). Estas críticas incluyen: Dworkin nunca aclara cómo se va a fijar el contenido legal a efectos de la «adecuación», dado que la «ley» es en sí misma el producto de la adecuación y la aceptabilidad; Dworkin no ofrece una justificación convincente de la igualdad diacrónica que, según él, subyace al requisito de adecuación y que, en teoría, debería aplicarse tanto a las legislaturas como a los tribunales, y promover la igualdad diacrónica, en contraste con tener en cuenta los intereses de confianza, es perverso e insostenible; la aceptabilidad moral dictará el nivel moralmente apropiado de adecuación y no dará efecto a errores morales pasados excepto en la medida en que hayan creado intereses de confianza; y en la teoría de Dworkin, la legislación puede no cambiar la «ley» de la forma en que la legislatura pretendía, a pesar de lo que la mayoría de nosotros creemos.

¹² Ver RONALD DWORGIN, *Comment, in a matter of interpretation: federal courts and the law* 115, 119, 122 (AMY GUTMANN ED., 1997).

¹³ También debo mencionar como teóricos morales de izquierda en la teoría constitucional a James Fleming y Sotirios Barber, cuyos planteamientos y conclusiones se parecen mucho a los de Dworkin. Ver, en general, SOTIRIOS A. BARBER & JAMES E. FLEMING, *Constitutional interpretation: the basic questions* 155–70, 189–92 (2007). Describe los enfoques filosóficos de la interpretación constitucional y se centra en la fusión de Dworkin entre el derecho constitucional y la filosofía moral.

es decir, a los principios que la preceden¹⁴. Aunque se resista enérgicamente a ser catalogado como de derecha porque su posición moral es implícitamente libertaria¹⁵ y porque cree que todo el derecho, incluido el derecho constitucional, debe interpretarse de acuerdo con la realidad moral¹⁶, incluiré a mi buen amigo Michael Moore, quizás muy a su pesar, en el campo de los constitucionalistas morales que son, al menos en cierto modo, de derecha.

II. Teóricos políticos

La siguiente categoría de constitucionalistas incluye a aquellos que “interpretan” la Constitución como la implementación de una teoría política. Ahora bien, advierto que separar a los teóricos políticos de los moralistas es algo arbitrario, dado que los primeros generalmente presentan su teoría política al servicio de una teoría moral. De hecho, David Richards, a quien he calificado de moralista, refiere a sus ideas como una teoría política¹⁷. Incluso, al menos como una cuestión de grados, es la política, más que la moral, el enfoque dominante de los teóricos políticos sobre la Constitución.

Mis dos principales ejemplos son John Ely y Richard Epstein. Ely es famoso por interpretar la Constitución en su conjunto y casi todas sus cláusulas al servicio del “fortalecimiento de la representación”¹⁸. Por lo tanto, argumenta que la interpretación constitucional debería promover ese valor político¹⁹. En el fondo es básicamente una teoría moral utilitarista que busca la satisfacción de preferencias;

¹⁴ Ver, por ejemplo, HADLEY ARKES, *Beyond the constitution* 10–11, 16–17 (1990).

¹⁵ Digo esto porque Moore cree que el deber de ayudar es mucho más débil que el deber de no dañar, una opinión que tiene implicaciones libertarias. Ver, por ejemplo, MICHAEL S. MOORE, *Causation and responsibility: an essay in law, morals, and metaphysics* 55–56 (2009).

¹⁶ Véase, por ejemplo, la opinión de Moore sobre la interpretación constitucional en MICHAEL S. MOORE, *Educating oneself in public* 439–42 (2000). La teoría de la interpretación del derecho natural de Moore es compleja porque se da cuenta de que hay un valor moral servido al interpretar los textos legales como comunicaciones ordinarias y, a su vez, son opacas a cualquier valor moral que esas comunicaciones puedan servir o disentir. Sin embargo, compromete esa opacidad y permite cierto ajuste entre tratar el texto como una comunicación ordinaria y como un mero conducto para corregir valores morales. Considero que la relación entre el significado autoral de un texto jurídico y los valores morales correctos a los que dicho texto está destinado a servir presenta un dilema práctico irresoluble. Como he expuesto en varios artículos, existe una «brecha» inevitable entre el contenido de las normas jurídicas moralmente deseables y la deseabilidad moral de las acciones o abstenciones que ordenan dichas normas. Esta brecha se elabora y explora más a fondo en LARRY ALEXANDER & EMILY SHERWIN, *The rule of rules* 53–95 (2001). El abordaje de Moore o bien no elimina esa laguna o bien colapsa los textos jurídicos en la moral, incluida la Constitución, haciendo así que los propios textos sean irrelevantes.

¹⁷ Ver *supra* el texto de la nota al pie 4.

¹⁸ Ver JOHN HART ELY, *Democracy and distrust* (1980).

¹⁹ Ver *id.*

pero es el valor político del “fortalecimiento de la representación”, no el valor moral del utilitarismo, lo que sostiene constitucionalmente a la teoría de Ely.

Richard Epstein también lee la Constitución a través de un enfoque político. Por ejemplo, en su libro *Takings*, defiende una interpretación muy amplia de la cláusula de expropiación²⁰ para prevenir la búsqueda de rentas que mengüen la riqueza²¹. En otros trabajos sobre el derecho constitucional, la principal preocupación de Epstein es interpretarlo de forma que impida políticas que disminuyan la riqueza²². Aunque las ideas de Epstein serán en general agradables para los libertarios *lockeanos*, su justificación moral última es utilitarista²³. Sin embargo, como en el caso de Ely, es la teoría política de Epstein, y no su teoría de la moral, lo que destaca en su enfoque de la Constitución.

Ely y Epstein arman sus teorías políticas dentro de la Constitución en su conjunto. Otros interpretan ciertas cláusulas desde un enfoque de la teoría política. Por ejemplo, Don Regan interpreta la cláusula del comercio²⁴ como la aplicación de la teoría política de la subsidiariedad, teoría que sostiene que las regulaciones deben ser aplicadas por el nivel más bajo de gobierno, de modo que pueda evitar el *efecto derrame* y los problemas de la acción colectiva²⁵. Robert Cooter y Neil Siegel han defendido un enfoque similar de dicha cláusula²⁶. Ni Regan, Cooter o Siegel afirman que su principio político sea la forma en que los autores de la cláusula de comercio pretendían que se interpretara dicha cláusula²⁷. Más bien, al igual que Ely y Epstein, defienden su teoría política en la lectura de la cláusula en lugar de extraerla de ella.

* * * * *

En este punto, para que no se me malinterprete, debo subrayar que ninguno de los moralistas o teóricos políticos mencionados ignora por completo la Constitución real. Tampoco admitirían que no la interpretan. Más bien, afirmarían que lo que

²⁰ Constitución de los Estados Unidos, Quinta Enmienda.

²¹ Ver RICHARD A. EPSTEIN, *Takings: private property and the power of eminent domain* (1985) respecto del conflicto entre el derecho privado de los ciudadanos a poseer y el poder del Estado para apropiarse de la propiedad privada de forma coercitiva.

²² Este es un tema común de Epstein desde su libro de 1985 sobre recaudaciones hasta su libro más reciente, RICHARD A. EPSTEIN, *The classical liberal constitution: the uncertain quest for limited government* (2014).

²³ Ver EPSTEIN, *supra* nota al pie 21, en 5.

²⁴ Constitución de los Estados Unidos, artículo I, Octava Sección, cláusula 3.

²⁵ DONALD H. REGAN, *How To Think About the Federal Commerce Power and Incidentally Rewrite United States v. Lopez*, 94 mich. l. rev. 554, 555–58 (1995).

²⁶ ROBERT D. COOTER & NEIL S. SIEGEL, *Collective Action Federalism: A General Theory of Article I, Section 8*, 63 stan. l. rev. 115, 117–19 (2010).

²⁷ Ver COOTER & SIEGEL, *supra* nota al pie 26, en 120; REGAN, *supra* nota al pie 25, en 556–57.

subyace a la Constitución, o al menos, a algunas de sus cláusulas, son ciertas verdades morales o políticas, y que la Constitución fue un intento de seres humanos falibles de realizar estas verdades. Ellos están -así lo dirían- interpretando fielmente la Constitución al recurrir a las intenciones más abstractas de los autores de la Constitución, en lugar de considerar aquellas más concretas. Están interpretando la voluntad de los autores en un nivel de generalidad muy alto, lo que les permite traducir dicha voluntad a la luz de lo que es moral, político o fácticamente cierto.

Debe notarse, sin embargo, que bajo el nivel más alto de generalidad, los redactores de una Constitución quieren hacer lo que es correcto, justo y más conducente a un buen gobierno. Por lo tanto, sus intérpretes, ya sean moralistas o teóricos políticos, siempre pueden afirmar que, al aplicar sus teorías morales o políticas favoritas, están haciendo lo que los redactores querían que ellos hicieran por mucho que las teorías de los intérpretes estén en desacuerdo con las creencias y las intenciones más específicas de los autores de la Constitución. La fidelidad constitucional en la interpretación resulta fácil -diría que demasiado fácil- si se asciende al nivel más alto de generalidad sobre la voluntad de sus autores.

III. Los teóricos de la juristocracia y de la “Constitución viviente”

12

La siguiente categoría de teóricos la componen aquellos que entienden que la toma de decisiones por parte del Poder Judicial es un aspecto central del derecho constitucional. El académico contemporáneo más notable que defiende la idea de juristocracia constitucional es David Strauss. Él es partidario del “constitucionalismo vivo”, en el que los jueces desarrollan la doctrina constitucional al estilo del *common law*²⁸. La Constitución en sí -o, mejor dicho, el texto de la Constitución- está única y plenamente presente al principio del desarrollo del derecho constitucional²⁹. A partir de ahí, el desarrollo se desenvuelve del mismo modo en el que lo hace el *common law*, a través de precedentes que se construyen sobre la base de otros precedentes³⁰. Así, el derecho constitucional se convierte en un derecho creado por los jueces, no en un derecho creado por quienes, conforme los Archivos Nacionales, redactaron y ratificaron la Constitución³¹.

El constitucionalismo construido con base en derecho consuetudinario de Strauss cuenta sin duda con numerosos defensores en la academia y quienes trabajan en los tribunales, incluida la Corte Suprema³². En particular, Strauss niega que

²⁸ Ver, en general, DAVID A. STRAUSS, *The living constitution* (2010). Desarrolla y aplica el concepto de constitución viva a través de la evolución del common law.

²⁹ Ver *id.* en 33.

³⁰ Ver *id.* en 3, 35.

³¹ Ver *id.* en 34-35.

³² Ver, por ejemplo, *id.* en 53-54 en el que se analiza la aplicación del constitucionalismo del common

este enfoque deje de lado la Constitución. Al igual que algunos de los moralistas y teóricos políticos que encuentran justificaciones para imponer sus valores en nombre del derecho constitucional, Strauss sostiene que el constitucionalismo del *common law* era realmente lo que los redactores de la Constitución tenían en mente en ciertas cláusulas como aquellas referidas a la igualdad de protección, el debido proceso y la libertad de expresión³³. Los redactores esperaban que los jueces se mantuvieran al día con cada tiempo y sus demandas, en lugar de preservar la sustancia de sus anotaciones sobre las distintas cláusulas constitucionales, o, por lo menos, eso es lo que sostiene Strauss³⁴. Lo que diferencia la visión de Strauss respecto de la interpretación que hacen los moralistas y teóricos políticos de estas cláusulas, es que Strauss no las ve como una invitación a hacer teoría moral o política -aunque, por supuesto, en cierto nivel, Strauss está haciendo eso mismo-.

Un punto de vista relacionado, pero que hace menos hincapié en la labor de los jueces, es el “*originalismo vivo*” de Jack Balkin³⁵. Él afirma que su punto de vista es originalista porque cree que es fiel al significado original de las disposiciones de la Constitución³⁶. Sin embargo, algunas de esas disposiciones -muy parecidas a las que invoca Strauss- enuncian “principios” amplios, cuyo contenido es discutido y discutible³⁷. Al igual que Strauss, Balkin no afirma que estos principios deban, por su significado propio, ser elaborados de conformidad con sus opiniones morales³⁸. A diferencia de Strauss, sin embargo, Balkin no hace de los jueces los actores centrales en el drama de la elaboración de estos principios³⁹. Por el contrario, considera que los movimientos sociales y las contiendas políticas son los crisoles en los que se desarrollan sus significados⁴⁰. Los tribunales luego ratifican estos significados en sus decisiones constitucionales⁴¹. Pero son los movimientos sociales y la política los principales motores del desarrollo constitucional, no así los jueces⁴².

law por parte de la Corte Suprema de Justicia en el contexto de la Primera Enmienda; ver también, ABIGAIL R. MONCRIEFF, *Common-law constitutionalism, the constitutional common law, and the validity of the individual mandate*, 92 B.U. L. REV. 1245, 1246 (2012), criticando la filosofía constitucional de Strauss.

³³ Ver STRAUSS, *supra* nota al pie 28, en 112–14.

³⁴ Ver *id.*

³⁵ Ver, en general, JACK M. BALKIN, *Living originalism* (2011). Presenta que la opinión originalista de Balkin sobre la Constitución y la flexibilidad para adaptarse a valores públicos cambiantes son enunciados compatibles.

³⁶ *Id.* en 3.

³⁷ *Id.* en 232.

³⁸ Ver *id.* en 256.

³⁹ Ver *id.* en 279.

⁴⁰ Ver *id.* en 81-89.

⁴¹ Ver *id.* en 89-93.

⁴² Ver, en general, BRUCE ACKERMAN, *We the people: foundations* (1991). Balkin distingue su constitucionalismo vivo de la teoría del cambio constitucional de Bruce Ackerman. Balkin ve correctamente la noción de momentos constitucionales de Ackerman como un relato de

IV. Los teóricos de la práctica

El siguiente grupo de constitucionalistas ve al derecho constitucional como aquello que hacemos cuando hacemos derecho constitucional. En otras palabras, en su opinión, el derecho constitucional es totalmente autorreferencial. El defensor más influyente de este punto de vista es Philip Bobbitt⁴³. Él afirma que existen seis modalidades de argumentación constitucional -histórica, textual, estructural, prudencial, doctrinal y ética- y que, aunque se solapen, son distintas⁴⁴. Ninguna puede reducirse a otra⁴⁵. Además, ellas no están relacionadas jerárquicamente, aunque algunas modalidades resulten superiores léxicamente a otras⁴⁶.

He argumentado en otro lugar que el entendimiento del derecho constitucional como modalidades (técnicas interpretativas) es un nido de confusiones⁴⁷. Como he dicho, el hecho de que los juristas defiendan un resultado específico invocando cualquier modalidad que favorezca su posición no significa que la Constitución no sea más que la práctica argumentativa de invocar estas técnicas⁴⁸. Cuando los abogados invocan la historia, el texto, la estructura, la prudencia, la doctrina o la ética, están afirmando que el factor que invocan, y no su práctica de invocarlo, es el derecho⁴⁹.

En segundo lugar, la Constitución no puede ser simultáneamente todas estas modalidades⁵⁰. De hecho, a menos que las modalidades estuvieran ordenadas léxicamente, de modo que, por ejemplo, el significado original triunfe sobre el precedente (doctrina) o viceversa, la Constitución sólo podría ser una de ellas⁵¹. Ello se debe a que éstas no pueden “combinarse” coherentemente⁵². Tratar de combinar el sentido original con el precedente y con la justicia sería, como he dicho, como combinar *Pi*, verde y la Guerra Civil⁵³.

Dada la falta de un orden léxico entre las modalidades y su incapacidad para

revoluciones constitucionales y no como un relato de significados cambiantes de una Constitución sin modificaciones. Ver BALKIN, *supra* nota al pie 35, en 309–312.

⁴³ Bobbitt desarrolla su punto de vista en dos libros: PHILIP BOBBITT, *Constitutional fate: theory of the constitution* (1982) [en adelante, BOBBITT, *Constitutional fate*]; PHILIP BOBBITT, *Constitutional interpretation* (1991) [en adelante, BOBBITT, *Constitutional interpretation*].

⁴⁴ Ver BOBBITT, *Constitutional fate*, *supra* nota al pie 43, en 8; BOBBITT, *Constitutional interpretation*, *supra* nota al pie 43, en 12–22.

⁴⁵ Ver BOBBITT, *Constitutional interpretation*, *supra* nota al pie 43, en 22.

⁴⁶ Ver BOBBITT, *Constitutional fate*, *supra* nota al pie 43, en 8.

⁴⁷ Ver LARRY ALEXANDER, *Telepathic law*, 27 const. comment. 139, 146 (2010). Este párrafo y los tres siguientes son un parafraseo de las páginas 146 y 147 de *Telepathic Law*.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

ser combinadas, cuando dos abogados invocan modalidades diferentes en un caso constitucional, o bien están argumentando entre ellos, o bien piden al tribunal que elija su modalidad preferida, al menos en este caso⁵⁴. Digo “al menos para este caso” porque se supone que las modalidades persisten aunque no hayan prevalecido en varios casos⁵⁵.

En realidad, cada modalidad representa una Constitución diferente⁵⁶. En la modalidad histórica, la Constitución es un conjunto de normas pretendidas por los autores de la Constitución histórica⁵⁷. En la modalidad doctrinal, la Constitución es un conjunto de normas establecidas por los precedentes de un Tribunal Supremo⁵⁸. En la modalidad ética, la Constitución es el conjunto de normas que el “intérprete” considera moralmente superior⁵⁹. Como estas modalidades no pueden combinarse de forma significativa y resulta poco creíble que cuando los abogados emplean una modalidad estén pidiendo al tribunal que elija una Constitución sólo para ese caso, la idea de las modalidades en la teoría constitucional se derrumba⁶⁰.

La otra teoría de la práctica que resulta de interés es la de Mitch Berman. Él sostiene que el derecho en general, incluido el derecho constitucional, es una “práctica argumentativa”⁶¹. Berman afirma que las decisiones jurídicas pueden basarse, no en la verdad sobre alguna norma preexistente ni en una mera elección, sino en el mejor argumento⁶². Dado que los argumentos jurídicos invocan consideraciones muy dispares –consideraciones que son incommensurables– las decisiones que responden a tales argumentos no pueden responder a alguna verdad metafísica, sino a un juicio de valor sobre qué argumentos tienen más peso o son

⁵⁴ *Id.* en 146-147.

⁵⁵ *Id.* en 147.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* Como afirmé en *Telepathic Law*, mi sospecha es que la aparición de varias modalidades se produce por las siguientes razones. En primer lugar, el significado original y las interpretaciones judiciales erróneas de ese significado original que se plasman en los precedentes crean dos fuentes contradictorias de autoridad jurídica. En segundo lugar, las consideraciones de justicia no pueden, como he dicho, combinarse con el significado original o el precedente. La justicia tampoco puede competir con el significado original, dado que el propósito de tener textos legales y tribunales con autoridad es establecer con autoridad lo que la justicia requiere. A lo sumo, las consideraciones de justicia pueden invocarse cuando es necesario dar contenido a una norma autorizada, o invocarse como prueba del significado original. Creo que se puede demostrar que todas las demás modalidades mencionadas por Bobbitt y otros son derivadas del significado original o del precedente.

⁶¹ MITCHELL N. BERMAN, *Constitutional theory and the rule of recognition: toward a fourth theory of law*, en *The rule of recognition and the u.s. constitution* 269, 285 (MATTHEW D. ADLER & KENNETH EINAR HIMMA EDs., 2009).

⁶² Ver *id.* en 288.

más razonables que otros⁶³. Y esa valoración nace de la participación en la práctica de la argumentación jurídica.

Sin una explicación ontológica de la Constitución y sus normas, una que sea externa a la práctica de la argumentación jurídica, ¿cómo podemos saber si un argumento constitucional tiene peso o es razonable? En otro artículo, Berman sostiene que lo hacemos mediante un método de “equilibrio reflexivo” en el que consultamos nuestras intuiciones constitucionales, así como el texto de la Constitución, los precedentes, etc.⁶⁴.

A modo de ejemplo sobre cómo podría funcionar su metodología, Berman presenta la controversia respecto de si John McCain era elegible o no para ser Presidente de los Estados Unidos en tanto la Constitución exige como requisito que el Presidente sea un ciudadano por nacimiento⁶⁵. McCain había nacido de padres estadounidenses en la zona del Canal de Panamá, en ese entonces territorio estadounidense⁶⁶. El significado de ciudadano por nacimiento y la eventual inclusión de ciudadanos como McCain no habían sido resueltos por una autoridad competente⁶⁷. Berman sostiene que, a pesar de ello, la mayoría de los juristas tenían la firme “convicción” de que McCain era constitucionalmente elegible, y que su convicción no dependía del significado original de la cláusula⁶⁸. Esa convicción, afirma Berman, es un marco de referencia para el equilibrio reflexivo, y puede prevalecer sobre otros, como el significado original de la norma y los precedentes⁶⁹.

Confieso que no entiendo la noción de Berman acerca de las intuiciones o convicciones sobre lo que exige una norma, incluida la Constitución. Por supuesto, tengo convicciones sobre lo que requerirían las buenas leyes. Mi familiaridad con la historia y la cultura me permiten predecir lo que probablemente contenga la Constitución de un determinado país. Pero en asuntos como la requisito de ser ciudadano por nacimiento, aunque tenga una convicción sobre cuál de sus posibles significados sería el mejor en términos políticos y una predicción sobre lo que los autores de la Constitución probablemente quisieron decir con ello, seguramente no consideraría que el primero fuese el significado de la cláusula constitucional, ni el segundo fuese a resistir fuertes pruebas en contrario.

⁶³ Ver *id.* en 288-289.

⁶⁴ MITCHELL N. BERMAN, *Reflective equilibrium and constitutional method: lessons from john mccain and the natural-born citizenship clause*, en *Challenge of originalism: theories of constitutional interpretation* 246, 258–260 (GRANT HUSCROFT & BRADLEY W. MILLER EDs., 2011).

⁶⁵ *Id.* en 261-273. La cláusula constitucional sobre el requisito de la ciudadanía por nacimiento establece: “No será elegible para el cargo de presidente quien no sea ciudadano por nacimiento... de los Estados Unidos”. Constitución de los Estados Unidos, artículo II, Primera Sección, cláusula 5.

⁶⁶ BERMAN, *supra* nota al pie 64, en 261.

⁶⁷ *Id.* en 262.

⁶⁸ *Id.* en 248.

⁶⁹ Ver *id.* en 267-269, 273-274.

Así es como expuse mi objeción al enfoque de equilibrio reflexivo de Berman en artículos anteriores:

Respecto del equilibrio reflexivo, con el que estoy de acuerdo en que es una metodología apropiada para determinar nuestras opiniones morales, es -a su vez- completamente inapropiada cuando se trata de determinar el contenido de cosas o hechos específicos. ¿Los redactores de la Constitución pusieron un lenguaje específico relativo a la frase “ciudadanos por nacimiento” en el artículo II? Esa pregunta, cuya respuesta es sí, no se resuelve mediante el equilibrio reflexivo, así como tampoco resuelve la pregunta de cuántos metros mide el monte Cook en Nueva Zelanda. Si el equilibrio reflexivo se aplicara a estas cuestiones entonces deberíamos lograr cierta coherencia entre todas nuestras creencias empíricas -nuestras convicciones sobre si existe una cláusula de ciudadano por nacimiento en la Constitución y la altura del monte Cook deben coincidir con nuestras creencias sobre la fiabilidad de nuestra visión, de los aparatos de medición de los geógrafos, de los que imprimen materiales jurídicos, de las interpretaciones de las encyclopedias sobre otros informes, etc.- entonces la objeción al equilibrio reflexivo, como dice Berman, se convierte en una negación de que tengamos intuiciones jurídicas constitucionales específicas para cada caso o, en general, intuiciones legales del tipo en el que se basa Berman.

Berman afirma que, sin conocer el significado previsto en el artículo II para el concepto de “ciudadano por nacimiento”, podemos tener intuiciones seguras de que John McCain era constitucionalmente elegible para ser Presidente, a pesar de haber nacido en la zona del Canal de Panamá, siendo hijo de ciudadanos estadounidenses, y de que el Presidente Warren Harding era igualmente elegible en términos constitucionales, a pesar de haber nacido por cesárea. Niego, sin embargo, que uno tenga o pueda tener intuiciones constitucionales o legales que preexistan y proporcionen la materia prima para construir nuestra teoría de la interpretación legal. Si eliminamos los textos de la norma postulada, que, como he dicho, no es otra cosa que los medios por los que se transmiten los significados pretendidos por las autoridades competentes, no tenemos ninguna intuición legal específica para cada caso. Por supuesto, podríamos tener una idea general de cómo serían las leyes razonables y justas, y podríamos suponer que la mayoría de las leyes -al menos en las democracias occidentales, no en Corea del Norte- serían relativamente razonables y justas. Por lo tanto, a falta de los textos, podríamos tener conjeturas decentes sobre el contenido general de las leyes. Pero dudo que tengamos intuiciones específicas sobre casos concretos acerca de si los “títulos nobiliarios” están constitucionalmente prohibidos; si los Estados pueden emitir “cartas de marquesina y represalia”; la fecha en que deben celebrarse las elecciones presidenciales; si un Estado puede dividirse en dos o más; cuándo expiran los nombramientos por receso; o innumerables

otras cuestiones que abordan los autores de una Constitución; mucho menos respecto de la duración del plazo de prescripción del fraude en Alabama⁷⁰. Mi corazonada es que el argumento de las intuiciones jurídicas adquiere toda la fuerza que tiene en los casos en los que el significado original de una norma no está claro y en los que pensamos que las consideraciones políticas o de justicia favorecen fuertemente un significado posible por sobre otro. Eso explica la fuerza que pueden tener los ejemplos de Berman. Pero, por otro lado, cuando se atribuye erróneamente un significado original que se considera como neutro o indeseable, el argumento de la “intuición legal” no tiene valor. La mayoría de la gente, por ejemplo, probablemente desearía que la Decimocuarta Enmienda no hubiera concedido la ciudadanía estadounidense por derecho de nacimiento a los hijos de extranjeros que se encuentran temporal o ilegalmente en el país. Ningún otro país lo hace y no hay buenas razones para ello. Aun así, casi todo el mundo asume y ha asumido durante mucho tiempo que la Decimocuarta Enmienda impone ese resultado. Supongamos ahora que los estudiosos del derecho nos convencen... de que esa interpretación es errónea... ¿Querríamos aún sostener que la nueva interpretación no era recogida por la norma? Creo que no⁷¹.

18

Permítanme concluir esta sección con un veredicto final respecto de la idea que entiende al derecho constitucional como práctica argumentativa del que Bobbitt y Berman son principales defensores. Encuentro a esta postura como profundamente incoherente. O nuestros argumentos sobre la Constitución tienen un punto de referencia externo, o no lo tienen. En este último caso, si son autorreferenciales, entonces se socavan a sí mismos. Por lo que no podemos discutir sensatamente sobre si estamos discutiendo.

La idea de que la Constitución es una práctica argumentativa representa un error de categoría⁷². Sustituye un punto de vista externo que podría tener un observador de los argumentos constitucionales -a saber, que el derecho constitucional parece ser una serie de argumentos interminables- por el punto de vista interno de

⁷⁰ LARRY ALEXANDER, *Simple-Minded Originalism*, en *The challenge of originalism: theories of constitutional interpretation*, supra nota al pie 64, en 87, 97– 98. El equilibrio reflexivo en epistemología moral no impone restricciones *a priori* sobre nuestra capacidad para modificar intuiciones específicas de cada caso a la luz de principios más generales y viceversa. En el razonamiento jurídico, sin embargo, algunos datos -textos específicos- son inalterables. El equilibrio reflexivo no puede operar como lo hace en el razonamiento moral y, por tanto, las teorías de la práctica no pueden apropiarse de sus credenciales epistemológicas en su nombre. Ver JEREMY WALDRON, *Do Judges Reason Morally?*, en *Expounding the constitution: essays in constitutional theory* 38, 52–53 (GRANT HUSCROFT ED., 2008).

⁷¹ ALEXANDER, *supra* nota al pie 47, en 149–50.

⁷² ALEXANDER, *supra* nota al pie 70, en 95.

quienes participan en los argumentos⁷³. Los argumentos sobre el significado de la Constitución no demuestran que el significado sea en sí mismo una práctica argumentativa, del mismo modo que los argumentos entre físicos sobre el número de dimensiones del universo o la naturaleza de las partículas elementales no demuestran que las dimensiones del universo y la naturaleza de las partículas elementales sean en sí mismas prácticas argumentativas⁷⁴. Desde el punto de vista interno de los participantes en la práctica argumentativa constitucional, la Constitución y su significado son externos a sus argumentos: son aquello sobre lo que versan dichos argumentos⁷⁵.

V. Los anticonstitucionalistas

He catalogado al siguiente grupo de teóricos constitucionalistas como los “anticonstitucionalistas” porque desean degradar el estatus y la importancia de la Constitución. Son particularmente hostiles a la revisión judicial y especialmente a la opinión de supremacía judicial del caso *Cooper v. Aaron*⁷⁶.

Mark Tushnet pertenece a esta categoría. En 1999 publicó *Taking the Constitution Away from the Courts*, cuyas tesis principales son el rechazo de la supremacía judicial y la defensa de la Constitución “delgada” (thin) en lugar de la Constitución “gruesa” (thick)⁷⁷. Esta última es la Constitución real en todos sus detalles⁷⁸. La primera consiste en principios básicos, como la igualdad, la libertad de expresión y la libertad⁷⁹. Tushnet sostiene que la supremacía judicial no es ni necesaria ni deseable en nombre de la Constitución “delgada”⁸⁰. La acción legislativa, que Tushnet denomina como “derecho constitucional populista”, es donde mejor se asegura la Constitución “delgada”⁸¹. Puesto que la acción legislativa no puede atrincherarse contra su eventual revocación por una acción legislativa posterior, la Constitución, según la opinión de Tushnet, sólo resultará ser “ley fundamental” y suprema sobre la ley ordinaria, si acaso, en la mente de los ciudadanos y sus representantes legislativos⁸².

⁷³ Ídem.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ 358 U.S. 1 (1958).

⁷⁷ MARK TUSHNET, *Taking the constitution away from the courts* 7, 9–14 (1999).

⁷⁸ *Id.* en 9.

⁷⁹ *Id.* en 11.

⁸⁰ Ver *id.*

⁸¹ Ver *id.* en 12.

⁸² Ver *id.* en 13-14. Curiosamente, muchos creen que la revisión judicial es necesaria para los asuntos que surgen bajo la Constitución gruesa, especialmente aquellos asuntos que determinan las reglas bajo las que se lleva a cabo la política ordinaria, como la forma en que se elige al Congreso y al Presidente, cómo un proyecto de ley que se convierte en ley, quién puede hacer un tratado o

Otro “*anticonstitucionalista*” es Michael Seidman, colega de Tushnet desde hace mucho tiempo y con quien ha sido coautor de manera ocasional⁸³. El libro de Seidman, *Our Unsettled Constitution*, argumenta en contra de establecer cuestiones fundamentales en una Constitución⁸⁴. El argumento de Seidman es que cualquier acuerdo de este tipo parecerá erróneo para algunas personas en algún momento y cuestionarán su legitimidad, especialmente si la impugnación democrática de ese acuerdo se ve excluida por una revisión judicial robusta como la establecida en el caso *Cooper v. Aaron*⁸⁵. Creo que en un nivel de profundidad mayor, la preocupación de Seidman es una preocupación sobre si, no sólo el derecho constitucional, sino cualquier rama del derecho, puede ser considerada como prescriptiva y vinculante por quienes no están de acuerdo con su contenido, que es el único momento en que la normatividad del derecho importa⁸⁶.

Un destacado y reciente participante en la lista de los “*anticonstitucionalistas*” es Larry Kramer. Él denomina a su postura “constitucionalismo popular” porque, al igual que Tushnet y Seidman, se opone a la supremacía judicial y apoya que se confiera al “pueblo” la autoridad última sobre la interpretación constitucional⁸⁷. Kramer es impreciso sobre la metodología interpretativa que debería ser empleada por “el pueblo”⁸⁸. Sin embargo, tiene claro que el derecho constitucional no es un derecho ordinario de rango superior, algo que la propia Constitución parece implicar⁸⁹. Como él mismo dice:

El derecho constitucional o fundamental subsistió como una modalidad independiente, distinta tanto de la política como del derecho común interpretado y aplicado por los tribunales. Era una categoría especial de derecho. Poseía atributos críticos del derecho ordinario: sus obligaciones debían ser vinculantes, por ejemplo, y su contenido no era una cuestión de mera voluntad o política, sino que reflejaba normas cuyo significado se determinaba mediante argumentos basados en precedentes, analogías y principios. Sin embargo, el derecho

nombrar funcionarios ejecutivos, y así sucesivamente. Las grandes disputas sobre estas cuestiones, aunque podrían resolverse satisfactoriamente sin la intervención de los tribunales como árbitros neutrales, podrían no serlo, con la consecuencia de que la política podría derivar hacia la anarquía.

⁸³ Ver, por ejemplo, LOUIS MICHAEL SEIDMAN & MARK V. TUSHNET, *Remnants of belief: contemporary constitutional issues* (1996).

⁸⁴ Ver LOUIS MICHAEL SEIDMAN, *Our unsettled constitution: a new defense of constitutionalism and judicial review* 54–55 (2001).

⁸⁵ Ver *id.* en 55.

⁸⁶ Volveré sobre este tema al final del artículo.

⁸⁷ Ver LARRY D. KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review* 24–25, 28–32 (2004).

⁸⁸ Ver LARRY ALEXANDER & LAWRENCE B. SOLUM, *Popular? Constitutionalism?*, 118.

⁸⁹ Constitución de los Estados Unidos, artículo IV, cláusula 2. Esta Constitución... será la Ley suprema del país.

constitucional también pretendía gobernar al propio soberano, generando así controversias que eran inherentemente asuntos que debían resolverse en un ámbito político. El discurso moderno ha confundido hasta tal punto el significado de “constitución” con el de “derecho” y el de “derecho” con el de “tribunales” que ya no poseemos un lenguaje para describir una categoría distinta de este tipo; la mejor manera de captar su esencia hoy en día puede ser (como ha hecho un destacado historiador) llamarla “político-jurídica”⁹⁰.

Mi último “anticonstitucionalista” es Jeremy Waldron. Al igual que los demás, Waldron se opone ferozmente a una revisión judicial fuerte, pero a diferencia de Kramer, que deposita vagamente la interpretación constitucional en “el pueblo”, Waldron defiende específicamente la supremacía legislativa en el derecho constitucional⁹¹. El valor subyacente que motiva a Waldron es el de la igualdad, lo que para él se extiende a la igualdad de opinión sobre el significado de los principios constitucionales⁹². Lo que une a los *anticonstitucionalistas* es su hostilidad frente a un control jurisdiccional fuerte y el hecho de considerar a la Constitución de 1789 y sus enmiendas como derecho ordinario, apto para el análisis y el oficio jurídico ordinario. Los jueces son expertos en esto último. Sin embargo, si la Constitución no es simplemente derecho ordinario del más alto rango, ni siquiera derecho ordinario en absoluto, entonces su significado no está necesariamente dentro del conocimiento especial de abogados y jueces. En mi opinión, los “*anticonstitucionalistas*” consideran que la Constitución es el nombre que damos al lugar de los enfrentamientos políticos en torno a nuestros ideales más fundamentales, y no un documento jurídico elaborado por personas concretas en un momento determinado.

21

VI. Los originalistas

Mi última categoría de teóricos constitucionales es la de los “*originalistas*”. Estos consideran a la Constitución como un artefacto histórico, un documento jurídico planteado por algunas personas siguiendo ciertos procedimientos en momentos específicos⁹³. Para los originalistas, la Constitución es sólo una *síper ley* promulgada de una manera particular. Aparte de su supremacía sobre el resto del derecho, la

⁹⁰ KRAMER, *supra* nota al pie 87, en 24.

⁹¹ Ver JEREMY WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1353, 1387–88 (2006).

⁹² Ver JEREMY WALDRON, *Precommitment and Disagreement*, en *Constitutionalism: philosophical foundations* 271, 280–81 (LARRY ALEXANDER ed., 1998).

⁹³ Ver, por ejemplo, LARRY ALEXANDER, *The Method of Text and ?: Jack Balkin's Originalism with No Regrets*, 2012 U. ILL. L. REV. 611.

Constitución no es más que derecho común y debe interpretarse como si fuera tal⁹⁴.

Los originalistas se dividen en dos grupos con respecto a cómo debe proceder esa interpretación. Están de acuerdo en que el significado de una disposición constitucional se fija en el momento en que se promulga la disposición y no cambia después. Sin embargo, discrepan sobre cuál es ese significado. Unos pocos, entre los que me incluyo, creen que el significado de una disposición constitucional es el que le dio su autor. La mayoría de los originalistas creen que el significado de una disposición es su “significado público original”⁹⁵. Para abreviar, designaré el primer punto de vista, el que yo sostengo, el punto de vista del significado originalmente pretendido por los autores como “OIM” (*originally-intended meaning*). Designaré el punto de vista del significado público original como “OPM” (*original public meaning*).

Los que pertenecemos al grupo del “OIM” vemos al derecho, incluido el derecho constitucional, como la comunicación de normas elegidas por quienes tienen la autoridad para hacerlo e imponerlas a quienes estarán sujetos a ellas. La intención de los autores en esta comunicación es producir en su audiencia la aceptación del significado correspondiente y pretendido por ellos. La tarea de la audiencia es averiguar el significado pretendido por los autores. Desde este punto de vista, el derecho postulado, incluida la Constitución, no es más que un proceso de comunicación ordinario aplicado a las normas jurídicas.

Ahora bien, la postura del “OIM” debe enfrentarse a dos problemas reales. El primero es que incluso los propios autores pueden no saber si pretendían que su norma cubriera determinadas aplicaciones específicas. Los redactores de la regla “prohibido el paso de vehículos por el parque” podrían responder preguntas como si pretendían que la prohibición abarcara a las bicicletas o si pretendía abarcar a las ambulancias, pero serían incapaces de responder si pretendían prohibir el uso de monopatines. Cuando los propios autores no saben qué significado pretendían, entonces no hay un significado que el público pueda descubrir.

El segundo problema para los defensores del “OIM” que se señala a menudo es el de la autoría colectiva. Cuando las autoridades cuyo significado importa son un grupo surge naturalmente la pregunta de si pueden tener un único significado pretendido. ¿Deben todos los miembros del grupo compartir el mismo significado, o al menos todos los miembros necesarios para la promulgación de la norma?

Fue en gran medida en respuesta a este segundo problema del “OIM” que la mayoría de los originalistas adoptaron la posición del “OPM”⁹⁶. Pues este no se basa en el significado pretendido por un grupo, sino en el significado que un solo individuo -algun miembro representativo o idealizado del público al momento de

⁹⁴ Ver *id.* en 612.

⁹⁵ Ver ALEXANDER, *supra* nota al pie 70, en 89.

⁹⁶ Ver *id.*

la promulgación de la regla en cuestión- entendería que tiene dicha disposición⁹⁷.

Desafortunadamente para los originalistas, si el “OIM” es la fuente de los problemas acerca de la intención de un grupo, el “OPM” es un foco de problemas mucho más formidables. En primer lugar, no hay una manera no arbitraria de determinar o construir el miembro del público cuya interpretación de una disposición constitucional debe ser determinante⁹⁸. He escrito extensamente sobre este problema en otro lugar y por lo tanto seré breve aquí⁹⁹. Como describí el problema en una nota al pie:

... [S]upongamos que pudiéramos preguntar a cada miembro del público en 1791 qué creía él o ella que significaba, digamos, la “libertad de expresión”. Cada miembro del público diferiría, aunque sólo fuera ligeramente, en términos de su facilidad lingüística, su comprensión de los propósitos generales que motivan el lenguaje de la Primera Enmienda, su familiaridad con los debates en el Congreso y en las convenciones estatales de ratificación de la Declaración de Derechos, etc. No existe tal cosa como un “promedio” de lo que los miembros del público creían que quienes la ratificaron entendían por la frase “libertad de expresión”. Tampoco existe una “media” de tales significados. Así que habría que buscar el significado atribuido a la “libertad de expresión” por un miembro “representativo” del público. Pero, ¿qué facilidad lingüística, familiaridad con la actualidad, ubicación geográfica, etc. convierten a alguien en un miembro representativo del público? No veo ninguna forma no arbitraria de elegirlo¹⁰⁰.

23

Incluso si pudiéramos, en contra de lo dicho, construir de forma no arbitraria el miembro del público cuya interpretación debe ser autorizada en virtud del “OPM” -la llamaré Mary-, ¿por qué debería importarnos cómo entendía Mary el significado de una regla? Después de todo, la propia Mary no estaría buscando el “OPM” -el significado para ella- sino que presumiblemente estaría buscando el “OIM”. Además, para que haya una diferencia entre el “OIM” y el “OPM”, Mary tendrá que haber entendido mal, en ciertas situaciones, el “OIM”. Entonces, ¿por qué deberíamos seguir la conclusión errónea de Mary sobre el “OIM” en lugar de nuestra propia conclusión diferente y, por lo que sabemos, correcta sobre el “OIM”? Los defensores del “OPM” nunca han podido responder esta pregunta.

Una preocupación que he oído de los defensores del “OPM” es que los autores reales podrían haber tenido significados secretos que diferirían del significado que

⁹⁷ Ver *id.*

⁹⁸ Ver *id.* en 89-90.

⁹⁹ Ver, por ejemplo, LARRY ALEXANDER & SAIKRISHNA PRAKASH, “Is That English You’re Speaking?” *Why Intention Free Interpretation is an Impossibility*, 41 SAN DIEGO L. REV. 967, 976 (2004).

¹⁰⁰ Ver ALEXANDER, *supra* nota al pie 70, en 89 No. 6.

esperaban que su audiencia recibiera¹⁰¹. Pero esta preocupación es completamente errónea. El significado pretendido en una comunicación no es más que la recepción que el orador pretende en su audiencia. No se puede tener la intención de comunicar el significado X y pretender que el público lo asimile con el significado Y.

La segunda preocupación que he oído es que, en algún punto, es injusto que la gente se rija por normas cuyo significado real sólo se ponga de manifiesto más adelante en el tiempo. De nuevo, esta preocupación es errónea. Como he dicho en otro lugar:

... [S]upongamos que los autores de la Constitución al decir A querían decir X, pero el hipotético miembro contemporáneo del público había pensado que querían decir Y. Sólo más tarde llegamos a creer que con A, querían, en realidad, decir X. ¿En el ínterin se trató injustamente al público al suponer Y en lugar de X? Es difícil ver cómo. Obviamente, si el hipotético miembro del público estuviera ratificando la Constitución, el significado que asumiera sería importante para él. Pero si asumiera que es Y, sería Y, porque como persona que ratificó el documento, es el autor y pretende que Y sea el significado. Si no es una de las personas que firmó el documento, entonces tiene que demostrar que se ha visto perjudicado de algún modo por creer erróneamente que los autores reales querían decir Y, en lugar de X. Así como las interpretaciones erróneas -especialmente las autorizadas, como las decisiones del Tribunal Supremo- pueden inducir a una confianza perjudicial, también pueden hacerlo las interpretaciones erróneas del "OPM". La confianza perjudicial en interpretaciones erróneas es un problema, pero no se resuelve negando que las interpretaciones erróneas sean erróneas¹⁰².

24

El "OPM" tampoco puede evitar el problema de la autoría colectiva, propio del "OIM", cuya evasión -se suponía- era uno de sus principales atractivos. Supongamos que una disposición carece de un único significado pretendido por sus autores. Más bien, existen significados contradictorios dentro del cuerpo autoral. De ser así, Mary, miembro hipotética del público contemporáneo cuya interpretación se supone que es autorizada por el "OPM", sería incapaz de interpretar la disposición. Recordemos que Mary no puede buscar por sí misma el "OPM". Más bien, debe buscar el "OIM". Si ésta no le proporciona un significado, no podrá proporcionarlo ella a los demás. En última instancia, el "OPM" es parasitario del "OIM".

¹⁰¹ Ver *id.*

¹⁰² *Id.* en 90-91. Cualquier teoría interpretativa que plantea un significado que sea independiente de las creencias del intérprete sobre ese significado implicará la posibilidad de que el intérprete se equivoque y, por lo tanto, se base en la interpretación errónea que, de ser revocada, le podría significar un costo. Esa puede ser una razón para abstenerse de seguir la interpretación correcta en tanto puede resultar costoso para quienes se basaron en la errónea. Pero no demuestra que la interpretación errónea no lo fuera.

VII. La regla de reconocimiento y las cuestiones más difíciles de la teoría constitucional

Es hora, finalmente, de contemplar estas teorías constitucionales en conflicto desde las alturas más olímpicas. Lo primero que hay que señalar es que casi todas estas teorías podrían ser correctas como teoría de nuestro derecho constitucional. Porque el derecho constitucional, como todo el derecho, se basa en lo que nosotros, el pueblo, reconocemos como el fundamento último de la autoridad legal, lo que Hart llama la regla del reconocimiento¹⁰³. Y es posible que la regla del reconocimiento autorice a nuestras instituciones a considerar como ley suprema del país una teoría moral o política particular, el desarrollo del derecho común de la ley fundamental por parte de la Corte Suprema de Justicia, los valores fundamentales respaldados por las fuerzas sociales y políticas, o los significados pretendidos por los autores de la Constitución original y sus enmiendas. Sólo la teoría de la práctica queda descartada por una cuestión lógica.

Pero, entonces, ¿cuál es nuestra regla de reconocimiento? Considero que ésta es una de las dos cuestiones más difíciles que intenta resolver la filosofía jurídica. Pero antes de abordar la primera cuestión, esto es, la regla de reconocimiento, permítanme decir algo sobre la restante. Se trata de la cuestión de cómo es posible que el derecho sea normativo. Esta cuestión tiene una dimensión externa y otra interna. Externamente, el punto es cómo podemos estar obligados a cumplir la ley cuando el cumplimiento entra en conflicto con los resultados de nuestro razonamiento práctico de primer orden. Porque si no podemos, entonces la ley no puede tener importancia normativa, excepto en la medida en que nos lleve a predecir la conducta de los demás¹⁰⁴.

Internamente, la pregunta es qué estamos obligados a hacer cuando las propias instituciones que consideramos legalmente autorizadas se equivocan al interpretar el derecho. ¿Qué pasa si la Corte Suprema interpreta mal la Constitución? Los originalistas conocen este problema como el de los *precedentes no originalistas*. Pero el problema surge en cualquier teoría constitucional que contenga un criterio de corrección en la interpretación constitucional distinto del *ipse dixit* de alguna institución.

Volvamos ahora a la regla de reconocimiento. Para Hart, la regla de reconocimiento es cualquier criterio que los funcionarios acepten como determinante de la validez legal¹⁰⁵. Uno pensaría, sin embargo, que tanto los ciudadanos como los funcionarios tendrían que aceptar esos criterios, de lo contrario los funcionarios no serían nada más

¹⁰³ Ver H.L.A. HART, *The concept of law* 97–99 (1961).

¹⁰⁴ Para ver una opinión que sostiene que el derecho sólo importa de esta manera, LAURENCE CLAUS, *Law's evolution and human understanding* 46–47, 168 (2012).

¹⁰⁵ Ver HART, *supra* nota al pie 103, en 97–98, 113.

que el reflejo de un mandato coercitivo de un hombre armado frente a los ciudadanos¹⁰⁶.

¿Cómo saber entonces qué regla de reconocimiento ha aceptado el pueblo? ¿Ha aceptado, por ejemplo, las desviaciones de la Corte Suprema de Justicia respecto a la Constitución de los originalistas? En general, han aceptado esas desviaciones, incluso las que no les han gustado. Pero, ¿han sido conscientes de que esas desviaciones eran desviaciones?¹⁰⁷ Las afirmaciones, como las de Ackerman, de que la Constitución ha sido modificada al margen del proceso que prescribe para su propia reforma¹⁰⁸, deben basarse en algo más que la mera aquiescencia popular o incluso la aquiescencia sumada a la aprobación por motivos políticos para poder ser reivindicadas. Pero, ¿cómo podemos comprobarlo y descubrir cuál es nuestra regla de reconocimiento? Hasta que no conozcamos nuestra regla de reconocimiento, no podremos conocer el contenido de nuestra Constitución. Pero hasta que no lo sepamos, yo, por mi parte, apuesto por la Constitución de los originalistas.

¹⁰⁶ Al fin y al cabo, Hart consideraba que un defecto de la teoría del derecho de John Austin era admitir que las leyes eran como órdenes del soberano respaldadas por sanciones, en particular, el hecho de que la teoría no pudiera distinguir las leyes de las amenazas de un hombre armado.

¹⁰⁷ Ver LARRY ALEXANDER & FREDERICK SCHAUER, *Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance*, en *The rule of recognition and the U.S. constitution* 175, 189–91.

¹⁰⁸ Ver ACKERMAN, *supra* nota al pie 42, en 41–47; ver también MATTHEW D. ADLER, *Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law?*, 100 NW. U. L. REV. 719, 720–22, 725 (2006); FREDERICK SCHAUER, *Amending the Presuppositions of a Constitution*, en *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment* 145, 145 (SANFORD LEVINSON ed., 1995).

El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal*

Oliver Lepsius**

Resumen

La República de Weimar acogió a cuatro gigantes de la teoría constitucional: Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller y Hans Kelsen. Cada uno de ellos contempló la vinculación entre Estado y Constitución de modo diferente; con la toma del poder por los nazis se cerró el debate entre ellos. El artículo analiza su influencia ulterior en el Derecho constitucional y en la teoría constitucional de Alemania. En los comienzos de la República Federal prevalecieron Schmitt y Smend, y las escuelas que se desarrollaron en torno a ellos influyeron incluso sobre el Tribunal Constitucional Federal. 1968 trajo consigo una recuperación de Heller, mientras que hoy Kelsen domina la escena. ¿Cómo se explican estos cambios? ¿Por qué resulta ahora Kelsen aparentemente más atractivo que Smend o Schmitt, y qué nos dice esto acerca del desarrollo del Derecho constitucional alemán? El artículo de Lepsius intenta responder a estas preguntas y, de este modo, ilumina los principales debates intelectuales del Derecho constitucional alemán entre los años cincuenta y noventa del pasado siglo, así como sus correspondientes presupuestos teóricos.

Palabras clave: Derecho constitucional: Alemania, historia intelectual; Teoría constitucional: Alemania; Estado (doctrina acerca del Estado); Kelsen, Hans; Schmitt, Carl.

* Publicado originalmente bajo el título “Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre”, en Christoph Gusy (ed.), *Weimars lange Schatten – “Weimar” als Argument nach 1945*, Baden-Baden, Nomos, 2003, págs. 354-394 y publicado en español como “El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal Alemana”, en *Historia Constitucional*, n.º 9, 2008, pp. 259-295, con traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Se agradece al autor Dr. Oliver Lepsius, al traductor Dr. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez y al editor Dr. Ignacio Fernández Sarasola por su conformidad con la reproducción del texto publicado en español.

** Agradezco las minuciosas observaciones de Peter Häberle, Hasso Hofmann y Peter Lerche.

Abstract

The Weimar Republic witnessed four giants in constitutional theory: Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller and Hans Kelsen. Each of them saw the nexus of state and constitution differently. Their discussion ended with the Nazi's seizure of power. The article analyzes their enduring influence on German constitutional law and theory. At the beginning of the Federal Republic Schmitt and Smend prevailed and developed schools which influenced even the Federal Constitutional Court. 1968 brought a revival of Heller, and today Kelsen is dominating the scene. What accounts for these shifts? Why is in our days Kelsen apparently more attractive than Smend or Schmitt and what does this tell us about the development of German constitutional law? Lepsius' article tries to answer these questions and sheds a light on the major intellectual discussions and their theoretical underpinnings in German constitutional law from the 1950s to the 1990s.

Key Words: Constitutional Law: Germany, Intellectual History; Constitutional Theory: Germany; State (Intellectual Discourse); Kelsen, Hans; Schmitt, Carl.

I. Introducción

Redescubrir algo presupone haberlo perdido antes. ¿Cómo interpretar “Weimar” en una historia de pérdidas y reencuentros? ¿Qué significa “Weimar” en el ámbito del Derecho político, qué hay tras esa evocación? ¿Cuál es el “argumento jurídico” que cabe reducir a la fórmula abreviada de “Weimar”? Naturalmente, estas preguntas se abordarán a continuación sólo con referencia a un ámbito limitado, el de la ciencia del Derecho político¹.

Tres aspectos pueden ser traídos a colación. En primer lugar, “Weimar” puede ser concebido como símbolo de determinados problemas concretos específicamente vinculados con la República de Weimar, por ejemplo las cuestiones que se plantean en la teoría de la democracia al ser sustituido como fundamento de la soberanía el principio monárquico de la liga de los príncipes alemanes por la soberanía popular, o las cuestiones jurídicas de la defensa frente a los enemigos de la Constitución o del “estado de excepción”, que surgieron a causa de las constantes agresiones políticas que padeció la joven República². “Weimar” sería aquí un argumento referido a ciertos temas, a ciertos contenidos.

En segundo lugar, “Weimar” puede aludir a ciertas personalidades. Es infrecuente que en una época surjan tantas y tan diferenciadas posiciones científicas fundamentales. Y se fijan en el recuerdo, como ocurre tantas veces en la ciencia, más con los nombres de los teóricos que como orientaciones abstractas. Esta personalización de las posiciones metodológicas fundamentales se expresa en el permanente interés por quienes las acuñaron (como ejemplos más célebres pueden servir Heller, Kelsen, Schmitt o Smend).

Finalmente, “Weimar” podría comprenderse como argumento programático. El conflicto de métodos y orientaciones en la doctrina del Derecho político³ se caracterizó, además de por el debate sobre determinados temas o en torno a ciertas propuestas teóricas, también por el hecho de que, con absoluta independencia de las

¹ Cfr. la panorámica desde el Derecho civil que ofrece Joachim Rückert, “Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945”, en K. Acham/K. W. Nörr/B. Schefold (ed.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren*, Stuttgart 1998, págs. 113-165.

² “El rasgo que identifica la República de Weimar es la crisis”, dice Walter Pauly, “Die neue Sachlichkeit der Staatsrechtslehre in der Demokratie”, en W. Pauly (ed.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, ed. por G. Anschütz/R. Thoma, Band I, 1930 (2.^a ed., Tübingen 1998, pág. 3). Cfr. también Bernhard Schlink, “Weimar – von der Krise der Theorie zur Theorie der Krise”, en W. Erbguth (ed.), *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Aufbruch, Gedächtnisschrift Bernd Jeand'Heur*, Berlin 1999, págs. 43-55.

³ Una exposición general en Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914-1945*, Munich 1999, págs. 153-202; Wolfgang März, “Der Richtungs- und Methodenstreit der Staatsrechtslehre”, en K. W. Nörr/B. Schefold/F. Tenbruck (ed.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik*, Stuttgart 1994, págs. 75-133.

concretas circunstancias del momento, los problemas fundamentales del Derecho público resultaban constitutivamente vinculados a una discusión metodológica. Se trataba del cambio de significado de los derechos fundamentales, de la ley o del parlamento provocado por el desplazamiento del principio monárquico como fundamento legitimador en favor de la soberanía popular. Y esas categorías fundamentales fueron discutidas con plena conciencia metodológica en una conexión interdisciplinar, en la cual se configuraba como problema central la posición de la ciencia jurídica por referencia a otras ciencias y a la realidad⁴. “Weimar” alude aquí a un argumento programático, en concreto al tratamiento de las categorías jurídicas fundamentales vinculado a una reflexión metodológica enriquecida interdisciplinariamente.

Las cuestiones de método acostumbran a plantearse al hilo de los grandes temas. La solución de casos concretos se logra por lo común sin prestarles atención. Lo significativo de los debates de Weimar es la relación especial en la que se sitúan las cuestiones metodológicas y los problemas sustantivos: en Weimar no es posible separar éstos de aquéllas. El tratamiento de los problemas concretos es resultado de los conflictos sobre el método y, en sentido inverso, se hace necesario el tratamiento de los presupuestos y de los criterios metodológicos para resolver los problemas. Justamente porque el Derecho constitucional descansaba sobre un nuevo fundamento de legitimidad, porque las categorías del Derecho político se proyectaban sobre un trasfondo político renovado y porque emergía un tiempo de nuevas orientaciones en la filosofía y en la teoría del conocimiento, la relación entre método y objeto hubo de resultar relevante en la República de Weimar. “Weimar” simboliza en el ámbito jurídico la “disputa sobre los universales” de nuestra época.

¿En cuál de estos tres posibles significados del símbolo “Weimar” cabe apreciar su redescubrimiento por la doctrina del Derecho público de la República Federal? ¿Cómo ha permanecido activo “Weimar” en la República Federal?: ¿en los temas y los contenidos, en las personalidades y las teorías, o en el programa?

II. El redescubrimiento de Weimar desde la perspectiva de los temas y los contenidos

Apenas cabe hablar del redescubrimiento de “Weimar” por parte de la ciencia jurídica desde el punto de vista de los temas y los contenidos. En la República Federal, la mayor parte de los temas jurídico-públicos tratados en la República de Weimar o bien habían dejado de ser políticamente actuales, o bien habían sido

⁴ Cfr. sobre esto también Michael Stolleis, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?*, Stuttgart 2001; Friedrich Balke/Benno Wagner (ed.), *Vom Nutzen und Nachteil historischer Vergleiche: der Fall Bonn- Weimar*, Frankfurt 1997.

resueltos normativamente por parte del Consejo Parlamentario que elaboró la Ley Fundamental, de manera que ya no podían ser considerados como específicos “temas de Weimar”. Por ejemplo, desde 1945 quedaba solventada la discusión sobre el poder dictatorial del Presidente del Reich y las competencias en el estado de excepción conforme al art. 48 de la Constitución de Weimar. Otras cuestiones que habían sido debatidas por la doctrina de la República de Weimar quedaron reguladas a nivel constitucional a partir de 1949, por ejemplo el problema de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, del control judicial de constitucionalidad de las leyes o de los límites de la reforma constitucional. Tales temas se convirtieron en problemas de interpretación constitucional de la Ley Fundamental⁵. Para que pueda considerarse aún activo un “tema de Weimar”, éste no ha de referirse a la específica situación constitucional de la República de Weimar, pero tampoco puede haber quedado decidido por la Ley Fundamental. Deben ser asuntos que no cabe aclarar definitivamente mediante el texto normativo. Entre ellos se cuentan la controversia sobre el sentido y valor del parlamentarismo y sobre la comprensión de la representación política, el debate sobre el papel de los partidos, sobre el concepto de ley, así como la pregunta transversal sobre la relación entre la soberanía popular, que mira hacia la teoría del Estado, y el principio democrático, que se orienta hacia el Derecho de la organización estatal⁶. Tales disputas no están temáticamente vinculadas a la situación constitucional de la República de Weimar o de la República Federal, sino que configuran problemas fundamentales “programáticos” en el sentido antes enunciado, pues vinculan constitutivamente contenidos sustantivos con cuestiones metodológicas. En los concretos temas materiales, por tanto, la doctrina iuspublicista de la República Federal no podía proseguir los debates de Weimar: habían quedado sustituidos por la referencia jurídico-constitucional a la Ley Fundamental.

31

III. El redescubrimiento de Weimar en sus protagonistas

También si atendemos a las personalidades, a los grandes protagonistas de Weimar y sus propuestas teóricas, sólo en parte puede hablarse de un redescubrimiento,

⁵ Cfr. Walter Schmidt, "Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland", en D. Simon (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt 1994, págs. 188-258 (188-195, 207 sobre el distanciamiento normativo e intelectual respecto de las soluciones de Weimar); Hasso Hofmann, "Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949", en J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, 1987, § 7.

⁶ Cfr. Michael Hebeisen, *Souveränität in Frage gestellt*, Baden-Baden 1995; Oliver Lepsius, "Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik", en C. Gusy (ed.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 2000, págs. 366-414; una panorámica sobre los demás debates en Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Baden-Baden 1997, págs. 420-455.

porque las posiciones fundamentales de Weimar siempre han permanecido presentes en la República Federal. Se han producido ciertamente diferentes olas de recepción, con cumbres y valles; pero ello no permite hablar de un redescubrimiento. Sin embargo, resulta significativo para el desarrollo y la autopercepción de la doctrina del Derecho público en la República Federal investigar en qué contexto temporal y material se activaron o se relegaron qué teorías de Weimar. Por supuesto, no cabe exponer aquí en toda la amplitud que le confieren la diversidad de las personalidades y la pluralidad de los temas el muy abierto espectro de Weimar y su proyección en los tiempos iniciales de la República Federal. Nos limitaremos a los cuatro principales teóricos: Heller, Kelsen, Schmitt y Smend,⁷ porque sus perspectivas pueden ser generalizadas para representar otras tantas posiciones de principio diferentes. De este modo cabrá interpretar el ciclo de sus teorías en las distintas coyunturas de la República Federal en términos de desplazamiento de los argumentos en la teoría del Estado, lo cual permite extraer conclusiones sobre el camino por el que se ha desarrollado la doctrina y sobre la imagen que tiene de sí misma. El cambiante interés por los teóricos de Weimar sirve en buena medida como indicio del movimiento de posiciones en el ámbito de la teoría del Estado.

1. Cuatro modos diferentes de concebir la relación entre objeto y método

32

¿Cómo reducir las posiciones de nuestros cuatro protagonistas a un “cuadrado mágico”? El pensamiento de Schmitt se refiere al Estado como categoría fundamental del ser y se sirve, como ciencia de referencia, de la filosofía política del existencialismo. Considera por tanto un objeto interdisciplinar (el Estado) con un método no interdisciplinar (la decisión concreta). También la construcción de Hermann Heller se orienta al Estado como objeto interdisciplinar, pero él tiene una concepción interdisciplinar del método (“ciencia de la realidad”) y su concepción del Estado se alinea más bien con el deber ser y resulta menos predeterminada por el ser. Heller y Schmitt comparten la fijación con el Estado como objeto, se diferencian sin embargo en su concepción del Estado determinada por el deber ser o por el ser. Además divergen en su concepción metodológica, que en Heller resulta interdisciplinar y sincrética, mientras que es para Schmitt existencialista y decisionista.

Kelsen tiene una concepción del objeto referida al deber ser, en ese sentido similar a la de Heller, pero no orientada hacia el Estado, sino hacia el Derecho. Al objeto de Kelsen se accede no por métodos interdisciplinares, sino jurídicos. Su concepción del método exclusivamente científico-jurídica es, sin embargo, expresión de un entendimiento de la interdisciplinariidad en régimen de división de trabajo, que debe

⁷ Sobre la canonización de estos cuatro teóricos Peter Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Durham 1997; Christoph Möllers, *Staat als Argument*, Munich 2000.

conducir a una diferenciación metodológica de las ciencias y, de ese modo, respeta a las demás ciencias y sus métodos respectivos, sin integrarlas en el campo del Derecho. Kelsen representa una concepción jurídica del objeto que no es interdisciplinario y una concepción del método que, asumiendo la división de trabajo, bien puede considerarse interdisciplinario. Con referencia a la determinación normativa del objeto aparecen así coincidencias con Heller, que ciertamente se reflejan en los resultados: el Estado en Heller, el Derecho en Kelsen. Por lo que se refiere a la concepción monista del método se advierten coincidencias, sin embargo, de Kelsen con Schmitt.

Más difícil resulta determinar la posición de Rudolf Smend, porque en la teoría de la integración tanto el objeto como el método se desvanecen en procesos y no pueden ser recíprocamente delimitados⁸. Su reflexión se dirige de un lado hacia el Estado como hecho, de otro al Derecho como instrumento normativo de la integración fáctica. La teoría de Smend admite, en cuanto a método y objeto, una especial apertura de interpretaciones: el objeto de conocimiento puede ser tanto fáctico como normativo, y el método para acceder a él puede seguir un procedimiento extrajurídico e interdisciplinario (de las “ciencias del espíritu”) si se orienta hacia el Estado, o ser normativizado cuando se articula la tarea integradora del Derecho. Si se interpreta la teoría de la integración en este último sentido, y por ello no como la desarrolló Smend en 1928, entonces cabe desarrollar, apelando a Smend, una posición dinámica entre objeto y método, hechos y normas, porque los objetos pueden tanto ser interpretados jurídicamente (integración mediante el Derecho constitucional) como también resultar sublimados fácticamente (Constitución como decisión suprapositiva de valor).

Quizá puedan ser reducidas a su esencia estas cuatro diferentes posiciones de principio en los siguientes términos: El objeto de conocimiento para Schmitt es el poder, para Kelsen las normas, para Heller las ideas y para Smend la integración; dicho en otros términos: en Schmitt la sustancia formalizada, en Kelsen normas formalizadas, en Heller normas desformalizadas y en Smend sustancia desformalizada. El método de conocimiento es en Schmitt el decisionismo determinado por el objeto, en Heller el pluralismo orientado hacia el objeto, en Kelsen el normativismo que produce su objeto y en Smend la proceduralización que genera su objeto. En su conjunto, el patrimonio teórico de Weimar proporciona posiciones de principio diferentes que ofrecen un modelo acabado de relaciones entre objeto y método de conocimiento en términos que resultan ejemplares. Tal modelo sigue siendo válido como referencia, no cabe volver a descubrir las correspondientes posiciones.

⁸ Sobre la concepción del método y del Estado de Smend Manfred Mols, *Allgemeine Staatslehre oder politische Theorie?*, Berlín 1969, págs. 142-145, 171-191; del mismo autor “*Integrationslehre und politische Theorie*”, *AöR* 94 (1969), págs. 513-553; Stefan Korioth, *Integration und Bundesstaat*, Berlín 1990, págs. 210 ss.; Oliver Lepsius, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, Munich 1994, págs. 195 ss., 354 ss.; Möllers, *Staat* (cit. en n. 7), págs. 100 ss.

2. Ciclos de coyuntura de estas cuatro posiciones fundamentales

En primer lugar, es preciso señalar que los cuatro grandes teóricos de Weimar ya no intervinieron personalmente en los debates habidos en la República Federal. Sus teorías se habían desarrollado en los años veinte y quedaron concluidas con el final de la República de Weimar. Heller murió en España, forzado a la emigración, a finales de 1933. Kelsen, también obligado a huir, emigró a los Estados Unidos de América, donde murió en 1973. Schmitt no recuperó la cátedra tras 1945 ni fue admitido como miembro de la refundada Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político, y vivió retirado (aunque muy visitado) como estudioso particular en su tierra natal de Sauerland, por más que ocasionalmente tomara posición, por ejemplo con su crítica a la “tiranía de los valores”, en debates jurídicos de actualidad⁹. También Smend se retiró en Göttingen, publicó en adelante casi sólo en materia de Derecho eclesiástico y apenas volvió a aparecer en las jornadas de la Asociación, aunque se le confió la conferencia conmemorativa del décimo aniversario del Tribunal Constitucional Federal¹⁰. El desarrollo de las teorías de Weimar estaba concluido¹¹. Los teóricos de Weimar ya no discutían en la República Federal. La aplicación y el desarrollo de sus respectivas posiciones metodológicas fundamentales en los contextos actuales quedaron confiados a una nueva generación. En esa medida no cabe hablar de una pérdida ni de un redescubrimiento de “Weimar” desde la perspectiva de las personalidades implicadas.

Por lo demás, la estructura normativa de la Ley Fundamental influyó sobre el interés por determinados pensadores de Weimar. Con la introducción de la garantía general de los derechos fundamentales (arts. 1.3 y 19.4 de la Ley Fundamental) y el establecimiento de límites a la reforma constitucional (art. 97.3), la Ley Fundamental había incorporado principios suprapositivos. Sobre ellos se habían pronunciado decisivamente Schmitt y Smend en tiempos de la República de Weimar. Ahora, estos temas se convierten en problemas prácticos de interpretación constitucional¹², lo que de un lado sugiere ecos teóricos de Schmitt y Smend. Por otra parte, el recurso

⁹ Carl Schmitt, *Die Tyrannie der Werte – Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*, Stuttgart 1960.

¹⁰ Rudolf Smend, “Das Bundesverfassungsgericht”, en la recopilación de sus escritos *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3.^a ed., Berlín 1994, págs. 581-593 (1962). Especial referencia ha de hacerse a dos artículos de Smend publicados posteriormente en sendos diccionarios: “Integrationslehre”, en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Band 5, 1956, columnas 299-302; e “Integration”, en *Evangelisches Staatslexikon*, 1966, columnas 803-805; 3.^a ed., 1987, columnas 1354-1358; ambos recogidos también en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, págs. 475 ss., 482 ss.

¹¹ Cfr. sobre la situación en la posguerra también Dian Schebold, “Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn”, en *Erkenntnisgewinne* (cit. en n. 1), págs. 567- 599 (581 ss.).

¹² Möllers, *Staat als Argument* (cit. en n. 7), págs. 125 s.

a Schmitt y Smend ya no era necesario, justamente a causa de la positivación en la Ley Fundamental. El recurso inmediato a los contenidos materiales de la propia Ley Fundamental había de convertir en prescindible el recurso argumental a los materiales proporcionados por las teorías constitucionales de Weimar. ¿Cómo se presentan, en definitiva, los ciclos de recepción y las oscilaciones coyunturales? ¿Expresan también desplazamientos metodológicos y temáticos de la discusión en la doctrina jurídico-pública de la República Federal?

a) Carl Schmitt

Schmitt estuvo presente en los momentos iniciales de la República Federal en buena medida a través de sus discípulos. Los círculos han sido bien investigados¹³. Su influencia específicamente jurídica resulta con frecuencia sobrevalorada¹⁴. Ciertamente se encuentran en su escuela nombres ilustres¹⁵. Pero relativamente pronto tuvo lugar la conversión de Schmitt en un pensador político, con simultánea reducción de su pensamiento jurídico a episodio histórico: la tesis doctoral de Hasso Hofmann lo anunció en 1964¹⁶. Entre los juristas, la influencia de Schmitt retrocedió de modo constante¹⁷ y a finales de los años ochenta se abrió camino la conclusión de que Schmitt ya no tenía nada que aportar a la actualidad desde el punto de vista jurídico¹⁸. Simultáneamente, sin embargo, se observa también un rápido crecimiento del interés de la ciencia política y la filosofía por Schmitt: mientras que entre los juristas se le somete a juicio histórico y se le excluye de la discusión actual, en otras disciplinas es canonizado y estilizado como un clásico influyente¹⁹. La reducción

35

¹³ Dirk van Laak, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*, Berlin 1993.

¹⁴ Cfr. Reinhard Mußgnug, "Carl Schmitts verfassungurechtliches Werk und sein Fortwirken im Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland", en H. Quaritsch (ed.), *Complexio Oppitorum*, Berlín 1988, págs. 517-528 (517): como filósofo del Estado y teórico de la política, Schmitt estaría en boca de todos; "del jurista que él también era (y en absoluto de modo sólo accesorio) se habla ahora sólo ocasionalmente".

¹⁵ Entre ellos Ernst Forsthoff, Ernst Rudolf Huber, Hans Peter Ipsen, Josef H. Kaiser, Helmut Quaritsch, Werner Weber. Ejerció también influencia intelectual, entre otros, sobre Ernst- Wolfgang Böckenförde y Josef Isensee.

¹⁶ Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, Neuwied 1964, ya en su 4.^a ed., 2002.

¹⁷ Como interesante simbiosis de Schmitt y Smend en esa época puede leerse la *Allgemeine Staatslehre* de Herbert Krüger, Stuttgart 1966. Las coincidencias estatalistas de ambos autores son vinculadas con los desarrollos de la teoría de la integración.

¹⁸ Cfr. Werner v. Simson, "Carl Schmitt und der Staat unserer Tage", *AöR* 114 (1989), págs. 185-220 (188 s.); Bernhard Schlink, "Why Carl Schmitt?", *Rechtshistorisches Journal* 10 (1990), págs. 160 ss.; Kay Waechter, *Studien zum Gedanken der Einheit des Staates*, Berlín 1994, págs. 15, 71.

¹⁹ Cfr. Herfried Münkler, "Carl Schmitt in der Diskussion", *Neue Politische Literatur* 35 (1990), págs. 289-300; Friedrich Balke, *Der Staat nach seinem Ende*, Munich 1996; David Dyzenhaus, "Why Carl Schmitt?", en la obra editada por él mismo *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of*

histórica de Schmitt tiene por tanto efectos contradictorios.

¿Cómo explicar su progresiva pérdida de influencia en la ciencia jurídica? El estatalismo de Schmitt, la idea de una unidad política existencial y su anclaje como dogma de fe resultaron cada vez más inadecuados como fundamento de una teoría del Estado de la República Federal. No existía crisis constitucional alguna comparable con la de la República de Weimar, la amenaza del comunismo resultaba cada vez menor, el catolicismo en la República Federal ya no estaba además en posición intelectualmente minoritaria. La integración occidental de Konrad Adenauer dejó sin base los postulados materiales de Schmitt, la creación del Tribunal Constitucional Federal hizo caducar sus postulados institucionales. Los datos centrales que proporcionaban sentido a las tesis de Schmitt en la historia del pensamiento también desaparecieron en la República Federal. Igualmente había de disolverse el atractivo de su obra para la teoría del Estado y de la Constitución de la República Federal, mientras que su significado en el ámbito del Derecho internacional, naturalmente, no resultaba afectado por todo ello.

b) Rudolf Smend

De modo distinto transcurre la recepción de la teoría de la integración. Su importancia creció con la instauración de la República Federal. Vislumbrar una específica “escuela de Smend” parece, sin embargo, difícil, porque la teoría de la integración, a causa de las peculiaridades ya señaladas, resultaba especialmente apta para el desarrollo y la metamorfosis. Por ello, la imputación de ciertas ideas y posiciones a la obra de Smend resulta posible sólo en forma aproximativa y siempre debe tomar en consideración que la adaptación de Smend puede entrañar un desarrollo que tiende a la formulación de una nueva y original teoría constitucional orientada por la Ley Fundamental. Sólo en tal sentido puede considerarse que los proyectos de Smend son proseguidos por los trabajos, por ejemplo, de Ulrich Scheuner, Konrad Hesse, Horst Ehmke o Henning Zwirner. No es posible atribuir filiaciones precisas, a diferencia de lo que ocurre con la “escuela de Schmitt”, ya por el solo hecho de que ni el objeto ni el método de la teoría del Estado y de la Constitución de Smend pueden ser expuestos en términos generales y abstractos²⁰.

Liberalism, Durham/NC 1998, págs. 1-20; Rüdiger Voigt, “Zwischen Mythos und Wirklichkeit. Zur Staatskonzeption von Carl Schmitt”, en R. Voigt (ed.), *Mythos Staat*, Baden-Baden 2001, págs. 35-57; Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge 2002, págs. 436 ss., 459 ss. Sobre la más reciente recepción de Schmitt, Hofmann (cit. en n. 16), 4.^a ed., 2002, págs. V-XV.

²⁰ Sobre los “discípulos de Smend” Peter Häberle, *Kleine Schriften*, Berlín 2002, págs. 16 ss., 41 ss., 74 ss.; sobre la “escuela”, Peter Badura, “Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre”, *Der Staat* 16 (1977), págs. 305-325.

Como el propio Smend señalaba, el acierto de su programa sólo podía verificarse plena y definitivamente mediante su cumplimiento²¹. Cualquier desarrollo bajo las condiciones de la Ley Fundamental debía modificar el programa de integración. Probablemente, la teoría de la integración pudo desarrollarse en las primeras décadas de la República Federal justo porque no estaba vinculada ni en el objeto ni en el método a la situación de la República de Weimar, más bien invitaba a su progresivo desenvolvimiento bajo nuevas circunstancias normativas y políticas. La idea fundamental de la integración podía ser transferida, en cualquier caso, desde una teoría autoritaria del Estado hacia una teoría material de la Constitución. En la versión originaria del año 1928, la teoría de la integración arrastraba un lastre filosófico y padecía simultáneamente déficits normativos. La llamada escuela de Smend²² superó esta situación en los años cincuenta, pero con ello desarrolló más bien una propia teoría de la Constitución, en lugar de aplicar la doctrina de Smend²³.

También es difícil de cuantificar la influencia de Smend en el Tribunal Constitucional. Algunos pretenden que Smend se habría instalado allí como “deidad doméstica”²⁴, otros no quieren que se sobrevalore su influencia sobre el Tribunal²⁵. En su jurisprudencia aparecen ciertamente algunas ideas fundamentales que, sin embargo, sólo en asociación libre de ideas pueden ser retrotraídas a Smend²⁶.

²¹ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), ahora en la recopilación de sus textos publicaba bajo el título *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3.^a ed., Berlín 1995, págs. 119 ss. (120).

²² Quizá cupiera definirla, más allá de todas las diferencias que cabe apreciar entre sus integrantes, mediante dos rasgos: objetivamente, en cuanto entienden la adaptación material del Derecho al cambio social como un elemento positivo desde el punto de vista de la eficacia del propio Derecho, personalmente, por su asistencia al Seminario de Smend en Göttingen.

²³ Cfr. Wilhelm Hennis, “Integration durch Verfassung?”, JZ 1999, págs. 485-495 (487); recogido también en su obra recopilatoria *Regieren im modernen Staat*, Tübingen 1999, págs. 353-380.

²⁴ Hennis (cit. en n. 23), pág. 486; pero cfr. pág. 489: Smend “no habría aportado nada” al desarrollo de los derechos de libertad por parte del Tribunal Constitucional. Para Thomas Oppermann, “Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre”, en *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Band I, Tübingen 2001, págs. 421-460 (425 s.), la perspectiva de Smend habría tenido (sólo) “importantes efectos reflejos”. Cfr. Rudolf Smend, “Das Bundesverfassungsgericht” (cit. en n. 10).

²⁵ Cfr. Peter Lerche, “Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis”, en *FS Bundesverfassungsgericht* (cit. en n. 24), págs. 333-361: a su juicio, la contribución del peculiar “estilo” de Smend al Tribunal Constitucional habría de ser valorada como escasa. Más importante resultó una cierta dinamicidad, al margen de una concepción fundamental unitaria de la Constitución. En términos similares Horst Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover 1993, págs. 15 s.: el reforzamiento normativo de los derechos fundamentales fue obra en primera línea de la propia Ley Fundamental, no de su interpretación.

²⁶ Para la sentencia del caso Lüth puede hacerse referencia por ejemplo a la doctrina de los “efectos recíprocos” que sobre los límites a los derechos fundamentales tienen “las leyes generales” del art. 5.2 de la Ley Fundamental, cuya idea básica había sido planteada por Smend en su ponencia ante la Asociación de Profesores de Derecho Político, cfr. Rudolf Smend, “Das Recht der freien Meinungsäußerung”, *VVDStRL* 4 (1928), págs. 44-73 (51 ss.). Pero no cabe pasar por alto que el Tribunal combinó la doctrina de los efectos recíprocos con la más antigua doctrina del

Que la influencia de Smend sobre el Tribunal Constitucional sea ocasionalmente sobrevalorada tiene que ver de un lado con una polarización entre schmittianos y smendianos en la doctrina del Derecho político de los años cincuenta. Resultaba evidente en esa situación que el Tribunal no estaba del lado de Schmitt, y Ernst Forsthoff reforzó tal impresión en 1959 con su crítica a la jurisprudencia sobre el orden de valores²⁷. De otra parte, parecía existir una vinculación personal con Smend a través de algunos Magistrados, también más tarde mediante Konrad Hesse (1975-1987) o Ernst Gottfried Mahrenholz (1981-1994). En resumen, no cabe atestiguar ecos directos de la teoría de la integración de Weimar, aunque bien cabe rastrear la idea fundamental de un programa de integración normativo (no propio de las “ciencias del espíritu”) orientado a la Constitución (no al Estado). Pero justamente en estos extremos radica una modificación decisiva de la teoría de la integración. Y también la figura argumentativa del “orden objetivo de valores” desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal²⁸ ha de ser vista, más bien, como contrapunto de los ecos del Derecho natural que sonaban en esos mismos momentos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal²⁹, contra cuyo ethos judicial, heredado del Tribunal del Reich, debía imponerse el Tribunal Constitucional en primer lugar en cuanto institución.

Derecho especial, ya reconocida en la República de Weimar, y por tanto no siguió por entero las ideas de Smend, cfr. BVerfGE 7, 198 (207 s.). La influencia de Smend sobre la sentencia del caso Lüth se ha mantenido como objeto de debate. Wilhelm Hennis, que redactó el recurso de amparo junto con Adolf Arndt, recurrió a la mencionada ponencia de Smend del año 1927, cfr. Dieter Gosewinkel, *Adolf Arndt*, Bonn 1991, págs. 493- 499, 531; véase también Hennis (cit. en n. 23), pág. 492. Sobre esta sentencia cfr. también Thomas Henne, “Von 0 auf „Lüth“ in 6½ Jahren”, en Th. Henne/A. Riedlinger (ed.), *Das „Lüth“- Urteil in (rechts-)historischer Sicht*, Berlín 2003.

²⁷ Ernst Forsthoff, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en FS Carl Schmitt, Berlín 1959, págs. 35-62, también recogido en su obra *Rechtsstaat im Wandel*, 2.^a ed., Munich 1976, págs. 130-152; también en R. Dreier/F. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden 1976, págs. 51-79.

²⁸ Al respecto cfr. Dreier, *Dimensionen* (cit. en n. 25), págs. 10-26; Hans D. Jararss, “Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, AÖR 110 (1985), págs. 363-397; análisis críticos en Helmut Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden 1973, en particular sobre la sentencia del caso Lüth en págs. 51-60 (Goerlich no registra una influencia de Smend que sea digna de subrayarse, cfr. pág. 20); también Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Munich 1990, págs. 23, 26; y en términos similares en su artículo “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Der Staat* 29 (1990), págs. 1-31.

²⁹ Al respecto véase Arthur Kaufmann, “Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist”, en FS Sten Gagnér, Munich 1991, págs. 105-132; Ulfried Neumann, “Rechtsphilosophie in Deutschland”, en *Bonner Republik* (cit. en n. 5), págs. 145-187 (145-156); Kristian Kühl, “Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts”, en *Erkenntnisgewinne* (cit. en n. 1), págs. 605-658 (612, 621 ss.).

Con la misma ambivalencia debe ser juzgada la influencia de Smend. Puede ciertamente apreciarse como corriente de fondo, pero apenas cabe concretarla y aprehenderla. A diferencia de Schmitt, cuya influencia en el Derecho constitucional en los años sesenta (al contrario de lo que ocurre con su influencia como teórico de la política) mengua progresivamente y resulta sujeta a juicio histórico, la incidencia latente de las ideas de Smend crece continuamente en el mismo periodo, en medida relevante gracias al programa de normativización al que sometieron tales ideas por ejemplo Ehmke y Hesse. En resumen, el atractivo de la teoría de la integración puede ser retrotraído a la actualidad político-constitucional de muchas de sus ideas: como tarea política, la integración parecía estar en el orden del día (asilados, equilibrio de cargas financieras, coparticipación en la empresa, igualdad de derechos, anhelos materiales). También parecía adecuarse a las tareas de la nueva institución que representaba la jurisdicción constitucional, en concreto la de mediar entre justicia del sistema y justicia del caso concreto, la de solucionar concretas cuestiones conflictivas con simultánea atención a la interpretación sistemática de la Constitución. Diferenciaciones apodícticas entre amigo y enemigo ya no proporcionaban aquí ayuda alguna. La orientación al procedimiento servía igualmente como apoyo a la jurisdicción constitucional y le permitía a la vez un grado elevado de elasticidad material y posibilidades de desarrollo. Justamente la apertura en los contenidos con simultánea orientación a los resultados y aseguramiento de los procedimientos proporcionaba a la teoría de la integración influencia en la ciencia jurídica. La teoría de la integración pudo estimular la perspectiva filosófica y teórico-social de los juristas, mientras que no cabe registrar una recepción significativa por parte de estas otras disciplinas vecinas.

39

c) Hermann Heller

En los comienzos de la República Federal Heller estaba casi olvidado como teórico. El exilio en el que falleció prematuramente y su militancia socialdemócrata eran dos cualidades que no contribuían a que mantuviera influencia en la comunidad académica³⁰, en la que, salvo escasísimas excepciones, no se encontraban ni retornados del exilio, ni socialdemócratas³¹. De todos modos, a partir de 1960 se

³⁰ Tempranas apelaciones a Heller se encuentran por ejemplo en Wolfgang Abendroth, intervención en el debate de las Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho político, *VVDStRL* 12 (1954), pág. 86; y recurre a Heller con referencia a la fórmula del Estado social de Derecho en "Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland", *FS Ludwig Bergstraesser*, Düsseldorf 1954, págs. 279-300.

³¹ Walter Jellinek escribe en una carta dirigida a Erich Kaufmann en agosto de 1950 que entre los colegas hay más nazis de los que se piensa; citada por Michael Stolleis, "Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bemerkungen zu ihrer Geschichte", *KritV* 1997, págs. 339- 358 (348 s.).

aprecia un regreso de Heller en los textos y en las notas a pie de página precisamente de los autores que se suelen insertar más bien en la “escuela de Smend”³². Dos elementos pueden estar en el origen de esto: la concepción normativa del Estado que es propia de Heller y su orientación metodológica, más propia de las ciencias sociales que de la filosofía, ofrecían el necesario respaldo para reparar los déficits de la teoría de la integración. Una perspectiva fundamental de carácter normativo acompañada de una simultánea comprensión del pluralismo político y social resulta más próxima a Heller que a Smend. En cierto modo, Heller ofrecía el aspecto pluralista que se echa de menos en Smend, cuando el pluralismo había llegado a resultar socialmente irrenunciable; y, por otro lado, en una democracia parlamentaria debía ser también procesado desde el punto de vista de la teoría constitucional por parte de la nueva jurisdicción constitucional³³. Los profesores frecuentemente considerados como “discípulos de Smend” reclaman por tanto de forma decisiva también su proximidad con Heller. Para Hesse, Heller se sitúa en el mismo nivel que Smend³⁴, y Peter Häberle ha reconocido que tiene con Hermann Heller su mayor deuda³⁵. Hacia el exterior, por el contrario, dominaba Smend, porque la fijación de Heller con el Estado no se adecuaba a un programa orientado hacia la Constitución. Con Heller cabía acentuar el pluralismo (pero referido al Estado), con Smend se podía acentuar la Constitución (pero asumiendo la formación de unidad mediante la integración). La aportación de ideas de Heller y Smend se complementó en los años cincuenta y sesenta. A medida que el pluralismo político y social crecía en la República Federal, los métodos de Heller resultaban cada vez más actuales³⁶. Por ello no resulta sorprendente que renaciera en torno a 1968 un intenso interés por Heller³⁷. En la doctrina podrían ser mencionados los escritos de Martin

³² Cfr. por ejemplo. Horst Ehmke, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *WDStRL* 20 (1963), págs. 53-98 (62); cfr. también Konrad Hesse, “Horst Ehmke zum 65. Geburtstag”, *AöR* 117 (1992), págs. 1-3; Peter Häberle, “Zeit und Verfassung” (1974), recogido en su libro recopilatorio *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlín 2.^a ed., 1996, págs. 59 ss. (64 s.).

³³ Cfr. Schefold (cit. en n. 11), pág. 592: la teoría de la integración se hizo pluralista.

³⁴ Cfr. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., Heidelberg 1995, pág. 4.

³⁵ Häberle, *Kleine Schriften* (cit. en n. 20), págs. 291, 302. Antes se había ocupado de Heller en *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3.^a ed., Heidelberg 1983, págs. 116-123 (1962).

³⁶ Cfr. Ingeborg Maus, “Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik”, en Christoph Müller/Ilse Staff (ed.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller (1891-1933)*, Baden-Baden 1984, págs. 113-139.

³⁷ Especialmente a los años 1966/67 se refiere el análisis de la recepción de Heller que realiza Wolfgang Abendroth, “Die Funktion des Politikwissenschaftlers und Staatsrechtslehrers Hermann Heller in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik Deutschland”, en Müller/Staff (cit. en n. 36), págs. 213-233 (230-232).

Draht³⁸, que había sido asistente en la cátedra de Heller y magistrado del Tribunal Constitucional Federal entre 1951 y 1963, de Ilse Staff³⁹ y de Ekkehart Stein⁴⁰. La tesis doctoral de Wolfgang Schluchter dio a conocer a Heller entre sociólogos y polítólogos⁴¹, y la edición de sus obras completas hizo que su impresionante producción resultara fácilmente accesible⁴². Desde entonces no hay ya carencias en la literatura secundaria sobre Heller⁴³. Como hito triunfal de la incorporación de Heller en el acervo incontrovertible de la tradición académica puede ser vista su invocación por parte del Tribunal Constitucional Federal en un pasaje central de la sentencia del 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de Maastricht⁴⁴, aunque la circunstancia hubiera invitado más bien a la cita de Schmitt.

Como teórico, Hermann Heller estuvo desde un principio más presente en la República Federal de lo que se suele apreciar. Incluso su influencia intelectual sobre el Tribunal Constitucional no puede decirse que esté sustancialmente por debajo de la de Smend⁴⁵. Sin embargo, en el caso de Heller cabe hablar de un redescubrimiento, al menos en mayor medida que ante Schmitt o Smend, cuya recepción debe ser descrita como continua reducción histórica o desarrollo autónomo. El “redescubrimiento” de Heller se desarrolló en tres fases, en las que apeló a otros tantos aspectos diferentes de su obra. Su concepción del pluralismo

³⁸ Martin Draht, “Staat, Erster Teil: soziologisch und staatstheoretisch”, en *Evangelisches Staatslexikon*, 3.^a ed., 1987 (también ya en la 2.^a ed., 1975), columnas 3305-3353 (3348).

³⁹ Ilse Staff, “Der soziale Rechtsstaat. Zur Aktualität der Staatstheorie Hermann Hellers”, en C. Müller/I. Staff (cit. en n. 52), págs. 25-41; *Verfassungsrecht*, Baden-Baden 1976, pág. 9.

⁴⁰ Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, Tübingen 1968.

⁴¹ Wolfgang Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, Colonia 1968, 2.^a ed., Baden-Baden 1983. Cfr. también del mismo autor “Hermann Heller. Ein wissenschaftliches und politisches Portrait”, en Müller/Staff (cit. en n. 36), págs. 45-63.

⁴² Hermann Heller, *Gesammelte Schriften*, 3 tomos, Leiden 1971, con una introducción de Martin Draht y Christoph Müller, Band 1, págs. IX-XXXI.

⁴³ Cfr. por ejemplo Christoph Müller/Ilse Staff (ed.), *Der soziale Rechtsstaat* (cit. en n. 36); Gerhard Robbers, *Hermann Heller: Staat und Kultur*, Baden-Baden 1983; Wilfried Fiedler, *Das Bild Hermann Hellers in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Leipzig 1994, págs. 13-38; Albrecht Dehnhard, *Dimensionen staatlichen Handelns*, Tübingen 1996; Wolfgang Kersting, “Neuhegelianismus und Weimarer Staatsrechtslehre. Zum kommunaristischen Etatismus Hermann Hellers”, en U. Carstens/C. Schlüter-Knauer (ed.), *Der Wille zur Demokratie*, Berlín 1998, págs. 195-218; Peter Goller, *Hermann Heller. Historismus und Geschichtswissenschaft im Staatsrecht*, Frankfurt 2002.

⁴⁴ BVerGE 89, 155 (186): referencia a Heller, “Politische Demokratie und soziale Homogenität” (1928). Crítico al respecto Roland Lhotta, “Der Staat als Wille und Vorstellung: Die etatistische Renaissance nach Maastricht und ihre Bedeutung für das Verhältnis von Staat und Bundesstaat”, *Der Staat* 36 (1997), págs. 189-210; muy crítico Joseph H. H. Weiler, “The State „über alles“”, en O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (ed.), *FS Ulrich Everling*, Band II, Baden-Baden 1995, págs. 1651-1688 (1654).

⁴⁵ En igual sentido Maus (cit. en n. 36), págs. 133 s.; igualmente Ilse Staff, “Zur Rezeption Hermann Hellers in der Bundesrepublik Deutschland”, *ZRP* 1993, págs. 337-339.

es responsable de la primera ola de recepción; ni Schmitt ni Smend ofrecían aquí nada que pudiera utilizarse. La segunda ola tuvo motivos políticos: Heller se convirtió en mentor teórico de políticos del Derecho de orientación socialdemócrata, delimitándolos tanto frente a la mayoría conservadora como frente a la minoría marxista. El tercer paso, simbolizado por la sentencia sobre Mastrique, se debe al Heller estatalista; un Heller ya despolitizado se convierte en un teórico del Estado inmune a toda sospecha ideológica.

d) Hans Kelsen

Sólo en el caso de Kelsen puede hablarse de un verdadero redescubrimiento por parte de la doctrina del Derecho político. Los años cincuenta se caracterizaron por una posición estrictamente defensiva frente a la teoría pura del Derecho de Kelsen. Además de las dos “tachas” personales que comparte con Heller, ya mencionadas, existen aún otros dos motivos que explican el gran distanciamiento respecto de Kelsen. En primer lugar, la leyenda extendida en las primeras décadas de la República Federal, según la cual el positivismo habría dejado a los juristas indefensos frente al nacionalsocialismo, generó un clima que en absoluto favorecía la recepción de la teoría pura del Derecho en Alemania. En segundo término, la posición de Kelsen en un tema tan sensible como la subsistencia del Estado alemán en 1945 (conforme a la cual éste habría desaparecido en ese momento dado el completo desvanecimiento del poder estatal alemán causado por la capitulación incondicional y la ocupación aliada⁴⁶), puso en su contra a la abrumadora mayoría de la doctrina. Ésta rechazó por principio poner en cuestión desde el punto de vista jurídico la existencia del Estado, haciendo patente así un prejuicio que no acreditaba precisamente un concepto jurídico de Estado. Tanto el punto de partida metodológico de Kelsen como también sus criterios jurídicos sobre cuestiones concretas de actualidad resultaron así vigorosamente rechazados⁴⁷. Kelsen estuvo así muy presente, pero como mínima referencia común para una actitud de distanciamiento⁴⁸. La doctrina del Derecho político sentía la necesidad de una

⁴⁶ Hans Kelsen, “The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin”, *The American Journal of International Law* 39 (1945), págs. 518-526.

⁴⁷ Cfr. Rolf Stödter, *Deutschlands Rechtslage*, Hamburg 1948; Günther Krauss, “Die Verfassung Deutschlands 1945-1955”, *DÖV* 1954, págs. 579 ss.; Günter Dürig, “Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither”, *WDStRL* 13 (1955), págs. 27-58 (27 s., 34); cfr. también los dictámenes de Erich Kaufmann, Hermann v. Mangoldt, Ulrich Scheuner y Werner Weber con ocasión de la “disputa sobre la contribución a la defensa” (todos recogidos en la obra cit. infra en n. 61). Para el análisis del problema cfr. también Adolf Arndt, *Der deutsche Staat als Rechtsproblem*, Berlín 1960, recogido igualmente en la recopilación de sus trabajos *Gesammelte juristische Schriften*, Munich 1976, págs. 101-139.

⁴⁸ Horst Dreier, *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre*, Viena 2001, pág. 28, resume diciendo que dominaba una mezcla de distancia, ignorancia y desinformación. Sintomático es por

teoría material de la Constitución; sus protagonistas buscaban apoyo en Smend y Heller, sus contrincantes apelaban a Schmitt. Las respuestas de Kelsen: crítica de las ideologías, normativismo, relativismo de valores y democracia, hubieran resultado incómodas para ambos bandos.

El “redescubrimiento” de Kelsen presuponía, por tanto, dos desarrollos: de un lado, una imagen más nítida y depurada de las posiciones “positivistas” (mejor: normativistas)⁴⁹; de otro, un desplazamiento de la atención que condujera desde los valores y los contenidos hacia las formas y las instituciones. En la teoría y en la filosofía del Derecho, la leyenda del positivismo quedó desenmascarada ya a finales de los años sesenta⁵⁰. Cabe observar aquí un proceso casi sincrónico: la atención de la teoría del Derecho hacia la teoría pura del Derecho crece en la misma medida en que se impone la percepción de que en el triunfo del Derecho nacionalsocialista tuvo más responsabilidad la superabundancia sincrética de valores que la fe positivista en las formas. El procesamiento del nacionalsocialismo por parte de la historia del Derecho rehabilitó a Kelsen y, sin embargo, arrojó una luz ambigua sobre el desarrollo doctrinal de los primeros años de la República Federal, que ante todo se había dedicado a renovar los valores.

A esta presencia de la teoría pura del Derecho en la teoría y en la filosofía del Derecho, que ya pronto resultó natural, aunque no siempre se viera de forma positiva, se añadió a partir aproximadamente de 1990 un creciente interés genuinamente jurídico-constitucional por Kelsen. La tesis doctoral de Horst Dreier ilustró tal desarrollo⁵¹, que coincide con el interés que sólo en torno a 1990 comienza

43

ejemplo Alfred Voigt, “Ungeschriebenes Verfassungsrecht”, *WDStRL* 10 (1952), págs. 33- 45, que cita casi toda la doctrina de Weimar excepto a Kelsen, aunque no rechaza el positivismo de Weimar. También Horst Ehmke, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, Tübingen 1960, logra que Kelsen no aparezca en el tratamiento de un tema al que hubiera podido aportar mucho.

⁴⁹ Fundamental: Everhardt Franssen, “Positivismus als juristische Strategie”, *JZ* 1969, págs. 766-775, que comienza con una apelación a Kelsen. En contra, la defensa desde el Derecho natural de Hermann Weinkauf, “Was heißt das: Positivismus als juristische Strategie”, *JZ* 1970, págs. 54-57. Weinkauf era Presidente del Tribunal Supremo Federal, Franssen llegó a ser más tarde Magistrado del Tribunal Constitucional y Presidente del Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo – manifestaciones personales de cambios de orientación metodológica.

⁵⁰ Franssen (cit. en n. 49), págs. 767 s.; Gerald Grünwald, *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, Bonn 1971; Walter Ott, *Der Rechtspositivismus*, Berlin 1976, 2.^a ed., 1992, págs. 187 ss.; Wolfgang Schild, “Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens”, en GS René Marcic, Berlín 1983, págs. 437-453; Manfred Walther, “Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?”, en R. Dreier/W. Sellert (ed.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Frankfurt 1989, págs. 323- 354; Horst Dreier, “Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?”, en FS Robert Walter, Viena 1991, págs. 117-135 (127 ss.); Lepsius, *Begriffsbildung* (cit. en n. 8).

⁵¹ Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1986, 2.^a ed., 1990; cfr. también Norbert Achterberg, “Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in demokratietheoretischer Sicht”, en W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller (ed.), *Ideologiekritik und*

a despertar la democracia como piedra de toque del Derecho constitucional⁵². La teoría de Kelsen se basa, además, en dos elementos esenciales del Derecho constitucional de la República Federal que no aparecen en los demás teóricos de Weimar: la democracia parlamentaria y la jurisdicción constitucional. El relativismo valorativo de Kelsen y su fe en las formas, a diferencia de lo que ocurre con los demás teóricos de Weimar, se apoya tanto en la teoría de la democracia como institucionalmente. Es el único de los teóricos de Weimar que tiene algo que decir sobre la democracia y la jurisdicción constitucional también desde la perspectiva de la teoría del Derecho, y bien podría ser, justo por ello, el único de los estudiosos de la teoría del Estado de Weimar con el que hoy fuera posible establecer conexión.

En otros contextos esto ya se había visto con anterioridad. En Austria, el padre de la Constitución no encontró, por supuesto, problema alguno de recepción y, a través de los profesores austriacos, también se mantuvo presente en las notas y en los debates de las Jornadas de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Político⁵³. Tampoco en el ámbito del Derecho internacional se produjeron dificultades comparables a las que encontró en el Derecho político de la República Federal⁵⁴. Y merece finalmente destacarse el recurso a Kelsen por parte del Derecho administrativo ya en los primeros años de la década de los sesenta⁵⁵. Con

Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Viena 1982, págs. 133-148; Dieter Grimm, "Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen", ibid., págs. 149-157; así como Michael Pawlik, "Rechtsstaat und Demokratie in der Perspektive der Reinen Rechtslehre", en W. Brugger (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes*, Baden-Baden 1996, págs. 167-187

⁵² Recurriendo a Kelsen por ejemplo Horst Dreier, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, Tübingen 1991; Matthias Jestaedt, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, Berlín 1993; Josef Isensee, *Das Volk als Grund der Verfassung*, Opladen 1995; Robert van Ooyen, *Der Staat der Moderne*. Hans Kelsens *Pluralismustheorie*, Berlín 2003. En otros ámbitos jurídicos por ejemplo Rainer Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, Viena 1989, págs. 80 ss., 149 ss.; Manfred Baldus, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Berlín 1995; Ulla HeldDaab, *Das freie Ermessen*, Berlín 1996; Oliver Lepsius, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, 2002.

⁵³ Hans Spanner, "Die Berufsbeamten und die Staatskrisen", *VVDStRL* 13 (1955), págs. 119-153 (126). Hans Nawiasky, intervención en los debates de las Jornadas de la Asociación, *VVDStRL* 13 (1955), págs. 64 s., donde reprocha a Günter Dürig que haga falsas imputaciones a Kelsen: "Lástima que él [Kelsen, O.L.] no esté aquí, hubiera sido un momento interesante". Cfr. también Norbert Achterberg (Hg.), *Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, 2 Bände, Viena 1978/83; Dreier, *Rezeption* (cit. en n. 48). Para Suiza, Werner Kundert, "Kontinuitäten und Diskontinuitäten im schweizerischen Staatsrecht", en *Erkenntnisgewinne* (cit. en n. 1), págs. 481-500 (493 s.)

⁵⁴ Al respecto Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden 2001. Koskenniemi (Fn. 19), págs. 238 ss. Ha de hacerse especial referencia al internacionalista de Marburg Gerhard Hoffmann, que en los años sesenta impulsó el estudio de Kelsen.

⁵⁵ Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961, 2.^a ed., 1968; Hans Heinrich Rupp, *Grundprobleme der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen 1965, 2.^a ed., 1991.

Kelsen cabía dotar de fundamento democrático a la reserva de ley del Derecho administrativo, frente a la doctrina dominante que la contemplaba con unos recelos a menudo también aliñados de antiparlamentarismo y que temía la juridificación externa de una Administración que, en la medida de lo posible, habría de estar a su juicio sometida sólo a sus propias reglas.

3. Recapitulación

A la hora de resumir esta elemental aproximación al “redescubrimiento de Weimar” desde la perspectiva de las personalidades y de las teorías, resulta sorprendente que dos teóricos, Heller y Kelsen, aunque no hubieran sido olvidados, apenas desempeñaran papel alguno en los años iniciales de la República Federal, siendo luego, por el contrario, objeto de una recepción tanto más intensa. Y lo contrario ocurre con los otros dos autores, Schmitt y Smend, presentes al principio y ya en los años sesenta reducidos a episodio histórico o a fundamento de un desenvolvimiento autónomo. Se impone así la impresión de unas parejas temporales: al principio tenemos una polarización entre Schmitt y Smend que más tarde se diluye mediante la recepción de Heller y Kelsen. Y es aquí llamativo que en ambas parejas nos encontremos con un teórico que toma como objeto el Estado (Schmitt, Heller) y otro que se fija en el ordenamiento jurídico (Smend, Kelsen). Quien pensara en categorías estatales determinadas por el objeto se orientaría hacia Schmitt o Heller; quien considerara que el punto de vista del Derecho constitucional genera su objeto se habría vuelto hacia Smend o Kelsen. Que el giro hacia Heller y Kelsen se produjera sólo tardíamente se debe a su diferenciada concepción de la interdisciplinariedad. Schmitt y Smend no trabajaban de modo interdisciplinar, sino que alimentaban la ciencia del Derecho desde las ciencias del espíritu. Heller y Kelsen trabajaban de modo interdisciplinar, haciendo visibles las contribuciones de las diferentes disciplinas especializadas. Entre ellos, sin embargo, se diferencian: Heller reunifica las disciplinas sobre la base de su concepción fundamental hegeliana determinada por el objeto y propugna el pluralismo metodológico; Kelsen, por el contrario, separa las disciplinas a partir de su fundamental orientación kantiana que atribuye al método la generación del objeto de conocimiento, y propugna un método exclusivamente jurídico y un saber en régimen de división de trabajo.

El contexto en el que cada una de las cuatro posiciones fundamentales de Weimar tuvo mayor protagonismo permite extraer conclusiones sobre el desarrollo del Derecho constitucional y sobre la autoperccepción de la doctrina en la República Federal. En primer lugar se produce un desarrollo desde el Estado hacia la Constitución, pasando por el pluralismo hacia la normativización. Heller resulta la figura clave en este desarrollo: con él cabe justificar como programa avanzado una perspectiva estatalista (“ciencias del Estado”), en cuanto modernización metódica

de ideas predemocráticas. Si buscáramos una simplificadora categorización mediante dos ideas principales, las alternativas entre pensamiento estatalista o constitucional y entre una concepción de la interdisciplinariedad plural e integradora o autonomizadora y en régimen de división de trabajo, la doctrina alemana se habría quedado ante un dilema: ninguna de las teorías de Weimar parece realmente adecuada, pero todas ofrecen algo. Esto produce consecuencias a veces paradójicas y explica lo abigarrado del panorama. Así, el progreso interdisciplinar y pluralista que se esperaba de la recepción de Heller sólo se podía conseguir al precio de orientarse al Estado con un método determinado por el objeto. Por eso tampoco es sorprendente que el renacimiento de las “ciencias del Estado” en la actualidad sea precisamente expresión de una concepción metodológica plural e integradora. Con ello se revierte el logro de finales de los años cincuenta, en concreto la sustitución del polivalente concepto de Estado por el concepto normativo de Constitución, a causa de una idea del progreso científico fundada en la interdisciplinariedad.

Por todo ello, no cabe hablar realmente de un “redescubrimiento” de Weimar desde el punto de vista de las personalidades. Se trata más bien de olas de recepción de cada una de las teorías, de su reanimación y de su reducción histórica. Ello nos lleva al tercer aspecto desde el que cabe contemplar nuestro tema: ¿expresan los ciclos coyunturales de Schmitt/Smend y Heller/Kelsen un redescubrimiento programático de “Weimar” o más bien el olvido de un proceder programático originado en la República de Weimar? ¿Cabe recurrir al programa de la doctrina de Weimar o debe ser olvidado?

46

IV. El redescubrimiento del programa de Weimar

Un redescubrimiento desde el punto de vista del programa significa tratar las categorías fundamentales del Derecho público desde una doble perspectiva, tanto como problemas concretos del Derecho vigente como en cuanto problemas metodológicos abstractos. Objeto y método se colocan en una conexión problemática en el sentido de que las cuestiones concretas que plantean problemas fundamentales desencadenan cuestiones metodológicas, mientras que las cuestiones metodológicas dan las claves para enfrentar aquellos problemas fundamentales. Surge un proceso de doble dirección: la solución de conflictos concretos del Derecho vigente impone el tratamiento de cuestiones metodológicas, y los problemas metodológicos logran un campo de aplicación en los casos del Derecho vigente. Justamente porque las categorías fundamentales remiten a conexiones que se sitúan más allá del puro procesamiento de las normas, su tratamiento impone recurrir a posiciones metodológicas. El conflicto material en torno a un caso concreto plantea un problema fundamental de Derecho constitucional cuya respuesta implica cuestiones metodológicas. De este modo cobran éstas una referencia aplicativa

concreta. Lo específico de “Weimar desde la perspectiva del programa” es, por tanto, que los problemas concretos resultan constitutivamente vinculados con las cuestiones metodológicas. La solución de un caso concreto impone el simultáneo tratamiento de cuestiones de método. ¿Cabe hablar en la doctrina iuspublicista de la República Federal de un “redescubrimiento de Weimar” en tal sentido, o más bien la vinculación de las cuestiones metodológicas con las categorías fundamentales del Derecho sustantivo ha existido siempre, y por tanto no es algo que pueda considerarse herencia específica de Weimar? A fin de cuentas, problemas sustantivos siempre se plantean, pero ¿también desencadenan un debate sobre el método, como en la República de Weimar, o absorben más bien el discurso metodológico? En la República de Weimar se carecía con frecuencia de criterios de decisión jurídico-constitucionales, de modo que se desarrollaban discursos metodológicos orientados a la obtención de tales criterios. ¿Qué aspecto cobra todo esto en la República Federal?

1. La prosecución del programa de Weimar (1949-1960)

En la República Federal cabe identificar tres fases que podrían denominarse de prosecución, olvido y recuperación del programa de Weimar. Si se consideran las publicaciones de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Político refundada en 1949⁵⁶ que aparecen en los años cincuenta, no sorprende que se abordaran en primer lugar temas que ya habían sido también debatidos en la República de Weimar⁵⁷. Se añadieron además, sin embargo, tres nuevos objetos de deliberación que venían planteados por la nueva situación jurídica y que determinaron los debates en la primera década de la República Federal: a) la cuestión de si el Estado alemán había desaparecido en 1945 o subsistía, b) la relación entre los conceptos de Estado y Constitución y c) el debate sobre el Estado de Derecho y el Estado social.

⁵⁶ Sobre la refundación de la Asociación Stolleis (cit. en n. 31); Klaus Kempfer, *Die Jellineks 1820-1955*, Düsseldorf 1998, págs. 533-537; así como la tesis doctoral de Frieder Günther, *Denken vom Staat her*, Munich 2004.

⁵⁷ Cfr. por ejemplo Erich Kaufmann/Martin Draht, “Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 9 (1952), págs. 1 ss., 17 ss.; Ernst von Hippel/Alfred Voigt, “Ungeschriebenes Verfassungsrecht”, *VVDStRL* 10 (1952), págs. 1 ss., 34 ss.; Herbert Krüger/Carl Hermann Ule, “Das Gesetz als Norm und Maßnahme”, *VVDStRL* 15 (1957), págs. 109 ss., 133 ss. También el tema de la situación actual del Derecho eclesiástico desemboca naturalmente, a través del art. 140 de la Ley Fundamental, en la situación jurídica de los tiempos de Weimar; cfr. Werner Weber/Hans Peters, *VVDStRL* 11 (1954), págs. 153 ss., 177 ss. Una panorámica sistemática y comentada sobre los temas de las Jornadas en Hans Peter Ipsen, *Staatsrechtslehrer unter dem Grundgesetz. Tagungen der Vereinigung 1949-1992*, Tübingen 1993. Sobre las asombrosas continuidades en las discusiones metodológicas de la doctrina civilista antes y después de 1945 Rückert (cit. en n. 1), págs. 138-144.

a) El hundimiento del Estado alemán en 1945

¿Desapareció Alemania en cuanto Estado a causa de la liberación y de la ocupación aliada, de modo que la República Federal representa un Estado nuevo, o fue ésta más bien una construcción jurídico- constitucional que no funda la cualidad estatal, sino que la presupone? Este tema fue muy tratado sobre la base de un concepto de Estado espiritualizado. La discusión retomó aquí, con sorprendente continuidad, perspectivas de la “orientación de las ciencias del espíritu” de los años veinte. Para Günter Dürig, el Estado subsistió --con independencia del final de la guerra, de la partición y del dominio de las fuerzas de ocupación-- como un “hecho espiritual objetivo”. En su ponencia ante la Asociación recurrió Dürig a la filosofía de los valores, ya representada en los años veinte, en términos que permitían sentirse transportado a los tiempos dorados del debate metodológico de Weimar. Aquí hablaba un representante de la joven generación siguiendo la caligrafía retórica y argumentativa de los mayores⁵⁸. Un problema fundamental del Derecho público fue abordado desde la filosofía de los valores. El concepto de Estado trascendió las categorías jurídicas. Metodológicamente, el progreso era nulo, y Kelsen hubiera podido reeditar sin cambio alguno, después de treinta años, su filípica contra el concepto sociológico de Estado⁵⁹.

48

b) La disputa sobre la contribución a la defensa

El concepto de Estado se sitúa también en primer plano cuando se plantea un segundo tema, la relación entre Estado y Constitución, que resultó discutido en especial con ocasión de la llamada “disputa sobre la contribución a la defensa”. Se trataba aquí de la cuestión de si el rearme de la República Federal con vistas a la planeada Comunidad Europea de Defensa resultaba posible sin reforma constitucional. La Ley Fundamental no contenía apoderamiento alguno para la creación de fuerzas militares. Surgía así el problema fundamental de si un Estado, por su propia naturaleza o de acuerdo con su propio concepto, tenía derecho a crear fuerzas militares armadas. Bajo la cuestión concreta despunta la relación entre Estado y Constitución. ¿Cabe deducir de la mera existencia del Estado una legitimación jurídica material para la defensa que vaya más allá de lo expresamente regulado por la Constitución?

En enero de 1952, el “jurista de cámara” del partido socialdemócrata Adolf Arndt, junto con otros 144 diputados del SPD, solicitó del recién creado Tribunal Constitucional Federal que constatara que la participación de Alemania en una fuerza militar armada (con la introducción del servicio militar obligatorio, la promulgación de leyes de defensa

⁵⁸ Günter Dürig, “Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither”, *VVDStRL* 13 (1955), págs. 27-58.

⁵⁹ Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen 1922.

y la creación de una administración militar) resultaba inconstitucional sin previa reforma de la Ley Fundamental. La admisibilidad del recurso, con la pretensión de una resolución declarativa de carácter cautelar (en el sentido de un control preventivo de normas), era discutible, y el asunto fue finalmente rechazado por el Tribunal por motivos procesales⁶⁰. Esto no privó al conflicto de su importancia política ante la opinión pública (Gustav Heinemann dimitió como Ministro de Interior y abandonó su militancia en la CDU a causa de los planes de rearme de Adenauer), ni tampoco de su trascendencia en cuanto uno de los primeros grandes procesos constitucionales o de su significado como problema fundamental desde la perspectiva de la teoría del Estado. Casi la mitad de los profesores de Derecho político intervino con sus dictámenes⁶¹.

Con ocasión de esta disputa se enfrentaron dos perspectivas. De un lado estaba el punto de partida jurídico-constitucional, para el cual en una Constitución sólo puede haber tanto Estado como la Constitución pone en pie⁶²; una reforma constitucional era en consecuencia inexcusable para la creación de fuerzas militares armadas⁶³. Del otro lado, quienes colocan el Estado como punto de partida consideran innecesaria una reforma constitucional, puesto que las fuerzas armadas se incluyen ya conceptualmente, por la misma “naturaleza de la cosa”, en “la esencia del Estado”; en tal sentido habrían de interpretarse, por tanto, también las disposiciones competenciales de la Ley Fundamental⁶⁴.

Se trata, en definitiva, de un debate sobre los fundamentos del Derecho público, en el que se argumenta con premisas de la teoría del Estado y de la Constitución, se atribuye gran importancia a los aspectos de Derecho comparado (en especial apelando una y otra vez a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos), y se cita a las autoridades de Weimar (con sorprendente excepción de Kelsen y sólo escasa presencia de Heller, en ocasiones retrotrayendo las referencias incluso a Paul Laband y Georg Jellinek). Los dictámenes atraviesan las divisiones de escuela usualmente establecidas. Smend por ejemplo se sitúa aquí contra Scheuner, que por su parte tenía de su lado a Werner Weber y Erich Kaufmann. La doctrina de Weimar estuvo

⁶⁰ BVerfGE 1, 396, sentencia del 30 de julio de 1952.

⁶¹ Los dictámenes sobre las cuestiones tanto de Derecho procesal como de teoría del Estado sometidas a debate están publicados en *Der Kampf um den Wehrbeitrag, Halbband I: Die Feststellungsklage*, Munich 1952; *Halbband II: Das Gutachtenverfahren (30.7.1952- 15.12.1952)*, Munich 1953. Un tercer tomo apareció en 1958. Sobre este debate Dieter Gosewinkel (cit. en n. 26), págs. 280-309; Richard Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Berlin 1994, págs. 28-39.

⁶² La formulación en Adolf Arndt, “Umwelt und Recht”, NJW 1963, págs. 24 ss. (25); confirmada por Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed., Berlín 1998, pág. 620.

⁶³ Esta posición fue adoptada, entre otros, por Adolf Arndt, Rudolf Smend, Ernst Forsthoff, Karl Löwenstein, Friedrich Klein, Theodor Maunz (todos ellos en *Wehrbeitrag I/II*, cit. en n. 61).

⁶⁴ Defienden esta posición, entre otros, Adolf Süsterhenn, Hermann v. Mangoldt, Erich Kaufmann, Ulrich Scheuner, Werner Weber, Richard Thoma.

aún presente en este debate; ya no se trataba ciertamente de un problema concreto planteado en la República de Weimar, pero las posiciones teóricas y los argumentos fundamentales seguían siendo los mismos. Por parte de los estatalistas se invoca no pocas veces la continuidad del Estado alemán y se recurre directamente a las “competencias inherentes” al Reich alemán de la Constitución de Weimar. Pero la disputa sobre la contribución a la defensa puso también de manifiesto que ciertas escuelas de los tiempos de Weimar ya no resultaban actuales, y que las pretensiones de teoría del conocimiento antes codeterminantes, que en los conflictos de los años veinte siempre se esgrimían, dejaban paso a una actividad más bien de simple deducción a partir de conceptos fundamentales. El pluralismo metodológico que aún existía en la República de Weimar se limita ahora a la orientación determinada por el objeto, que comienza a bifurcarse cuando atiende como objeto al Estado o a la Constitución, así como a sus relaciones recíprocas.

c) Estado de Derecho y Estado social

Esta situación culminó en el conflicto sobre la relación entre Estado de Derecho y Estado social que desencadenaron Forsthoff y la escuela de Schmitt⁶⁵. La controversia se prolongó durante los años cincuenta. Ningún otro debate tuvo en esa década una importancia tan sostenida y central. Forsthoff contrastaba el Estado de Derecho con el Estado social. Sólo el primero resultaba para él parte genuina de la Constitución⁶⁶; en el Estado social no veía, por el contrario, un principio del Derecho constitucional que fuera comparable al del Estado de Derecho, sino una determinación de fines del Estado dirigida al legislador. El campo de aplicación del postulado del Estado social no sería el Derecho constitucional, sino el Derecho administrativo, en cuanto Derecho de la legislación ordinaria. Para su concretización en el sentido de la procura existencial estaría llamada especialmente la Administración, una Administración

⁶⁵ Las principales contribuciones al debate están recogidas en Ernst Forsthoff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968. Sobre el debate cfr. también Dieter Suhr, “Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit”, *Der Staat* 9 (1970), págs. 67-93; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Rechtsstaat im Wandel”, *NJW* 1976, págs. 1385 s.; Ingeborg Maus, “Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats”, en su libro *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, Munich 1986, págs. 11-82.

⁶⁶ Ernst Forsthoff, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *VVDStRL* 12 (1954), págs. 8-36; cfr. también su libro *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster 2.^a ed., 1961 (1954); y su artículo “Die Bindung an Gesetz und Recht”, *DÖV* 1959, págs. 41-44; en sentido diferente Otto Bachof, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *VVDStRL* 12 (1954), págs. 37- 84, que concibe el postulado del Estado social también como expresión de la democracia (pág. 47). Colocando en el centro de ambos conceptos la democracia y la política Wolfgang Abendroth, intervención en los debates de las Jornadas, *ibid.*, págs. 85-92; cfr. también su artículo “Rechtsstaat” (cit. en n. 30). Con cierta perspectiva temporal lo contempla Ulrich Scheuner, “Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat”, *FS Hans Huber*, Bern 1981, págs. 127- 142.

prestadora de servicios, en buena medida liberada de la vinculación legislativa, que no debía resultar concernida por la reserva de ley. El Estado social orientado a una Administración prestacional parece neutral, apolítico, no accesorio respecto de la ley y por ello separado del Derecho constitucional.

Forsthoff operaba con una concepción idealizada de la Constitución, derivada del liberalismo y superpuesta a la Ley Fundamental. Mediante una construcción histórica que, en cuanto esencia de la “Constitución”, se opone a la “ley constitucional”, se sirve de una clásica figura argumentativa de Schmitt⁶⁷, que le había dirigido la tesis doctoral, y persigue una estrategia de doble estatalización. En el Derecho constitucional defiende una interpretación normativa estricta, recurre al tenor literal, refuerza los métodos positivistas y formales, y alcanza así una comprensión estrecha del texto de la Ley Fundamental. Esto deja espacio para una idea del Estado que va más allá de la Constitución y en la que pasaban a integrarse aquellas decisiones fundamentales que Forsthoff no quería extraer de la Constitución. Los prejuicios acerca del Estado dominaban, pues, frente al Derecho constitucional. La segunda estatalización se refería al Derecho administrativo, donde una Administración prestacional llamada a la concretización del Estado social (“procura existencial”) quedaba alejada de la vida política parlamentaria en la medida en que las leyes administrativas resultan sometidas a los criterios históricos idealizados de la generalidad y de la adecuación a los postulados del Estado de Derecho, que excluyen en gran medida la acción y regulación políticas mediante ley parlamentaria. En este contexto debe contemplarse el rechazo de Forsthoff a la ley-medida⁶⁸. La intervención democrática en la economía y la configuración social aparecían como sospechosas desde el punto de vista del Estado de Derecho. Forsthoff pretendía mantener al margen de la política tanto el ámbito del Derecho constitucional como el del Derecho administrativo, sin darse cuenta de que, en la democracia, es tarea de las normas formalizar la voluntad de conformación política y vincularla a criterios jurídicos. Tal tarea conformadora pretendía asegurársela Forsthoff, por el contrario, a las élites tradicionales, a los teóricos refinados y a los burócratas expertos. Tras ello se ocultan convicciones fundamentales de teoría del Estado que descansan sobre una imagen histórica e idealizada del Estado de Derecho predemocrático⁶⁹. En 1959, Forsthoff reforzó esta

⁶⁷ Cfr. Ernst Forsthoff, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes” (cit. en n. 27). Al respecto Ulrich Storost, *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*, Frankfurt 1979, págs. 147-155: a su juicio, Forsthoff rellena de contenido la concepción schmittiana del concepto. Sobre la argumentación de Schmitt con situaciones históricas idealizadas y falsificadas también Jeffrey Seitzer, *Comparative History and Legal Theory*, Westport/CT 2001.

⁶⁸ Ernst Forsthoff, “Über Maßnahmengesetze”, en GS Walter Jellinek, Munich 1955, págs. 221- 236.

⁶⁹ Cfr. Storost (cit. en n. 67), págs. 100-138; véase también Peter Häberle, “Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung? Zum wissenschaftlichen Werk von Ernst Forsthoff”, *JZ* 1975, págs. 685-689; y del mismo autor “Zum Staatsdenken Ernst Forsthoffs”, en su libro *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2.^a ed., Berlín 1996, págs. 396-406 (1976).

posición desde el punto de vista metodológico con un ataque contra la teoría de la integración y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷⁰. Evocó el peligro de que la “Constitución del Estado de Derecho” se transformara en una “Constitución generadora de sentido”. El artículo de Forsthoff en el libro-homenaje a Carl Schmitt se situaba explícitamente en la línea programática de la tradición de Weimar, y poco después siguió el embate de Schmitt contra la “tiranía de los valores”⁷¹.

En 1959-1960 alcanza su cenit el legado programático de la doctrina de Weimar, aunque de modo muy unilateral, por obra de Forsthoff, que se servía de categorías schmittianas⁷². La parte contraria estaba en primera línea representada por Ulrich Scheuner, que tenía una sensibilidad especial para los cambios y los desarrollos, y que trazaba un puente con Weimar en la elección de temas y en los métodos⁷³; de este modo, encarnaba la otra cara del programa de Weimar, aunque metodológicamente esto sólo pudiera afirmarse en términos relativos. Scheuner y Forsthoff aparecían en torno a 1960 como las dos figuras dominantes de la doctrina del Derecho político, en las jornadas de la Asociación Scheuner aún más dominante⁷⁴. Tras ellos se alinean dos orientaciones fundamentales diferentes, hacia la Constitución (Scheuner) o hacia el Estado (Forsthoff).

d) ¿Continuidad con Weimar como discontinuidad respecto del nacionalsocialismo?

52

En conjunto, la herencia de Weimar como programa estuvo presente en la primera década de la República Federal, aunque el pluralismo de los años veinte se había atrofiado entretanto. En cuanto al objeto, predominó un debate sobre la relación entre Estado y Constitución que se puso de manifiesto en diversos temas, del modo más claro y agudo en la controversia sobre el Estado social y de Derecho. Las concepciones metodológicas que generan su propio objeto estaban entonces claramente infrarrepresentadas.

⁷⁰ Forsthoff, “Umbildung” (cit. en n. 27), págs. 54 ss. contra Smend, al que se le atribuye una influencia determinante sobre la jurisprudencia.

⁷¹ Schmitt, *Tyrannei* (cit. en n. 9)

⁷² Cfr. como contundente reacción frente a la formación de esta escuela Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe 1961, págs. 45-54, 63-66; Erich Kaufmann, “Carl Schmitt und seine Schule. Offener Brief an Ernst Forsthoff”, *Deutsche Rundschau* 84 (1958), págs. 1013-1015, también recogido en sus *Gesammelte Schriften Band III*, Göttingen 1960, págs. 375-377; Kaufmann reclama aquí una “clarificación de las cuestiones centrales y decisivas de nuestra ciencia”. Sobre Kaufmann, para el que mantuvieron vigencia a lo largo de toda su vida los conflictos metodológicos y las orientaciones de Weimar, Peter Lerche, “Erich Kaufmann – Gelehrter und Patriot”, en Peter Landau/Hermann Nehls (ed.), *Große jüdische Gelehrte an der Münchner Juristischen Fakultät*, Ebelsbach 2001, págs. 20-31.

⁷³ En tal sentido Peter Häberle, “Ulrich Scheuner” (cit. en n. 20), págs. 26, 28, 32.

⁷⁴ Cfr. Häberle, “Ulrich Scheuner” (cit. en n. 73), pág. 35: la impresión que causaba Scheuner habría sido incomparable; realiza ahí un análisis de las intervenciones de Scheuner en los debates.

Con la continuidad de Weimar había de permanecer también presente, pero soterrada, la actitud de la mayor parte de los profesores de Derecho político durante el régimen nacionalsocialista, sin que fuera posible tematizarla, analizarla y reducirla a su valor histórico. La refundación de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Político se produjo enlazando conscientemente con Weimar, con la latente pretensión de ocultar así los años del nacionalsocialismo⁷⁵. Aunque sólo fuera por la sangría de personalidades y el empobrecimiento en contenidos y métodos que ello significaba, la ilusión de una inmediata continuidad con Weimar había de representar una quimera⁷⁶. Como alternativa quedaba la continuidad con Schmitt o Smend; con ella permanecía en la memoria, pero a la vez convertida en tabú, la indecorosa relación de la mayor parte de los juristas con el régimen nacionalsocialista. No se pudo hablar de ello en cuanto fenómeno histórico⁷⁷. Todo un espectro de relaciones (del silencio de Smend hasta la activa complacencia de Schmitt⁷⁸) se convirtió así en herencia compartida por la doctrina. De este modo era imposible que se produjera distanciamiento alguno respecto del propio pasado. En la corriente central de la doctrina alemana de los años cincuenta, el estrechamiento de la diversidad intelectual existente en la República de Weimar a una alternativa entre Schmitt y Smend proporciona una imagen llena de significado acerca del

⁷⁵ Cfr. Richard Thoma, discurso de apertura, *VVDStRL* 8 (1950), págs. 1 s. Ernst Friesenhahn, que se cuenta entre los primeros Magistrados del Tribunal Constitucional, recoge el acontecimiento con las siguientes palabras, cfr. *Staatsrechtslehrer und Verfassung. Rede zum Antritt des Rektorates der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn am 5. November 1950*, Krefeld 1950, págs. 6 s.: “En su discurso de apertura de las sesiones, el señor de este círculo ensalzó la vieja Asociación, con cuyos trabajos se podría y se querría enlazar de nuevo. Y entonces comenzaron las ponencias y las discusiones sobre dos cuestiones de interpretación positiva de la Ley Fundamental de Bonn muy delimitadas. Los doce años en los que el poder había estado situado por encima del Derecho y en los que no había podido hablarse de una verdadera Constitución parecían haberse desvanecido. La poco honorable actitud de la doctrina alemana del Derecho político en aquellos días --¿culpa nuestra?— se superó mediante la imposición de silencio, pero tampoco se puso de manifiesto la tarea fundamental de la doctrina del Derecho político en la época constitucional que ahora se abría. ¡Una representación verdaderamente fantástical!”.

⁷⁶ Sobre la historia de la refundación y el amplio intercambio de correspondencia que desencadenó la readmisión de colegas sobre los que pesaba la hipoteca del nacionalsocialismo Stolleis, “Die Vereinigung” (cit. en n. 31), págs. 346-355.

⁷⁷ Con referencia a ciertas personas, esto se impuso ya en casos particulares en los años sesenta, cfr. para Carl Schmitt Hofmann, *Legalität* (cit. en n. 16); se convirtió en un tema de la Historia del Derecho a finales de los años sesenta, en tema del Derecho político sólo cincuenta años más tarde, cfr. Horst Dreier/Walter Pauly, “Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus”, *VVDStRL* 60 (2001), págs. 9 ss., 73 ss; sobre el debate Oliver Lepsius, “Die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2000 in Leipzig”, *AöR* 126 (2001), págs. 441-469 (441-448); Bernhard Schlink, *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Frankfurt 2002, págs. 124-144.

⁷⁸ Cfr. Dirk Blasius, *Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, Göttingen 2001.

adelgazamiento espiritual y del diverso grado de vinculación en el régimen nacionalsocialista. No cupo recuperar las personalidades que daban cuerpo al pluralismo de Weimar. El retorno de emigrantes como Erich Kaufmann o Gerhard Leibholz reforzaba más bien la ya restablecida orientación determinada por el objeto de estudio⁷⁹. Teóricos decisivos habían fallecido, o bien se habían vuelto en la emigración hacia la ciencia política, permaneciendo así expatriados en el ámbito científico del Derecho político alemán⁸⁰.

La crítica metodológica a la jurisprudencia del orden de valores se produce, además, en un contexto temporal políticamente determinado. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Lüth desencadena, no sin motivo, una crítica vehemente. Dejando a un lado su perenne significado en la teoría de los derechos fundamentales, la sentencia estuvo dotada entonces de un gran significado político, puesto que el Tribunal se oponía con ella, desde el Derecho constitucional, a tendencias restauradoras de las viejas élites que habían recuperado influencia política⁸¹. La ocasión se presentó con motivo de un proceso civil sobre la llamada al boicot del entonces conocido periodista, jefe de prensa del Senado de Hamburgo, Erich Lüth, contra la nueva película del director del film nacionalsocialista “Jud Süß”, Veit Harlan, que había recobrado notoriedad. El Tribunal Supremo Federal había prohibido a Lüth que llamara al boicot de la película de Harlan; para el Tribunal Constitucional, Lüth podía apelar a la libertad de opinión. Esta sentencia se convirtió en una señal política: el coraje civil en el procesamiento del pasado nacionalsocialista se hacía acreedor de la protección jurídico-constitucional de la Ley Fundamental. Se protegía jurídicamente un pluralismo que en la sociedad ciertamente existía, pero no en la doctrina del Derecho público⁸².

⁷⁹ Cfr. Peter Lerche, “Erich Kaufmann” (cit. en n. 72); Emanuele Castrucci, *Tra Organicismo e „Rechtsidee“: Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, Mailand 1984; Manfred Wiegandt, *Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901-1982) – Leben, Werk und Richteramt*, Baden-Baden 1995; sobre ambos en el contexto de Weimar Lepsius, *Begriffsbildung* (cit. en n. 8), págs. 164 ss., 344 ss.

⁸⁰ Esto es aplicable por ejemplo a Arnold Brecht, Ernst Fraenkel, Hans Kelsen, Karl Löwenstein, Hans Morgenthau, Franz Neumann. Cfr. sobre estos y algunos otros Ernst C. Stiefel/Frank Mecklenburg, *Deutsche Juristen im amerikanischen Exil (1933-1950)*, Tübingen 1991; Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael Hoeflich (ed.), *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, Tübingen 1993; Claus-Dieter Krohn (ed.), *Exil und Neuordnung. Beiträge zur verfassungspolitischen Entwicklung Deutschlands nach 1945*, Düsseldorf 2000.

⁸¹ Cfr. sobre la sentencia del caso Lüth-Urteil lo dicho supra, en n. 26.

⁸² Una concisa imagen del desarrollo en los años cincuenta en Alfred Rinken, *Einführung in das juristische Studium*, 3.^a ed., Munich 1996, págs. 190 ss., sobre el significado político de la sentencia del caso Lüth pág. 199.

2. La disolución del programa de Weimar (1960 - 1980)

En torno a 1960 apareció en escena una joven generación que no podía atisbar posibilidad alguna de progreso mediante la prosecución programática unilateral de las cuestiones disputadas en Weimar. Escéptica frente al mantenimiento de las viejas trincheras de los años veinte, percibía la situación como una parálisis, al menos en la medida en que el pluralismo de Weimar había desaparecido y el empeño consciente en proseguir el programa de Weimar encubría con frecuencia un trasfondo político. Hacía falta una ruptura temática y metodológica. Además, los problemas que urgía resolver no se situaban, a los ojos de la nueva generación, en un nivel fundamental que dependiera del método, sino que surgían de la propia Ley Fundamental. La nueva Constitución colocaba en el centro de atención problemas concretos. También la novedosa jurisdicción constitucional necesitaba ser procesada en cuanto institución y en su praxis decisoria.

a) *La formulación tópica de la cuestión metodológica*

La nueva generación de 1960 propugnó implícitamente el distanciamiento respecto del programa de Weimar: los problemas debían ser resueltos, no sobrecargados con disputas metodológicas que, a fin de cuentas, no cabía decidir conforme a criterios de acierto o error, sino mediante preferencias personales. En una ponencia en el Seminario de Friburgo formuló Alexander Hollerbach una muy influyente crítica a la perpetuación de las controversias metodológicas por parte de Forsthoff⁸³. Peter Lerche expuso en la clase magistral con la que toma posesión de su cátedra de Berlín que los prejuicios metodológicos, denominados por él “cuestiones de estilo”, no podían ser considerados de manera aislada. En ese plano no cabía lograr el acierto; éste surgía más bien cuando diferentes perspectivas fundamentales concordaban en el mismo resultado. El objetivo no era el conflicto en torno a las categorías fundamentales, sino la formación de conceptos intermedios, de standards y de fórmulas de análisis (como el principio de proporcionalidad o el de razonabilidad)⁸⁴. Esta generación no pretende el conflicto en los niveles superiores de la metateoría, sino la elaboración de “teorías de alcance intermedio”.

La mayor conmoción provino probablemente de la ponencia de Horst Ehmke sobre la interpretación constitucional en las Jornadas de la Asociación de Profesores

⁸³ Alexander Hollerbach, “Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?”, AöR 85 (1960), págs. 241-270. Este artículo y también los citados a continuación están recogidos igualmente en R. Dreier/F. Schwegmann (cit. en n. 27).

⁸⁴ Peter Lerche, “Stil, Methode, Ansicht”, DVBl. 1961, págs. 690-701. Sobre los problemas que plantea una metodología autonomizada habla Christian Graf von Pestalozza, “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, Der Staat 2 (1963), págs. 425-449 (449).

de Derecho Político de 1962 – uno de los pocos casos, por lo demás, en los que se han discutido explícitamente en tales Jornadas problemas metodológicos⁸⁵. La ponencia de Ehmke sintetizaba las críticas, abría paso a una nueva concepción de la interpretación orientada a la práctica y de raíz hermenéutica, y también sustituía la autorreferencialidad alemana de la discusión desarrollada hasta el momento mediante el recurso comparatista al Derecho norteamericano. Ehmke abogaba por concentrarse en el caso y ordenar el conjunto de discusiones en torno a él dotándolas de unidad y sentido; defendió el pensamiento tópico problemático frente al postulado de un método general de interpretación, que a su juicio se situaba al margen del ámbito de problemas específicamente jurídico⁸⁶. Habría que promover por tanto una teoría de la Constitución orientada a las cuestiones concretas (dicho al revés: no orientada por los métodos), que comprendiera en su seno el horizonte de problemas. De modo que, a partir de tal hermenéutica jurídico-constitucional, desarrolló Ehmke una teoría material de la Constitución⁸⁷. Con la apelación a una hermenéutica material y el anclaje de esta perspectiva en una división institucional de tareas entre el legislador y el juez constitucional, Ehmke tomaba en consideración tanto las novedades del Derecho de la organización estatal (en especial la jurisdicción constitucional) como la importancia del legislador parlamentario en cuanto primer intérprete de los derechos fundamentales⁸⁸. Ehmke rechazó la idea de una unidad, sea sistemática (en el sentido de las formas ideales de Forsthoff), sea derivada de una jerarquía de valores (en el sentido de la filosofía de los valores). Se ofrecía así una vía de escape frente al pensamiento de la ética material de los valores y del orden de valores, que se había extendido ampliamente también más allá del Derecho constitucional, por ejemplo en la filosofía del Derecho⁸⁹. De Smend pudo recibir diversos legados, pero no ciertamente el existencialismo filosófico y la fenomenología de los años veinte. En el pluralismo metodológico con simultánea atención a los problemas previamente dados resulta más bien procesada la herencia de Heller.

Después de que Ehmke declarara la teoría orientada al objeto como la auténtica hermenéutica y la teoría material de la Constitución como método, el debate sobre los métodos quedó clausurado⁹⁰. Conforme al dictamen de Forsthoff, había quedado

⁸⁵ Horst Ehmke, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", *VVDStRL* 20 (1963), págs. 53-102 (55 s.).

⁸⁶ Ehmke (cit. en n. 85), pág. 60. Compartiendo el pensamiento tópico-problemático Ulrich Scheuner, "Pressefreiheit", *VVDStRL* 22 (1965), págs. 61 s.

⁸⁷ Ehmke (cit. en n. 85), págs. 62, 64 ss.

⁸⁸ Sobre esto último también ya Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Colonia 1961.

⁸⁹ Cfr. sólo Neumann, "Rechtsphilosophie" (cit. en n. 29), págs. 145-187 (148-158).

⁹⁰ Crítico con el desarrollo Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft" (1983), en su libro recopilatorio *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, págs. 11-28 (20 s.); y "Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik", *NJW* 1976, págs. 2089-2099, aquí citado conforme a la reimpresión en la mencionada

asentado el consenso implícito de evitar las controversias metodológicas, al menos en la medida en que parecieran prescindibles para la solución de problemas concretos. Se trataba más bien de desarrollar, en su lugar, teorías de alcance intermedio que pudieran también tomar en consideración las nuevas disposiciones materiales e institucionales de la Ley Fundamental. Se había hecho posible el tratamiento de problemas concretos sin plantearse cuestiones metodológicas. Responsable de que el planteamiento del problema metodológico desde una perspectiva institucional y de teoría del conocimiento se sustituyera por una visión tópica y hermética fue, en buena medida, la jurisdicción constitucional que se había establecido. La poco clara situación constitucional de Weimar desencadenaba controversias metodológicas, mientras que en la República Federal, por el contrario, los discursos metodológicos resultaron marginalizados a causa de su escasa relevancia para la praxis, excluidos en el procesamiento del Derecho vigente. Desde el punto de vista del objeto, el pluralismo de Heller fue sometido a una simbiosis con la idea de la integración, mientras que los riesgos metodológicos (sincrétismo de Heller y Smend) parecían conjurados por la tópica y la hermenéutica⁹¹, susceptibles de ser dominados por un proceder casuístico en la tradición de cierto constitucionalismo occidental⁹².

b) La separación de las cuestiones metodológicas respecto de los temas concretos

57

Lo que, visto retrospectivamente, parece un progreso, en cuanto superación de la tediosa prosecución unilateral de las disputas metodológicas de Weimar, también puede ser descrito en términos negativos: ya no había espacio para los debates sobre los fundamentos científicos. En los años sesenta hizo su aparición un pluralismo

recopilación, págs. 53-89 (simultáneamente contra Forsthoff y Scheuner/Ehmke/Smend/Hesse). Böckenförde apela a la dependencia recíproca de objeto y método y propone por ello un debate sobre el concepto de Constitución y la teoría de la Constitución (págs. 82-84).

⁹¹ Muy influyentes Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, Munich 1954, 5.^a ed., 1974; Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960, 6.^a ed., 1990. La influencia intelectual que ejercieron tales posiciones en los años sesenta puede apreciarse por ejemplo en la tesis doctoral de Eberhard Schmidt-Aßmann, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus. Untersuchungen zu den Vorstufen eines hermeneutischen Verfassungsdenkens*, Berlin 1967, esp. págs. 14-33.

⁹² Recurren al círculo jurídico del common law por ejemplo Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe 1961, o Ekkehart Stein, *Der Mensch in der pluralistischen Demokratie. Die Freiheitsrechte in Großbritannien*, Frankfurt 1964. El pensamiento jurídico orientado al caso también fue difundido especialmente por Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, 4.^a ed., 1990; el libro debe ser valorado también como un intento estratégico de asimilación a la cultura jurídica occidental, después de la experiencia nacionalsocialista, mediante el recurso a un desarrollo casuístico del Derecho según los modos del common law. Cfr. también Ehmke, "Verfassungsinterpretation" (cit. en n. 85), pág. 54 con notas 4 a 6.

metodológico orientado al caso que redujo las cuestiones metodológicas, en cuanto problema hermenéutico, a asunto jurídico ordinario y, merced a la irrupción general de la hermenéutica, las dotó de la etiqueta del progreso filosófico. Los problemas sustantivos y las cuestiones metodológicas comenzaron a seguir caminos separados. De un lado se desarrolló una viva discusión sobre los métodos que, sin embargo, se alejaba de los problemas sustantivos del Derecho vigente y se autonomizaba. Si antes las grandes obras sobre el método siempre se habían escrito con referencia a cuestiones de fondo, piénsese por ejemplo en las obras fundamentales de Derecho político en la República de Weimar, ahora aparecen en su lugar sea investigaciones especiales sobre el Derecho vigente, sea trabajos abstractos sobre método. Por lo demás, la orientación hacia los problemas concretos nacida en los años sesenta se contrajo ante la moderación metodológica. El horizonte de problemas resultó cada vez más especializado y profesional, orientado a su instrumentalización práctica. Después de 1970, el empeño por desarrollar teorías de alcance intermedio se redujo notablemente. Los autores que pretendían desarrollar tales teorías justamente sin orientarse por los casos concretos se convirtieron de repente en una minoría⁹³. “Método se tiene, no se habla sobre método”: la frase se convirtió en una expresión común.

La tendencia a orientarse por los problemas, con indiferencia hacia las cuestiones metodológicas, puede observarse también en el tratamiento de las categorías fundamentales del Derecho público en las Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho político⁹⁴. Se exponen sin lastrarlas metodológicamente. En lugar de clarificaciones previas de teoría del conocimiento aparecen descripciones funcionales del sistema político⁹⁵. La rivalidad del nuevo enfoque frente al anterior, basado en conceptos fundamentales, se puso de manifiesto por ejemplo en la discusión sobre la influencia de las asociaciones y los grupos sociales. Lo que para unos representaba una amenazadora infiltración en el Estado, resultaba para otros condición de funcionamiento de la sociedad plural⁹⁶. Un tema como la vinculación del juez a la ley,

⁹³ Cabe pensar por ejemplo en Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín 1976, y *Die Amtshilfe. Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung*, Berlín 1982.

⁹⁴ En este sentido también Ipsen, *Staatsrechtslehrer* (cit. en n. 57), págs. 80, 92.

⁹⁵ Este nuevo estilo se va esbozando ya en Ernst Friesenhahn, “Parlament und Regierung im modernen Staat”, *VVDStRL* 16 (1958), págs. 9-73; Konrad Hesse, “Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat”, *VVDStRL* 17 (1959), págs. 11-52. En esta tradición también quizá Martin Kriele, “Das demokratische Prinzip im Grundgesetz”, *VVDStRL* 29 (1971), págs. 46-84.

⁹⁶ Pesimistas por ejemplo Josef H. Kaiser, *Die Repräsentation organisierter Interessen*, Berlín 1956, págs. 308 ss.; Werner Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3.^a ed., Berlín 1970, págs. 40 ss., 55 s., 217 ss., 243 ss.; Gerhard Leibholz, “Staat und Verbände”, *VVDStRL* 24 (1966), págs. 5-33 (27 ss.); Ernst Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munich 1971, págs. 119 ss.; no son pesimistas Horst Ehmke, intervención en los debates de las Jornadas de la Asociación, *VVDStRL* 24 (1966), págs. 94- 96; Ulrich Scheuner, “Politische Repräsentation und Interessenvertretung”, *DÖV* 1965, págs. 577-581. Panorámicas en Rudolf Steinberg, *Staatslehre und Interessenverbände*, Freiburg 1971, págs. 145 ss.; Dieter Grimm, “Verbände”, en Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen

que antes hubiera dado ocasión a intensas controversias metodológicas, se convirtió en buena medida en un análisis de la posición del juez en la estructura constitucional de funciones⁹⁷. Resulta inocultable la ruptura con el estilo de los debates que se desarrollaban todavía en los años cincuenta. La sociedad del momento se convirtió en centro de interés en cuanto sistema político. Sus condiciones normativas de funcionamiento habían de ser procesadas; las fórmulas generales no aportaban ya al respecto respuesta alguna. El proceso político, que incluye los procedimientos y las normas que los regulan, experimentó una revalorización significativa, mientras que la deducción conceptual, sea desde valores objetivos, sea desde formas típicas idealizadas, pasó progresivamente a la reserva⁹⁸.

c) Del pluralismo metodológico a la aversión al método

Las cuestiones metodológicas fundamentales se separaron, por su parte, de los temas concretos del Derecho público, y quedaron deferidas a un sector disciplinar autónomo, fuera en concreto a la teoría del método de orientación iuscivilista, a la filosofía del Derecho vinculada más bien al Derecho penal, o también al relativamente novedoso campo de investigación que conformaba la teoría del Derecho. En los años setenta y ochenta subsistía ciertamente una viva discusión sobre los métodos, pero, a diferencia de lo que ocurría en Weimar, estaba completamente al margen de los problemas materiales. En el ámbito del Derecho público vigente puede advertirse en ese tiempo incluso una aversión al método, que con frecuencia aparece maquillada como pluralismo metodológico. Las categorías fundamentales del Derecho público mantuvieron abierto su alcance, sin que se les preguntara ya por su origen y contenido histórico, filosófico, sociológico o político⁹⁹. Puede servir como ejemplo la utilización

Vogel (ed.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2.^a ed., Berlín 1994, § 15.

⁹⁷ En tal sentido Ulrich Scheuner, intervención en los debates de las Jornadas de la Asociación, *VVDStRL* 34 (1975), pág. 95, acerca de las ponencias de Gerd Roellecke y Christian Starck, “Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung”, *VVDStRL* 34 (1975), págs. 7 s., 43 ss.; Scheuner alaba la continencia de los ponentes frente a las cuestiones metodológicas. Todas las ponencias de este volumen, también sobre el tema “Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit” por parte de Rupert Scholz, *ibid.*, págs. 145 ss. (152: “multidisciplinariedad”) y de Eberhard Schmidt-Aßmann, *ibid.*, págs. 221 ss. (236: “relaciones administrativas poligonales”), abordan aspectos metodológicos, pero de un modo que no polarizaba ni resultaba provocador; posiciones diferentes resultaban unificadas mediante el pluralismo.

⁹⁸ Cfr. Lerche, “Stil, Methode, Ansicht” (cit. en n. 84), pág. 695.

⁹⁹ Crítico Wilhelm Henke, “Recensión” de Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band II*, en *Der Staat* 21 (1982), págs. 277-280, que constata como situación de la doctrina alemana del Derecho político un “pluralismo de teoría de la ciencia” al que cabría reprochar una “carencia de abstracción y delimitación metodológica, quizás también de fantasía en la configuración de los conceptos e institutos jurídicos”. Véase también del mismo autor la “Recensión” de Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band I*, *Der Staat* 18 (1979), págs. 441-446.

acrítica, en forma de lugar común aceptado por todos, de conceptos con presupuestos enormemente complejos, como “Estado” o “Estado de Derecho”.

Quizá toca fondo este proceso en las Jornadas de la Asociación celebradas en 1979, cuando en el edificio del Reichstag de Berlín Norbert Achterberg, de modo poco diplomático y un tanto arrogante, pero con razón, reclamó atención para la teoría, y resultó reprendido por ello por parte de Hans Peter Ipsen, que tras la muerte de Scheuner se había convertido en el Nestor, el patriarca de la Asociación¹⁰⁰. Achterberg había hecho referencia a la poco halagüeña circunstancia de que tras treinta años de Ley Fundamental se careciera aún de una teoría de la Constitución, convertida en mero desideratum. Caracterizó el pluralismo metodológico de su tiempo como “sinccretismo de disciplinas”, y denunció “insuficiencias argumentativas”¹⁰¹. Su ponencia puede ser entendida como un alegato en defensa de una nueva mirada al programa de Weimar. Achterberg mismo asume el programa cuando aplica posiciones de teoría del Derecho al tratamiento de la situación jurídica de Alemania, de modo que busca las soluciones jurídicas con ayuda de previas consideraciones teóricas y muestra así que estas soluciones dependen de puntos de vista teóricos previamente seleccionados. La ponencia pone al descubierto la falta de proyección teórico-constitucional de categorías centrales del Derecho constitucional como el Estado de Derecho, el Estado social, la democracia o el Estado federal¹⁰². No pudo sorprenderle que la generación anterior, a partir de su propia biografía científica, percibiera tal reproche como injusto en grado sumo, y tampoco que no sintiera simpatía por el recurso a Kelsen o por la inclusión de aspectos procedentes de la teoría de sistemas¹⁰³. Si cabe generalizar a partir de este episodio significativo, podría decirse que en torno a 1980 se había alcanzado la cumbre del olvido del programa de Weimar¹⁰⁴. Las cuestiones metodológicas estaban divorciadas del tratamiento de los problemas sustantivos, habían sido transferidas a un discurso teórico autonomizado en sus autores e irrelevante para la práctica. Por supuesto que

¹⁰⁰ Norbert Achterberg, “Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz”, *VWDStRL* 38 (1980), págs. 55-111; Hans Peter Ipsen, intervención en el debate subsiguiente, *ibid.*, pág. 148, que advierte a los futuros ponentes que, en lugar de extenderse en cuestiones de método, apliquen el método al tratamiento de la propia cuestión. Cfr. ya el mismo autor, “50 Jahre Deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, *AöR* 97 (1972), págs. 375-417 (377): “Sigue necesitándose una reflexión autocritica para valorar si las Jornadas de la Asociación han contribuido en medida suficiente a plantear las cuestiones fundamentales acerca de los métodos y de los temas centrales de la disciplina y a someterlos a una crítica de principio”.

¹⁰¹ Achterberg (cit. en n. 100): teoría constitucional como desideratum págs. 61-63; las dos últimas referencias proceden de las págs. 65 y 68.

¹⁰² *Ibid.*, págs. 81-91.

¹⁰³ *Ibid.*, págs. 63 s., 94 sobre la teoría de sistemas, págs. 62, 67 s. y 87 sobre Kelsen. Cfr. por la misma época también Horst Dreier, “Hans Kelsen und Niklas Luhmann”, *Rechtstheorie* 14 (1983), págs. 419-458.

¹⁰⁴ Cfr. Böckenförde, “Eigenart des Staatsrechts” (cit. en n. 90), pág. 24, que en 1983 habla de una “crisis actual de la ciencia jurídica”, teniendo a la vista en primer lugar el Derecho político.

hay excepciones, como los escritos de Ernst-Wolfgang Böckenförde, Dieter Grimm y Rainer Wahl, que iluminan los conceptos fundamentales del Derecho público en primer lugar desde puntos de vista históricos, o la perspectiva jurídico-comparada, en términos de simbiosis cultural, propia de Peter Häberle.

d) La teoría de los derechos fundamentales como excepción

Con todo, debe constatarse una excepción en el ámbito temático de la teoría de los derechos fundamentales. Se trata seguramente de la más significativa aportación genuina de la doctrina alemana del Derecho político tras la segunda guerra mundial. A lo largo de los años, la teoría de los derechos fundamentales desempeñó el papel de refugio para la teoría: éste era el ámbito del Derecho vigente cuyos problemas sustantivos planteaban problemas metodológicos y exigían recurrir a prejuicios teóricos. La resolución de problemas en materia de derechos fundamentales desencadenaba problemas de método¹⁰⁵. Si el programa de Weimar sobrevivía en alguna parte, era aquí. La doctrina alemana de los derechos fundamentales cobró trascendencia incluso internacional justamente a causa de las discusiones teóricas implicadas en ella. Y, en sentido contrario, el potencial teórico que encarnaba esta teoría indujo también a abordar normativamente con recurso a los derechos fundamentales cuantos problemas y transformaciones se planteaban en la vida constitucional de la República Federal. Por ejemplo, las clásicas cuestiones de la teoría de las tareas del Estado, como los límites de la privatización o la constitucionalización de la protección medioambiental, fueron tratadas por la doctrina alemana con los medios que proporcionaba la teoría de los derechos fundamentales, sin concebirlas, como hubiera parecido más natural, como un problema inserto en el Derecho de la organización estatal. Expresión de esa expansión temática son, no en último lugar, las “teorías objetivas de los derechos fundamentales”. Esta marcha triunfal de la teoría de los derechos fundamentales se explica también parcialmente a partir de la pobreza teórica del Derecho de la organización estatal¹⁰⁶.

61

3. El redescubrimiento del programa de Weimar (desde 1980)

El escaso interés en proseguir el programa de Weimar, entendido como vinculación de los problemas sustantivos con las cuestiones metodológicas, se entiende en buena medida por la orientación hacia problemas concretos que venían dados en cuanto

¹⁰⁵ Por todos Lerche, *Übermaß* (cit. en n. 88); Peter Häberle, *Wesensgehaltsgarantie* (cit. en n. 35) y “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL* 30 (1972), págs. 43-141; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *NJW* 1974, págs. 1529- 1538; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985.

¹⁰⁶ Con más detalles al respecto Oliver Lepsius, “Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?”, *EuGRZ* 2004, págs. 370-381.

objeto de reflexión tópica por las decisiones del Tribunal Constitucional Federal o por los desarrollos políticos de actualidad. Las cuestiones sometidas a debate no necesitaban ser formuladas, sino que surgían de la praxis constitucional. Cuanto más especiales fueran los casos y más densas las discusiones con el Tribunal Constitucional, menor había de resultar el interés por las cuestiones metodológicas. A causa de su orientación hacia el caso concreto, el Tribunal Constitucional no puede, ni tampoco debe, desarrollar una teoría constitucional de amplias pretensiones, no ha de actuar como sustituto del legislador ni como dictador metodológico. Lo que, a juicio de Hesse, se aplicaba al Tribunal Constitucional, hubo de servir también para una doctrina orientada a los problemas¹⁰⁷. Evocando el viejo “positivismo de la ley”, comenzaron a elevarse quejas frente al “positivismo del Tribunal Constitucional”¹⁰⁸.

El Derecho constitucional permanecía atrapado en un proceder tópico o casuístico. La doctrina buscó su nivel teórico de reflexión no en las categorías jurídico-constitucionales, sino más allá de ellas, precisamente en el concepto de Estado. En comparación con el logro que en los años cincuenta supuso el relevo del pensamiento estatalista por el pensamiento constitucional, esto representa un resultado paradójico. El desarrollo de las décadas ulteriores condujo, quizá de modo completamente involuntario, a una reanimación del Estado como categoría metodológica central, justamente porque, dejando a un lado los derechos fundamentales, las categorías jurídico-constitucionales no habían sido teóricamente elaboradas. Como nivel teórico de reflexión metodológica, el concepto de Estado resultaba, sin embargo, especialmente cargado de connotaciones y presupuestos; pero tales elementos no eran sometidos a un debate pormenorizado¹⁰⁹. Resultaba, con ello, un concepto formado en medida excesiva por acumulación, de modo que no podía orientar una discusión metodológica referida a problemas concretos. Y es que el concepto de Estado debía servir más para asegurar un punto común de referencia y un cierto nivel de unidad científica que como foro para las disputas teóricas. En términos generales, que el concepto de Estado permaneciera como categoría residual más bien impedía el desarrollo de una conciencia metodológica, pero sugería al mismo tiempo que había un plano de análisis dispuesto al efecto. En tal separación entre una praxis orientada al caso, que no necesitaba de teoría alguna, y una idea del Estado

¹⁰⁷ Konrad Hesse, intervención en los debates de las Jornadas, *VVDStRL* 39, págs. 207 s.: En el Tribunal Constitucional no habría discusiones metodológicas, y su ausencia no plantearía dilema alguno; lo esencial sería aproximarse a la cuestión “de acuerdo con su propia legalidad inmanente” y hallar cuanto antes resoluciones aceptables por encima de las divergencias metodológicas.

¹⁰⁸ Bernhard Schlink, “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat* 28 (1989), págs. 161-172; desde una perspectiva actual Matthias Jestaedt, “Verfassungsgerichtspositivismus”, en O. Depenheuer et alii (ed.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee*, Berlín 2002, págs. 183-228.

¹⁰⁹ Análisis exhaustivos en Möllers, *Staat als Argument* (cit. en n. 7).

formada por agregación, que apenas podía ser sometida a una discusión con sentido, la vinculación entre problemas concretos y cuestiones metodológicas, el “programa de Weimar”, no tenía posibilidad alguna de supervivencia. En buena medida, las teorías de alcance intermedio que en su momento habían sido prometidas habían desaparecido ante la polarización entre la plural meta-teoría y las decisiones muy singularizadas de casos concretos. Para el “redescubrimiento de Weimar” desde el punto de vista programático no había buenas perspectivas en torno a 1980. La vinculación de problemas concretos con cuestiones metodológicas ya no se planteaba.

Pero desde entonces cabe constatar una constante transformación y un redescubrimiento del programa de Weimar. Un primer paso en la inclusión de aspectos teóricos en la solución de problemas concretos vino dado por la integración de las ciencias sociales. El debate sobre la interdisciplinariedad en la ciencia jurídica y su relación con las ciencias vecinas, primeramente desarrollado al margen del Derecho vigente, aparece ahora vinculado a cuestiones de actualidad. La idea de progreso de la nueva generación joven se orienta a la comprensión conforme a las ciencias sociales de los problemas sustantivos que, a su entender, la perspectiva jurídica describe sólo de manera en exceso simplificada. Con este punto de partida no se pone en cuestión, de todos modos, la idea metodológica establecida de que hay que partir de problemas concretos y actuales, sino que simplemente se amplía la consideración del objeto con la perspectiva de las ciencias sociales. El programa de Weimar, que justamente había vinculado la determinación del objeto problemático con las cuestiones del método jurídico, no es recuperado de ese modo.

Pero entretanto cabe apreciar una recuperación creciente de dicho programa. Pueden acumularse diversos signos en ese sentido:

- a. Después de más de cien volúmenes de jurisprudencia constitucional, ésta se ha convertido en algo cotidiano. Incluso desde el punto de vista cuantitativo, la jurisprudencia apenas puede ser concebida como unidad jurídica libre de contradicciones. Los correspondientes esfuerzos científicos para formar un sistema se encuentran con el problema de dominar la creciente masa de sentencias, sin poder llegar nunca, en realidad, a resultados decisivos. Si todo sigue un curso difícilmente aprehensible, resulta consecuente volverse hacia la teoría de la Constitución o hacia las “ciencias del Estado o de la Administración” como genuinos campos de investigación de la ciencia jurídica.
- b. En torno a 1990 se descubre el principio democrático del art. 20 de la Ley Fundamental como problema jurídico y criterio jurídico- constitucional¹¹⁰. Ahora se desencadenan objetivamente nuevos problemas de interpretación

¹¹⁰ BVerGE 83, 37; 83, 60 –derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones locales– (1990); 93, 37 –Consejos de personal en la Administración pública– (1995).

que afectan a viejas concepciones fundamentales. Ante todo, se pone en cuestión implícitamente la perspectiva determinada por el objeto, hasta ese momento dominante, porque el principio democrático debe ser comprendido no de forma sustancial, sino como generador de su objeto.

- c. Crece el interés por convertir en tema de debate la contingencia histórica de los conceptos fundamentales del Derecho político. ¿Siguen estando prisioneros tales conceptos de su contexto originario en el Derecho público del constitucionalismo decimonónico?, ¿en qué medida siguen siendo tributarios de tradiciones jurídicas predemocráticas?
- d. Tras cincuenta años de Ley Fundamental, también el propio Derecho constitucional se convierte en objeto de consideración histórica. La sentencia del caso Lüth no es sólo Derecho vigente, sino igualmente historia constitucional. La perspectiva tópica y orientada al objeto se coloca en la Historia. Ya no define el objeto de conocimiento, sino que ella misma se convierte en tal objeto.
- e. No sólo la mirada hacia el pasado, también el futuro invita a ocuparse de conceptos fundamentales dependientes del método: internacionalización, europeización, estructuras en varios niveles, problemas del federalismo y de la división de poderes, ante todo también la democracia, ya no pueden tratarse en un contexto exclusivamente nacional. La preeminencia normativa de la Ley Fundamental (y con ella de la jurisdicción constitucional) resulta relativizada, y se despierta el interés por categorías fundamentales que van más allá de las disposiciones y de la historia normativa específicamente alemanas.
- f. El Derecho administrativo, hasta este momento relativamente a salvo de las cuestiones metodológicas, abre a éstas un campo de aplicación aún inexplorado. La vieja cuestión central acerca del objeto y el método se plantea de nuevo: ¿es la Administración un fenómeno social al que debe adecuarse el Derecho, o es primeramente constituida a través de normas jurídicas? La vieja polémica sobre el concepto jurídico o sociológico de Estado aparece bajo el nuevo aspecto de un concepto jurídico o sociológico de Administración (“ciencia de la Administración”).

Cabe interpretar todo esto como el anuncio de una transición natural desde una fase más bien orientada a la praxis hacia otra más fuertemente dirigida hacia la teoría, y verlo así como un proceso dialéctico normal. Si el desarrollo se pone en relación, por el contrario, con las continuidades respecto de las controversias metodológicas de Weimar, entonces cabe extraer la siguiente conclusión: tras un proceso de olvido de Weimar desde el punto de vista programático, puede pronosticarse ahora una fase de redescubrimiento. En cuanto a los temas, seguiremos alejándonos de Weimar. Si hubiera que volver a las personalidades

de Weimar, todos los pronósticos apuntarían a una recepción de Kelsen; porque Kelsen plantea el problema de la interdisciplinariedad en el sentido de la división del trabajo, no de la integración de las disciplinas científicas; su punto de partida se refiere al Derecho constitucional y el ordenamiento jurídico, no a magnitudes supuestamente preexistentes como “el Estado” o “la Administración”; más que ningún otro autor, Kelsen sometió los conceptos fundamentales del Derecho político a la crítica ideológica; de los teóricos de Weimar aquí considerados, sólo él ofrece una teoría de la democracia que aún hoy resulta asimilable; y, finalmente, es el único de los teóricos de Weimar que procesó institucionalmente la jurisdicción constitucional y presupuso el ordenamiento jurídico en la teoría de la pirámide normativa. En esa medida, la actual recepción de Kelsen, antes mencionada¹¹¹, puede ser comprendida como expresión del redescubrimiento del programa de Weimar. Schmitt, Smend y Heller siguen siendo teóricos históricamente significativos; Kelsen, por el contrario, no ha sido aún reducido a episodio histórico y resulta cada vez más citado justamente en las publicaciones que se ocupan del Derecho vigente. Sus ideas se toman en consideración para solucionar problemas jurídicos concretos. En ese sentido, Kelsen es el último superviviente de la doctrina del Derecho político de la época de Weimar.

¹¹¹ Cfr. supra n. 52.

El juicio por jurados desde una perspectiva histórica.

¿Qué nos dice la Constitución Nacional sobre la forma en que debe ser instrumentado?

Sebastián Oppel*

Resumen

Este trabajo de investigación busca analizar los alcances de una eventual implementación del juicio por jurados en materia penal federal desde una perspectiva histórico-constitucional. A partir del estudio sobre el origen y evolución de las cláusulas del texto fundacional que lo imponen como órgano judicial competente para la resolución de todos los juicios criminales ordinarios, se buscará comprender tanto el significado político como el sentido que nuestros constituyentes le atribuyeron a su incorporación, en miras a develar si de allí se deriva alguna exigencia particular relativa a la forma de configurar su puesta en práctica, ya sea en lo que respecta a su integración y/o funcionamiento. El foco estará puesto en determinar, principalmente, si detrás de dicha decisión se buscó consagrar un derecho fundamental -de carácter implícito-, o bien simplemente se trató de un imperativo institucional sobre la forma de ejercer el poder de jurisdicción estatal en su faceta penal. Como se verá, la respuesta a este interrogante va a tener un impacto sustancial en distintos aspectos relevantes del proceso penal.

Palabras claves: juicio por jurados – jurado popular – jurado escabonado – modelo de jurado - análisis constitucional – lectura histórica – enjuiciamiento penal - imperativo institucional – derecho fundamental

* Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires y magister por las Universidades de Santiago de Compostela (España) y Bolonia (Italia).

Abstrac

The purpose of this research paper is to analyze the scope of a potential implementation of a jury trial in federal criminal matters from a historical-constitutional perspective. By examining the origin and evolution of the foundational constitutional clauses that establish it as a competent judicial body for the resolution of all ordinary criminal trials, the study seeks to understand the political significance of the institution and the meaning attributed to its inclusion by the framers of the Constitution. In this regard, particular attention will be given to whether these clauses imply any specific requirements regarding the composition and/or functioning of the jury system. The main focus will be on assessing if the intention behind this decision was to enshrine a fundamental—albeit implicit—right, or rather to establish an institutional mandate concerning the exercise of the State's jurisdictional power in criminal matters. As will be shown, the answer to this question has substantial implications for various key aspects of criminal procedure.

Key words: trial by jury – popular jury – mixed jury – jury model – constitutional analysis – historical reading – criminal prosecution – institutional imperative – fundamental right

I. Introducción

La participación ciudadana en el sistema de enjuiciamiento penal es, desde hace años, un tema álgido de debate que, lejos de cosechar opiniones uniformes u homogéneas, sigue generando puntos de discordia; en particular, respecto a la conveniencia y/o necesidad política y social de su implementación, y al vigor mismo de la exigencia constitucional que así lo dispone.

En el orden nacional, tras varios proyectos de ley que, por diferentes motivos, no tuvieron una recepción favorable, o bien no contaron con el impulso suficiente para su aprobación, recién en el año 2014, a través de la sanción del Código Procesal Penal Federal -hasta el momento, operativo en pocas jurisdicciones-, se dio un paso concreto en dirección a la instauración del juicio por jurados como metodología procesal de resolución de casos en materia penal. En efecto, dicho texto legal no sólo lo incluyó como uno de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer en las distintas causas que cayeran bajo su esfera de competencia, sino que, además, siguiendo una línea doctrinaria de gran vigencia en la actualidad, fue un paso más allá y le dio el carácter de garantía con raigambre constitucional (arts. 23 y 52 del C.P.P.F.).

Aun así, su instrumentación parece lejana, en tanto quedó sujeta al dictado de una “ley especial”¹ que organice su puesta en funcionamiento, la cual no sólo requiere de acuerdos difíciles de alcanzar en la esfera política (por la materia que busca regular, como lo es la justicia penal federal, siempre sensible al poder real), sino también de una inversión presupuestaria que pareciera hoy no estar disponible ni ser prioritaria. Ello no imposibilita, claro está, que se use o promueva al instituto del juicio por jurados con la finalidad de obtener algún tipo de ventaja electoral o de mejora en posicionamiento e imagen política, toda vez que la idea misma de empoderar a la sociedad para que ejerza, en forma directa, el poder de juzgamiento que habilite, o deseche, la imposición de la sanción penal, es siempre redituable en lo que respecta a tales objetivos².

Ahora bien, por fuera de una discusión que, en definitiva, gira en torno a cuestiones más propias de una coyuntura de época ajena al debate jurídico, la idea de este trabajo será enfocar el análisis en los aspectos técnicos de una eventual implementación. Concretamente, en las características que debiera exhibir el jurado como órgano de

¹ Textual del primer artículo antes mencionado.

² Prueba de ello es que la actual administración gubernamental, a tan sólo días de asumir, presentó un proyecto de ley denominado Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, a través del cual buscó regular un sinfín de materias bajo una mirada acorde a su plataforma política (en algunos casos, proponiendo reformas sustanciales), en el que se incluyó específicamente un capítulo dedicado a la incorporación del juicio por jurados en materia penal (capítulo XIII, Anexo VI).

decisión judicial, ya sea en lo que respecta a su integración o funcionamiento. Sin embargo, dicha tarea no se llevará a cabo de cualquier manera, sino que tendrá como centro de gravedad una lectura histórica del texto constitucional.

En efecto, partiéndose de esta última óptica, se intentará dilucidar si el mandato normativo que exige su instrumentación -en tres oportunidades distintas: actuales arts. 24, 75 -inc. “12” y 118 CN- se satisface de cualquier forma, o bien, por el contrario, requiere que se adopte una modalidad específica de actuación. En ese sentido, se buscará reconstruir el origen de las cláusulas constitucionales mencionadas, de manera tal de comprender el significado político de la institución y el sentido que nuestros constituyentes le atribuyeron en su incorporación, en miras a develar si de allí se deriva alguna exigencia particular relativa a la forma de configurar su puesta en práctica. En este punto, no se puede obviar la controversia que, desde hace muchos años, se ha instalado en la academia jurídica respecto a si detrás de dicha decisión se buscó consagrar un derecho fundamental -de carácter implícito-, o bien simplemente se trató de un imperativo institucional sobre la forma de ejercer el poder jurisdiccional del Estado.

Como es evidente, la posición que se adopte no es inocua, sino que reviste gran trascendencia, en tanto va a repercutir directamente en un sinfín de cuestiones procesales relativas a la operatividad del instituto; desde la posibilidad del imputado de declinar su aplicación para un caso en concreto, hasta la validez misma de una integración que pudiera combinar jueces técnicos y fijos con personas legas que desarrollan la función de manera ocasional (ej. de jurado escabinado).

La búsqueda de una respuesta al interrogante planteado permitirá explorar las distintas fuentes e ideas que sirvieron de guía e inspiración en la labor llevada a cabo por nuestros próceres, quienes, bajo su afluencia, le dieron vida a la norma fundacional.

II. Desarrollo

II.1. La lectura histórica y su valor

Como punto de partida, previo a profundizar el análisis, vale la pena resaltar el porqué de la importancia de esta línea de interpretación, a la cual el Dr. Alberto Binder describe como aquella que se realiza en “clave política”³. Tal como enseña el autor, el abandono de esta forma de pensar y entender el texto constitucional, que se ve representada en una lectura meramente “formal” de su contenido, puede traer aparejadas graves consecuencias, pues permite que sus intérpretes desvíen, al formular el análisis jurídico de sus normas, la real “dimensión y [el] significado”

³ Cf. BINDER, Alberto M., “Introducción al derecho procesal penal”, Buenos Aires, Ad Hoc, 2^a edición, 5^a reimpresión, 2009, p. 68.

que cada una de ellas conlleva; es decir, permite que sean manipuladas en su comprensión y, de esa forma, que se vea tergiversado u oscurecido su cabal sentido⁴.

Dicho accionar es aún más peligroso en aquellas normas que consagran seguridades y resguardos frente al ejercicio del poder penal del estado; su degradación, ya sea por la falta de reconocimiento u operatividad, no permitiría que actúen como dique de contención frente al uso abusivo y/o arbitrario de semejante fuerza estatal⁵.

El instituto aquí examinado no ha sido ajeno a este tipo de manipulación. Ello puede advertirse de tan sólo repasar las distintas interpretaciones que, históricamente, han sido formuladas para justificar la omisión en el cumplimiento del triple mandato constitucional que exige que el juicio penal, en causas criminales ordinarias, se realice con la intervención de jurados (artículos actuales: 24, 75 –inc. 12- y 118). Se ha afirmado desde su derogación por *desuetudo* hasta el carácter de normas imperfectas o cláusulas programáticas. También se ha cuestionado la carencia de idoneidad de la persona común para el ejercicio de dicha función, bajo un encuadre forzado en la categoría de empleo público⁶.

Sin embargo, se trata de argumentos que carecen de peso real y pueden ser rápidamente refutados. A modo de ejemplo, la ‘derogación por la costumbre’ invocada no se corresponde con los hechos acontecidos, en tanto nunca se experimentó este sistema de enjuiciamiento penal a nivel nacional y, por ende, mal pudo haber sido dejado de lado por la propia ciudadanía (además de que mantuvo su vigencia tras la reforma constitucional de 1994, no siendo objeto de cuestionamiento por parte de las autoridades que intervinieron en aquel proceso institucional). Lo mismo en cuanto a que se trata de normas programáticas, que exigen una decisión positiva del legislador para ponerlas en funcionamiento, pues dicha lectura convertiría en *letra muerta* a la gran mayoría de disposiciones previstas en la norma fundacional. Tampoco puede otorgársele seriedad a la alegada falta de idoneidad como condición para ejercer un cargo público, ya que tal requisito constitucional (art. 16) apunta a una finalidad distinta, que es la de poner en pie de igualdad a todos los habitantes de la república, lo que de ninguna manera se vería afectado a partir de la instauración del instituto aquí analizado⁷.

En definitiva, es evidente que la falta de implementación del juicio por jurados en materia criminal durante todos estos años respondió a otro tipo de motivo, por fuera de las justificaciones empleadas por la doctrina y más propio del terreno político y/o cultural, difícil de anclar en el tiempo, pero en el que tuvo gran influencia la idiosincrasia

⁴ Cf. BINDER, Alberto M., *op. cit.*, p 70.

⁵ Cf. BINDER, Alberto M., *op. cit.*, p. 70-71.

⁶ Cfr., entre otros, MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal. I.- Fundamentos”, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2^a edición, 2002, p. 738/742; quien brinda un repaso amplio de las diferentes opiniones vertidas en la doctrina, en especial aquellas críticas de la institución.

⁷ Cfr. MAIER, Julio B. J., *op. cit.*, p. 738/742.

de un país en construcción. Es interesante, en este punto, la lectura que ensaya el Dr. Alberto Binder, quien sostiene que la postergación se debió, principalmente, a tres razones: la falta de una cultura democrática sólida que le asignara valor a la participación ciudadana en la administración de justicia; el arraigo en las clases dirigentes de la corriente de pensamiento denominada positivismo – criminológico, en la que se ponderaba la figura de un juez con “capacidad técnica y científica para detectar a las personas peligrosas”; y la importancia asignada en la aplicación del derecho a la elaboración de sistemas racionales, en el que la decisión judicial únicamente respondiera a una derivación “razonada y deducida de los principios generales y de las normas que componían un sistema acabado y cerrado”, en el que no tuvieran ningún tipo de lugar los sentimientos y/o las consideraciones sociales⁸.

II.2. El debate sobre el significado político de la institución

Ahora bien, por fuera de la discusión sobre los motivos que sellaron el apartamiento en la adopción del juicio por jurados por más de ciento sesenta años (es de destacar que en el último tiempo ha sido instaurado en varias jurisdicciones locales del país), se desató un debate de mayor importancia aún, por los efectos que conlleva. Parte de la doctrina le ha asignado al jurado un valor de *garantía*, en el sentido de operar como un instrumento de resguardo o seguridad para proteger el ejercicio de un derecho (implícito) que tendrían todos los habitantes de la nación: frente a una acusación criminal, el ser juzgado por sus pares, es decir, los propios miembros de la comunidad que integran. Se trataría, en palabras del reconocido jurista Julio Maier, de un derecho fundamental, el cual implica que “el juicio de aprobación o desaprobación de nuestros conciudadanos presidiría el fallo penal, esto es, abriría o cerraría las puertas para la aplicación del derecho penal”⁹.

Por el contrario, otro sector de la academia jurídica le reconoce al jurado un significado distinto. Entienden que su imposición se trata de un imperativo de rango constitucional, que organiza el funcionamiento del poder jurisdiccional del Estado y ubica a dicha institución como órgano de juzgamiento en materia criminal, de conformidad con el sistema democrático y republicano que establece la norma fundamental. No ven detrás de dicho mandato ningún derecho implícito, sino más bien una obligación de carácter institucional relativa a la forma de distribuir el poder estatal y administrar justicia¹⁰.

⁸ Cfr. BINDER, Alberto M., *op. cit.*, p. 83-86.

⁹ MAIER, Julio B. J., *op. cit.*, p. 777.

¹⁰ BRUZZONE, Gustavo A., “Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia penal en Sudamérica: ¿Se instaurará finalmente el juicio por jurados en Argentina como lo establece su Constitución Nacional desde 1853?”, en MAIER, Julio B. et al., *Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Adhoc, 2000, p. 157.

La interpretación que se siga no es para nada inocua, ya que puede llegar a tener impacto tanto en el modelo de jurado a adoptarse (clásico, escabinado) como en la eventual posibilidad del acusado de renunciar a su aplicación en el caso concreto. A modo de ejemplo, si se entendiese que la norma constitucional reconoce en el juicio por jurados un derecho de corte procesal–penal (con el cual se busca asegurar que la coacción penal por parte de los funcionarios públicos quede sujeta a la autorización de un grupo de ciudadanos que no ejerzan de forma regular ningún tipo de cargo), difícilmente pueda verse satisfecho si aquel órgano de decisión se integra, en su mayoría, con jueces técnicos. Lo mismo respecto a su renuncia, la cual no podría ser pactada de ninguna forma si se considerara que su exigencia responde a un imperativo institucional.

Precisamente, este será uno de los interrogantes a dilucidar en los próximos apartados.

II.3. La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América. Cómo se incorpora en ella la institución del jurado

Cualquiera que intente un repaso por los diferentes textos de nuestros procesalistas y constitucionalistas que se han dedicado a estudiar e investigar el tema, advertirá que la mayoría de ellos, al formular un repaso histórico de la letra de la Constitución Nacional, señala como antecedente de mayor influencia la Constitución de los Estados Unidos de América¹¹. De hecho, la redacción que exhibe el mandato establecido en nuestro actual art. 118 CN¹², deja en evidencia su proveniencia del art III, Sección 2^a, cláusula 3^a de dicho texto normativo, el cual utiliza una expresión similar (“*The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said crimes shall have been committed*”).

Tal circunstancia les ha permitido sostener que el modelo de jurado que nuestros constituyentes tenían en mente era aquel instituto típico del sistema anglosajón, esto es, el “jurado clásico” integrado por doce ciudadanos que, de manera unánime y secreta, deliberaban y votaban sobre la culpabilidad de una persona, utilizando para ello, como método de valoración, su íntima convicción, decisión que precedía a la sentencia dictada por el juez profesional y permanente, y a la cual esta última debía atenerse¹³.

¹¹ Cfr., entre otros, MAIER, Julio B. J., *op. cit.*, p. 776; y HENDLER, Edmundo S., “*El juicio por jurados. ¿Derecho u obligación?*”, en MAIER, Julio B. et al., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Buenos Aires, Adhoc, 2000, p. 233.

¹² Según BRUZZONE, Gustavo A., *op. cit.*, p. 94, epígrafe n° 1, es la disposición de mayor importancia entre las tres que utiliza el texto constitucional para referirse a la institución, principalmente por su fuerza imperativa.

¹³ Cf., entre otros, MAIER, Julio B. J., *op. cit.* p. 788-789; BINDER, Alberto M., *op. cit.*, p. 110-111; HENDLER, Edmundo S., *op. cit.*, p. 43; y CAVALLERO, Ricardo J., “*La Constitución Argentina. La realidad jurídica y un reciente ensayo de tribunal mixto*”, en MAIER, Julio B. et al., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Buenos Aires, Adhoc, 2000, p. 48.

Más allá del acierto, o no, de dicha hipótesis imaginativa, lo relevante es lo que hay detrás de ella; es decir, la otra lectura que les ha permitido trazar el antecedente citado. Hacia donde apunto es al significado y al valor que, deducen, le otorgaban a la institución nuestros próceres, y consecuentemente, el sentido que quisieron darle a la norma que la incorporó al texto constitucional.

Según Edmundo Hendler, su procedencia es muy clara en ese aspecto. Afirma que el mandato refleja un claro propósito garantizador frente a una prerrogativa de poder, ya que el jurado representaba un resguardo individual frente al despotismo de los reyes, que se expresaba, entre otras formas, mediante el ejercicio arbitrario del poder punitivo. Así, explica que el artículo de la Constitución de los Estados Unidos de América antes mencionado, del cual derivaría la cláusula de nuestro texto, tiene su nacimiento en plena declaración de independencia formulada por parte de los colonos norteamericanos ante la autoridad del rey de Inglaterra. La expresión utilizada se impuso como respuesta ante un reclamo concreto que se le hizo al monarca en plena exposición de agravios. En aquel se señaló, puntualmente, el hecho de haber sido privados de los “beneficios del juicio por jurados”, lo que dio lugar a su inmediato establecimiento en la ley fundamental. De esta manera sostiene que, en consideración de dichos colonos, la respuesta frente a la arbitrariedad del monarca era que las personas sean juzgadas por los propios miembros de su comunidad¹⁴.

74

Ahora bien, la historia de cómo se introduce en el texto constitucional estadounidense el juicio por jurados, es sumamente enriquecedora. Vale la pena reconstruirla por completo, ya que es la única manera de comprender el porqué le atribuían semejante valor al jurado popular y cuál era su real alcance (esto es, la verdadera dimensión de aquel sentido “garantizador”).

Aquella, indefectiblemente, nos remonta al derecho común de Inglaterra, cuna de la institución y modelo en el cual los independistas pensaban. Su origen en la isla británica tiene lugar como consecuencia de la consolidación en ella de una monarquía extranjera. Ante la “colonización” del territorio por parte de un poder foráneo, el jurado aparece “como una suerte de acuerdo transaccional entre los funcionarios del rey extranjero y los vecinos de cada comarca”, que le permitía a estos últimos conservar, frente a toda posible imposición, “sus propias pautas culturales”. El jurado se exhibía, así, como un medio por el cual, aquellos pequeños grupos vecinales, preservaban el poder de valoración y juzgamiento del comportamiento de sus miembros¹⁵.

La evolución de la institución en dichas tierras refleja una transformación, toda vez que adquiere el carácter de prerrogativa individual frente al poder y se convierte en un “símbolo de libertad frente a la opresión”, al significar una clara limitación

¹⁴ HENDLER, Edmundo S., *op. cit.*, p. 232/33.

¹⁵ HENDLER, Edmundo S., *op. cit.*, p. 11-13.

para la autoridad gobernante en el ejercicio de un poder de máxima importancia y sometimiento, como lo es el de coacción penal¹⁶.

Precisamente, ese es el sentido que se le asignaba al jurado en las colonias que se asentaron años después en el norte de América, las cuales, al momento de su unión bajo la figura de un Estado Federal, conformaban un total de trece. Vale recordar que los primeros establecimientos permanentes tuvieron lugar a principios del año 1600 (en las tierras que se denominaron bajo el nombre de “Virginia” y “Nueva Inglaterra”, ubicadas al sur y norte, respectivamente, de lo que hoy comprende el territorio de dicho país), completándose su extensión y desarrollo en los años subsiguientes. Sus primeros pobladores, aún con sus claras diferencias, ya que en el primer caso arribaron bajo el auspicio del gobierno inglés con una carta oficial que les concedía la posesión de la tierra, mientras que en el segundo lo hicieron de forma libre, con la idea de formar una comunidad en la que pudieran profesar sin interferencias sus creencias religiosas, evidenciaban un origen en común: provenían de Gran Bretaña y se consideraban súbditos de su corona, por lo que tenían arraigadas sus costumbres e instituciones¹⁷.

Esta característica se repite en todas las colonias, ya que, desde sus comienzos, se advierte una clara dependencia y sujeción a dicho reino, aunque en algún caso pudiese verificarse un mayor aire de independencia. Según explica Joseph Story, “las colonias gozaban de los derechos y privilegios de todo súbdito inglés, y de los beneficios de la ley común inglesa. Sus leyes no debían ser opuestas a las leyes o estatutos de Inglaterra, sino al contrario, acercárseles lo más posible”¹⁸.

La forma de gobierno adoptada en tales establecimientos no era idéntica en todos los casos, sino que podía responder a tres modalidades distintas: a) aquella denominada “Gobierno de Provincia”, en la cual comisiones de la corona nombraban un representante o delegado del rey, que “debía proceder según las instrucciones reales y tomaba el nombre de Capitán General, Gobernador en Jefe de Provincia, Canciller o Vice-Almirante”, asumiendo distintos poderes de soberanía; b) “Gobierno de Propietarios”, en el que se acordaba la administración a los particulares -propietarios de los condados- bajo “el título de principados feudatarios”, con la condición de que no intentaran “nada que pudiese disminuir la autoridad de la madre patria”. En ellos, los gobernadores eran nombrados por los propietarios mismos y las asambleas se formaban bajo su autoridad; y c) “Gobierno de Cartas”, en el que la administración de la colonia quedaba en manos de los propios habitantes, con la respectiva asignación de “los poderes generales

¹⁶ HENDLER, Edmundo S., *op. cit.* p. 43-8.

¹⁷ STORY, Joseph, “Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos”, Tomo I, tercera edición, traducido por Nicolás A. Calvo, Buenos Aires, Editorial Imprenta y Librería de Mayo, 1881, p. 60/63 y 66/71.

¹⁸ STORY, Joseph, *op. cit.*, p. 131.

de gobierno y los derechos de soberanía”, aunque “dependientes y sometidos al reino de Inglaterra”¹⁹.

Las colonias eran independientes entre sí, más allá de estar sujetas a la corona británica. Sobre ellas, el rey tenía el poder de “establecer tribunales de justicia y de real hacienda”, examinar los casos de carácter criminal y, en su caso, perdonar a los acusados, modificar la “constitución y la forma de gobierno”, empoderar con distintas prerrogativas a los gobernadores designados (entre ellas, la de disolver las asambleas coloniales) e imponer leyes obligatorias para todo el territorio. Aun así, algunas colonias eran más reacias a aceptar disposiciones provenientes de la autoridad real, en particular cuando tuviese que ver con la reglamentación del comercio y las contribuciones impositivas, lo que podía dar lugar a distintas clases de conflictos²⁰.

En ese marco, vale destacar que los colonos tenían plena conciencia de que les correspondían todos los “derechos, libertades e inmunidades” propios de los súbditos ingleses, por lo que, desde el primer momento, exigieron su reconocimiento explícito en “los actos legislativos” que llevaran a cabo sus Asambleas. Así fue que, en la mayoría de los asentamientos, se obtuvo una carta o documento oficial “confirmatoria de sus privilegios”, entre los que se encontraba, precisamente, el juicio por jurados, tanto en los asuntos criminales como civiles²¹.

La valoración de dicho instituto como un “derecho inapreciable e inherente a la calidad de súbdito inglés” también aparece plasmada en la declaración adoptada por el primer congreso continental reunido en octubre de 1765 en la ciudad de Nueva York, años antes de que tuviera lugar la revolución e independencia de la corona británica, y la conformación de un primer estado-nación bajo la figura de una confederación. El motivo de dicho encuentro, al que concurrieron representantes de nueve de las trece colonias, fue dar una respuesta conjunta a la decisión del parlamento de Gran Bretaña de fijar un impuesto a los sellos, entre otras imposiciones²².

Básicamente en dicha declaración, además de reconocer lealtad y subordinación al rey, y reclamar el derecho a no ser sometido a nuevas contribuciones sin su consentimiento (es decir, sin que constara su participación en el acto parlamentario que habilitara el tributo), exigieron que se respetara el derecho al juicio por jurados, atendiendo a que, a partir de distintas normas dictadas para la época, aquel se había visto reducido producto de la extensión de la jurisdicción de los tribunales de almirantazgo (conformada, en definitiva, por jueces designados por la corona), los que eran inclementes en el juzgamiento de los colonos. Por ello es que en la misma

¹⁹ STORY, Josphéh, *op. cit.*, p. 129/130.

²⁰ STORY, Josphéh, *op. cit.*, p. 135/138.

²¹ STORY, Josphéh, *op. cit.*, p. 132.

²² STORY, Josphéh, *op. cit.*, p. 139.

declaración, inmediatamente después de formular dicha exigencia, se asienta como reclamo el haber abusado en la imposición de dicho tribunal marítimo²³.

El conflicto encrucijó en los años siguientes, con el dictado por parte del gobierno británico de nuevas leyes de idéntico tenor a regir sobre el territorio de las colonias. Entre ellas, se destacan las denominadas *coercive acts* (leyes coactivas), que tuvieron lugar como respuesta al evento de vandalismo conocido bajo el nombre de *Boston Tea Party*, en el que un grupo de colonos, habitantes de dicha ciudad (en Massachusetts), destruyeron y echaron a perder una gran cantidad de barriles de té que se almacenaban en barcos de bandera inglesa²⁴.

En lo que aquí interesa, una de tales disposiciones normativas (conocida como la “ley de los asesinatos”) ponía el foco en la administración de justicia y habilitaba a que los funcionarios de la autoridad real, asentados en la mencionada colonia, que fueran acusados por haber cometido crímenes en el marco de la represión de disturbios y/o tumultos provocados por los habitantes del lugar, pudieran ser juzgados en otro territorio, ya sea en la propia Gran Bretaña, o bien en alguna otra jurisdicción colonial en la que se asegurara -supuestamente- un “juicio justo”. Con ello se buscaba evitar que sean los propios integrantes de la colonia, a través de la modalidad del juicio por jurados, quienes juzgaran a los funcionarios del reino -o bien a aquellas personas que actuaran en su defensa-, de manera tal que la tarea represiva que llevaban a cabo no se viera desalentada por temor a una posterior sanción penal²⁵.

Así es como se llega a la declaración de independencia del 4 de julio de 1776 antes mencionada, en la que, entre los distintos reclamos efectuados por los colonos a la corona inglesa, sobresale el haber sido privados “en muchos casos, de los beneficios del juicio por jurados” y el haber sido transportados “más allá de los mares para ser juzgados por presuntos delitos”. Con enfrentamientos militares desarrollándose en distintas partes del territorio y el abandono de los puestos de poder por parte de gobernadores y oficiales británicos, los representantes de las colonias se reunieron en diferentes congresos continentales para decidir cómo organizarse a nivel institucional y atravesar esta nueva etapa de libertad. En un lapso menor a quince meses, diez de ellas redactaron sus propias cartas constitucionales, en las que se incluyó -al menos en su mayoría- un catálogo de derechos individuales que actuaban como limitación del poder establecido (*bill of rights*), entre los que se destaca, precisamente, el de obtener, frente a un procedimiento criminal, un juicio

²³ STORY, Josphéh, *op. cit.*, p. 138; y cfr. declaración en: https://en.wikisource.org/wiki/Declaration_of_Rights_and_Grievances

²⁴ GRAU, Luis, “*El Constitucionalismo Americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*”, Editorial Dykinson, Madrid, año 2011, p. 37/38.

²⁵ GRAU, Luis, *op. cit.*, p. 37/38; y cfr. textual de la ley en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/admin_of_justice_act.asp

rápido por parte de un *jurado imparcial* conformado por miembros de su vecindad²⁶.

Es interesante advertir, para tomar real dimensión de la importancia que se le asignaba a la institución del jurado, cómo en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia, que acompañó a la sanción de su texto constitucional (en el que, vale destacar, se formularon reclamos a la corona británica en idénticos términos a los ya señalados), además de establecerse textual dicho derecho, se agregó en el mismo artículo (sección 8) la siguiente proclama: “nadie puede ser privado de su libertad, excepto por [...] el juicio de sus pares” (*judgement of his peers*)²⁷.

Tras un fallido proceso de unión en confederación que duró varios años, luego de declarada la independencia de Gran Bretaña, se dictó en el mes de septiembre de 1787 la actual Constitución de los Estados Unidos de América, bajo la forma de gobierno de naturaleza federal, la cual fue ratificada por los distintos Estados involucrados en los años subsiguientes. En ella se incluyó la mencionada cláusula prevista en el Artículo III, Sección 2, que estipula que el juicio de todos los crímenes deberá realizarse bajo la modalidad del jurado y en el Estado en que se hayan sido cometidos, a excepción de aquellos casos en los que se prevé el denominado *impeachment* (juicio político)²⁸.

Sin embargo, dicho texto fundacional presentó distintas objeciones. Algunas apuntaban a la cantidad de poder aglomerado por el gobierno central; otras, eran más específicas y tenían que ver con la potestad de incidencia de cada Estado, al cuestionar las reglas de conformación de las cámaras legislativas. También aparecían reclamos vinculados a la regulación del comercio, los derechos de exportación y hasta en materia impositiva²⁹.

En lo que hace al objeto de este trabajo, uno de los reproches que más volumen de aceptación tuvo fue la falta de una carta de derechos fundamentales que acompañara a la Constitución. A tal punto, que dos de los Estados firmantes de la Ley Fundamental (Virginia y Nueva York), al presentar la ratificación del texto, acompañaron una propuesta de modificación que incluía dicha incorporación³⁰. El propio Joseph Story rememora que uno de lo más insistentes con el punto fue Thomas Jefferson, uno de los autores de la ya señalada Declaración de Independencia norteamericana, quien entendía necesaria su agregación a efectos de asegurar, entre otros derechos, “el juicio por jurado, tanto en lo civil como en lo criminal, y en fin, para poner al pueblo al abrigo de los abusos que los diferentes poderes podrían cometer en su esfera de acción”³¹.

Finalmente, ello llevó a que en los años siguientes se adoptaran distintas enmiendas al texto constitucional que consagraban en forma explícita diferentes

²⁶ GRAU, Luis, *op. cit.*, p. 42.

²⁷ GRAU, Luis, *op. cit.*, p. 63.

²⁸ STORY, Josph, *op. cit.*, p. 183/184.

²⁹ STORY, Josph, *op. cit.*, p. 188.

³⁰ GRAU, Luis, *op. cit.*, p. 120.

³¹ STORY, Josph, *op. cit.*, p. 188.

derechos, entre los que se destaca el de obtener la intervención de un jurado de vecindad frente a acusaciones criminales (ya sea para dar inicio al juicio, o bien para dirimir la culpabilidad): “Nadie estará obligado a responder por crimen capital, o de otro modo infamante, sino por denuncia o acusación, ante un gran jurado” (enmienda nro. 5)³²; y “en todas las causas criminales el acusado gozará del derecho a un juicio público, y pronto, por un jurado imparcial del Estado y distrito donde el crimen haya sido cometido” (enmienda nro. 6)³³.

Queda claro, hasta aquí, que la incorporación del jurado en la Constitución de los Estados Unidos de América no fue inocua, sino que reflejó un claro propósito garantizador frente a una prerrogativa de poder. En la consideración de los colonos que lograron su independencia de la corona británica, la institución representaba un resguardo individual frente al despotismo del rey, el cual se expresaba, entre otras formas, mediante el ejercicio arbitrario del poder punitivo. Por ello consagraron el juicio penal bajo esa modalidad (un jurado compuesto por integrantes de su propia comunidad) como un derecho fundamental de carácter inalienable.

Ahora bien, la pregunta a hacerse es, si resulta correcto trasladar sin más, dicha interpretación histórica a la letra de nuestro texto constitucional. La respuesta no es sencilla, más allá de la similitud de redacción señalada entre su actual artículo 118 y la cláusula foránea prevista en el capítulo dedicado al Departamento Judicial (Art. III, Sección 2, cláusula tercera). Es que ya de base, no se puede obviar que, aun habiendo sido dictada casi setenta años después, la Constitución Nacional Argentina no incluyó en su primera parte, consagratoria de derechos y garantías, una referencia explícita que, al igual que su par estadounidense, le asignara al juicio por jurados semejante significación. La mención prevista en el art. 24, que le atribuye al Congreso la misión de promover su establecimiento, así como también la reforma de la legislación en todos sus ramos, pareciera no ser suficiente, al menos desde su literalidad, para trazar dicha equiparación³⁴.

Una metodología de interpretación racional y sistemática, frente a la imposibilidad de dilucidar los alcances del texto con la sola remisión al sentido de su letra (primera fuente), obliga a indagar “en lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante” (CSJN, fallo 334:13, entre mucho otros). Dicha tarea intentará ser abordada en lo que sigue.

³² Texto en inglés: “*No person shall be held to answer for a capital or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury*”.

³³ Texto en inglés: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed.*”

³⁴ Dicho artículo luce más como una declaración (al igual que otras tantas que se expresan a lo largo del capítulo) que la consagración en sí de un derecho o garantía.

II.4. La recepción del derecho constitucional estadounidense en nuestra Ley Fundamental

Que la sanción de la Constitución Argentina se vio marcada e influenciada por el texto de la norma fundacional de los Estados Unidos de América, no es una novedad. Se trata de un hecho que ya casi ni es discutido por la academia jurídica. Ello no solo se advierte de las características que, en su conjunto, presenta el sistema de gobierno (de naturaleza federal) adoptado por nuestro país, el cual replica, a grandes rasgos, el modelo innovador que caracterizó y selló la unión de la nación del norte, sino que también se desprende del testimonio prestado por los propios protagonistas que participaron en 1853 de aquella gran gesta institucional.

En efecto, tanto José Benjamín Gorostiaga como Juan María Gutiérrez, ambos miembros de la Comisión de Negocios Constitucionales que redactó el proyecto de constitución presentado y debatido en el Congreso General Constituyente, además de ser las personas encargadas de sostener su discusión e incluso señaladas como sus principales artífices, así lo hicieron saber en la sesión de fecha 20 de abril del mencionado año. El primero de ellos al sostener, tras exponer ciertas consideraciones generales sobre el proyecto, que aquel estaba “vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo”. El segundo, por su parte, al dar respuesta al recordado discurso emitido por Facundo de Zuviría (presidente del congreso y representante por la provincia de Salta) en el que pidió se aplazara la sanción de la carta constitucional, en tanto afirmó -en sintonía con su colega- que: “La Constitución es eminentemente federal; está vaciada en el molde de la de los Estados Unidos, única federación que existe en el mundo, digna de ser copiada”³⁵.

De hecho, en el propio informe presentado al Congreso por la Comisión de Negocios Constitucionales al elevar el proyecto de constitución referido, se hace saber de la “noble emulación” que tenían por “los federales del Norte de América”, a quienes consideraban “modelo de engrandecimiento rápido y de libertad civil y política”³⁶. Igual referencia se desprende de la Minuta de Declaración que precedió a la sanción de la Constitución y fue aprobada en la sesión del 3 de mayo de 1853: “La federación será bien entendida, si se comprende como en los Estados Unidos

³⁵ RAVIGNANI, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación. Tomo cuarto. Fuentes seleccionadas, coordinadas y anotadas en cumplimiento de la ley 11.857”, Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, año 1937-1939, p. 468 y 479.

³⁶ Cfr. informe en ZUVIRÍA, José María, “Los Constituyentes de 1853”, Buenos Aires, 1889, editor Félix Lafoune, p. 263-273.

del norte, única federación modelo que existe en el mundo civilizado”³⁷.

Vale destacar que los diputados antes nombrados no fueron los únicos constituyentes que, durante las sesiones de debate, mostraron su conocimiento sobre la norma constitucional estadounidense, además de señalarla como documento de referencia en su labor asamblearia. Salustiano Zavalía (representante por la provincia de Tucumán), por caso, fue categórico en ese sentido al sostener en la sesión de fecha 26 de abril de 1853 que “la carta de la Unión Americana, el gran modelo de las confederaciones”, había “inspirado” a la Comisión “en la concepción de su proyecto”³⁸. Precisamente, en dicha oportunidad exhibió un sólido estudio de las instituciones norteamericanas, al mantener un contrapunto con su par Gorostiaga relativo a un artículo en particular del proyecto, en el que se debatía sobre la inclusión, o no, de los gobernadores provinciales como sujetos pasibles del juicio político por parte del congreso federal.

Los documentos y registros de la época revelan que para la fecha en que se instaló en la provincia de Santa Fe el Congreso General Constituyente circulaban, entre los hombres de lectura, numerosas copias de la Constitución de los Estados Unidos de América, incluyéndose traducciones tanto al idioma francés como castellano. También obras emblemáticas de análisis de dicho documento histórico, como “El Federalista” (libro editado en el año 1788 que recopila distintos artículos periodísticos publicados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, bajo el pseudónimo de *Publius*, mediante los cuales promueven y defienden la ratificación del texto constitucional) y “Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos” de Joseph Story, a los cuales se sumaba la famosa obra de Alexis de Tocqueville, “Democracia en América”³⁹.

El propio Facundo de Zuviría, como se dijo, al emitir aquel famoso discurso de oposición a la sanción de la ley constitucional, reconoció tal circunstancia, en tanto se confesó estudiioso de la obra de “los eminentes y esclarecidos Norte-Americanos, Hamilton, Madison y Gay [por Jay]”⁴⁰. Incluso, recientemente ha salido a la luz una inédita carta enviada por el nombrado Zavalía a Juan Bautista Alberdi fechada el 24 de febrero de 1860, en la que reconoce la influencia de los autores mencionados en la labor constitucional emprendida: “Su libro de las Bases era el prontuario favorito de los miembros del Congreso, que dio la Carta de Mayo. Ud., Tocqueville y Story fueron nuestras lumbreras al producir aquella obra”⁴¹.

³⁷ RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 539.

³⁸ RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p.520.

³⁹ GARCÍA MANSILLA, Manuel José, “Aportes inéditos sobre la historia del Congreso General Constituyente de 1853. Homenaje a 170 años de la sanción de la Constitución Nacional”, Revista Jurídica Austral, Vol. 4, Nro. 1 (junio de 2023), p. 45/46.

⁴⁰ RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 478.

⁴¹ GARCÍA MANSILLA, Manuel José, *op. cit.*, p. 47.

Lo expuesto deja en evidencia que, el derecho constitucional estadounidense, no sólo era conocido y estudiado por nuestros próceres, sino que fue una referencia fundamental en la tarea histórica que llevaron a cabo.

Lamentablemente, el diario de sesiones del Congreso General Constituyente no registró la totalidad de las discusiones e intercambios de opiniones que se suscitaron entre los distintos diputados durante el debate de aprobación del texto constitucional definitivo. Las limitaciones de la época impidieron que se contara con los medios y/o herramientas necesarias para documentar con precisión y detalle cada discurso, los cuales, por el nivel de preparación y formación que tenían los protagonistas, debieron ser piezas únicas.

Ya en las primeras jornadas quedó asentada dicha carencia. Juan Francisco Seguí, representante por la provincia de Santa Fe, hizo notar que la “Secretaría no estaba dotada ni de los oficiales, ni de los medios necesarios para proceder con regularidad”; y si bien recibió como respuesta, por parte del Presidente del Congreso (Facundo de Zuviría), un compromiso por solucionar el “inconveniente” y “proporcionar redactores de actas que aliviasen a los Secretarios” en la tarea de registro, con la idea de que “la última palabra, la últimas de las ideas, el último de los sentimientos [...] fuese conocido en toda la República y se le diese la mayor publicidad posible”⁴², lo cierto es que aquel deseo no pudo ser cumplido. La falta de recursos fue señalada una y otra vez por los distintos constituyentes a lo largo de las distintas sesiones⁴³.

Tal dificultad se hizo mella en el debate sobre la aprobación de distintos artículos del proyecto de constitución, entre ellos, los tres en los que se hace mención a la incorporación del juicio por jurados (arts. 24, 64 -inc. 11- y 99, de aquel entonces). De ninguno quedó registro sobre la opinión vertida por los diputados que revelara la intención perseguida detrás de la adopción de dicho instituto, tan ajeno a nuestra cultura y práctica judicial.

En efecto, tanto en el primer artículo mencionado como en el tercero, directamente en el Diario de Sesiones no hay constancia de su discusión. Únicamente se hace referencia a que su aprobación fue por unanimidad⁴⁴. En cuanto al segundo de los artículos (64, inc.11), que pone en cabeza del congreso federal el dictado de los códigos de fondo y la sanción de ciertas leyes para toda la nación, entre las que destaca aquellas que requiera el establecimiento del juicio por jurados, el intercambio de opiniones registrado se centró exclusivamente en si tal atribución no debía quedar como una potestad propia de la soberanía de cada provincia; es decir, la controversia asentada no tiene el foco puesto en la institución del jurado (sobre la conveniencia, o no, de su implementación; la finalidad buscada; la dificultad de su puesta en práctica; etc.),

⁴² RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 419.

⁴³ RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 503 y 536.

⁴⁴ RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 515 y 535.

sino en qué porción de la actividad legislativa regulatoria de las conductas propias de una vida en sociedad –el dictado de los códigos de fondo: “civil, comercial, penal y de minería”- debía ser delegado en el nuevo estado federal.

Lo interesante, igualmente, es que la discusión respecto a dicho artículo tuvo como referencia, otra vez, a la carta constitucional estadounidense. El diputado ya nombrado, Zavalía, al defender su posición, puso como ejemplo al funcionamiento institucional de ese país. Remarcó que allí, cada Estado “se dictaba sus leyes”. La respuesta fue del propio Gorostiaga, quien nuevamente evidenció un conocimiento del modelo de gobierno que caracterizaba a dicha nación. Tras afirmar que de no delegarse en el estado federal aquella potestad, “la legislación del país sería un inmenso laberinto de donde resultarían males inconcebibles”, hizo hincapié en que, “si en los Estados Unidos había códigos diferentes, era porque los americanos del norte descendientes de los ingleses habían formado como estos, un cuerpo de legislación de leyes sueltas”⁴⁵.

En definitiva, no es posible reconstruir, a partir del estudio directo de los discursos que encendieron el debate constitucional, el sentido o significado que los constituyentes le otorgaron a la incorporación del juicio por jurados en nuestra norma máxima. Sin embargo, la intención detrás de esa decisión puede ser inferida por otras vías. Desde el análisis de las ideas que primaban en la época, hasta el contenido de las lecturas que sirvieron de guía e inspiración a nuestros próceres para el desarrollo de la tarea jurídica emprendida. También las posturas, posiciones o puntos de vista que pudieran haber plasmado en el marco de algún documento de trabajo propio de la actividad profesional o académica que desarrollaban.

Si bien esta metodología de interpretación, a diferencia de lo que podría ser el análisis textual de las palabras enunciadas durante el debate, no garantiza una total certeza en las conclusiones a las que se pudiera arribar, su fiabilidad dependerá, en definitiva, de la mayor o menor confianza que transmitan las fuentes de información a las que se acuda. Esta pequeña reconstrucción histórica será tratada en detalle a lo largo del próximo apartado.

II.5. El espíritu de nuestros constituyentes. El jurado como institución republicana

Los diputados que participaron del Congreso General Constituyente que, finalmente, sancionó el 1 de mayo de 1853 el primer texto constitucional de la nación argentina, fueron más de veinte –con algunas intermitencias, según el caso- y representaron a las distintas provincias existentes hasta ese momento, a excepción de Buenos Aires. Como es lógico en el funcionamiento de un cuerpo

⁴⁵ RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 528-529.

colegiado, si bien todos tuvieron igual poder de voto, sus voces, claramente, no reflejaron el mismo peso. Ya sea que fueran respetados por tratarse de las mentes más lúcidas y destacadas de la época, o bien por contar con mayor conocimiento sobre la materia a tratar; o mismo se hallaran empoderados a raíz de algún lazo o designio político en particular, lo cierto es que la palabra o determinación de unos pocos terminó guiando el comportamiento del conjunto.

Dentro del selecto grupo de diputados que integró la Comisión de Negocios Constitucionales y participó en la elaboración del proyecto de constitución que luego se debatió sobre tablas, hubo dos en particular que se destacaron por sobre el resto, a quienes la mayoría de los historiadores les asignan un rol preponderante en la tarea de redacción del texto: los ya nombrados José Benjamín Gorostiaga y Juan María Gutiérrez, de quienes se resalta la preparación jurídica, en un caso, y la perspicacia política, en el otro⁴⁶.

Los documentos históricos no hacen más que respaldar esta versión. En efecto, la Comisión fue conformada, inicialmente, por Gorostiaga y Gutiérrez, junto a otros tres diputados: Manuel Leiva, Pedro Ferré y Pedro Díaz Colodrero (representantes por las provincias de Santa Fe, Catamarca y Corrientes, respectivamente). Su designación tuvo lugar en la sesión de fecha 24 de diciembre de 1852⁴⁷.

A decir del propio Leiva, para el 23 de febrero de 1853 el trabajo encomendado ya estaba a punto de ser finalizado. Así lo hizo saber en la sesión que tuvo lugar, precisamente, en aquella fecha, en la que, sin embargo, se decidió incorporar más gente a la comisión, con la finalidad de que la base del texto “viniese con más apoyo”⁴⁸. Concretamente, sostuvo: “en este propósito la Comisión había dividido sus trabajos en dos partes, que estaban ya p[ara] terminarse [...] estaba impuesto, de hallarse redactado el proyecto; y que sólo se esperaba la venida del Sr. Gorostiaga, ausente en comisión, para presentarlo al Congreso”⁴⁹.

Una carta del constituyente Benjamín Lavaysse, de fecha 11 de enero de 1853, dirigida al gobernador de Santiago del Estero, Manuel Taboada, confirma dicha información. En ella le hace saber que, para aquella fecha, “el proyecto de constitución esta[ba] ya entre manos”⁵⁰.

Entre los cinco miembros originales de la comisión encargada de la elaboración del

⁴⁶ HARO, Ricardo, “Abogados destacados en el Congreso de 1853: Gorostiaga, Gutiérrez y Del Campillo”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 2, disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artabogadosdestacados.pdf> Word - artabogadosdestacados.doc (acaderc.org.ar).

⁴⁷ RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 441/442.

⁴⁸ En palabras de Santiago Derqui, constituyente por la provincia de Córdoba (cfr. RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 464).

⁴⁹ RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 463.

⁵⁰ GARCÍA MANSILLA, Manuel José, *op. cit.*, p. 32.

texto⁵¹, pueden diferenciarse, claramente, dos grupos de trabajo. El primero, conformado por Gutiérrez y Gorostiaga, que son quienes, luego, en las sesiones de debate, por decisión de la propia comisión, sostienen la discusión en defensa del proyecto presentado, explicando cada artículo y contrarrestando eventuales críticas u oposiciones de los diputados restantes. El segundo, por su parte, integrado por el trío Díaz Colodredo, Ferré y Leiva, quienes, a decir por el tenor de las opiniones expresadas en aquellas jornadas históricas, toman más bien distancia del texto presentado y, en algunos puntos álgidos, hasta muestran una clara discordancia (por ejemplo, en lo relativo a las disposiciones que trataban la vinculación entre el Estado y la libertad de culto).

En ese sentido, adviéntase que el propio Leiva, en su discurso de fecha 22 de abril de 1853, reconoce la circunstancia de separación expuesta, al aclarar que la comisión se había “dividido en secciones para el análisis del proyecto”, una de las cuales integraba, precisamente, bajo la conformación antes mencionada. En dicha oportunidad también reveló cierta lejanía con respecto a la autoría del trabajo, en tanto hizo hincapié en que “no estaba conforme con algunos de los artículos del proyecto que había suscripto”, a la vez que criticó “la precipitación con la que” se había conducido tal labor⁵². De igual manera, el constituyente Ferré, en la sesión de fecha 20 de abril de 1853, precisó que, si bien “como miembro de la Comisión encargada de presentar el Proyecto de Constitución lo había firmado, no por eso estaba de acuerdo con todos sus artículos”⁵³.

La mayoría de los historiadores destacan la tarea desplegada por Gutiérrez y Gorostiaga a lo largo del Congreso General Constituyente. Los registros del debate son muy ilustrativos al respecto, ya que muestran con suma claridad el rol de artífices que ambos tuvieron. El proyecto que defienden sobre tablas se sostiene sobre la base de sus ideas y convicciones, y se revela como de su clara autoría. Según se afirma, el primero de ellos se habría encargado de redactar la parte dogmática del texto, el cual comprende el capítulo único de “Declaraciones, Derechos y Garantías”; mientras que el segundo se habría ocupado de la denominada parte ‘orgánica’, que abarca las disposiciones relativas a la conformación y atribuciones de los tres poderes del Estado, como así también las potestades que conservan para sí las distintas provincias⁵⁴. El hallazgo de un borrador de *anteproyecto* de autoría atribuida a Gorostiaga, en el que se plasman artículos relativos a la parte orgánica casi idénticos a los finalmente aprobados, refuerzan dicha hipótesis, además del gran conocimiento que el nombrado tenía sobre el derecho público de los Estados Unidos de América⁵⁵.

⁵¹ En las sesiones de fecha 23 y 24 de febrero de 1853, con la tarea ya sumamente avanzada, se sumaron los constituyentes Martín Zapata y Juan del Campillo, respectivamente.

⁵² RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 489 y 498.

⁵³ RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 468.

⁵⁴ HARO, Ricardo, *op. cit.*, p. 5;

⁵⁵ VANOSSE, Jorge Reinaldo, “*La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su Jurisprudencia*”, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 26/27.

Ahora bien, tanto documentos históricos como testimonios de la época marcan que, junto a ellos, hubo una tercera persona que cumplió un papel destacado y de suma influencia en la tarea constitucional emprendida. Si bien no integró la Comisión de Negocios Constitucionales y durante el debate casi ni se le conoció la voz, se le asigna un rol preponderante en la elaboración del texto, al ser quien guió “en ideas y propósitos [...] con las altas dotes de su privilegiada inteligencia”, al resto de los diputados reunidos en la provincia de Santa Fe⁵⁶. Se trata de Salvador María del Carril, hombre de gran impronta política que ocupó, a lo largo de su carrera, cargos de suma trascendencia institucional (fue vicepresidente de la nación y ministro de la Corte Suprema de Justicia).

José María Zuviría, quien fuera secretario de actas del Congreso General Constituyente, destacó en su reconocido libro “Los Constituyentes de 1853”, además de ciertos atributos de la personalidad del Dr. Del Carril, su amplio conocimiento de “las instituciones federales”, en virtud de haberse “contraído exclusivamente al estudio de la historia política contemporánea”⁵⁷. Señaló que, una vez instalados en el Congreso, su “pensamiento y voz decisiva” fue seguida por los constituyentes “más distinguidos e ilustrados”, entre ellos, Gorostiaga y Gutiérrez, con quienes formó un núcleo duro de ideas, pero siempre bajo su liderazgo. En su relato, aunque Del Carril no formase parte oficial de la comisión encargada de la redacción de la carta constitucional, se lo puede considerar “su alma, pues presidía a todo sus consejos y colaboraba con su poderosa mente por todos títulos de mérito inapreciable”⁵⁸.

El testimonio del secretario de actas José María Zuviría encuentra correlato en el contenido de dos cartas que fueron enviadas en aquella época y hoy se conservan como documentos de registro histórico. Una de ellas, de fecha 4 de diciembre de 1965, enviada por el constituyente Juan del Campillo al propio Del Carril, en la que le reconoce su incidencia en la tarea constitucional llevada a cabo: “Creo que la forma federal como la formuló Ud. el año 53, es la mejor posible para nuestra patria”. La otra, hallada entre las pertenencias de quien fuera presidente del Congreso, Facundo Zuviría, dirigida a dos de sus hijos, que lleva la fecha 17 de mayo de 1853 -esto es, diecisiete días después que se sancionara la constitución-, Allí les cuenta confidencias sobre el funcionamiento del Congreso, entre las que destaca la actuación en bloque de Del Carril, Gutiérrez y Gorostiaga, y la influencia ejercida sobre el resto, operando como grupo dominante. Textualmente dice: “Algunos eran furiosos por ella [en relación a la sanción del texto constitucional], como los señores Del Carril, Gutiérrez, Gorostiaga, Huerguito y la mayoría de los diputados arrastrados por éstos en todo y para todo”⁵⁹.

⁵⁶ ZUVIRÍA, José María, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁷ ZUVIRÍA, José María, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁸ ZUVIRÍA, José María, *op. cit.*, p. 80/81 y 91.

⁵⁹ GARCÍA MANSILLA, Manuel José, *op. cit.*, p. 16/18.

No es menor el dato de que fue una delegación integrada por los nombrados Del Carril, Gorostiaga y Gutiérrez (a la que se sumó Martín Zapata) quienes le llevaron al entonces presidente del Directorio, Justo José de Urquiza, una copia impresa de la constitución recientemente sancionada para que -de facto- proceda a su aprobación⁶⁰.

Hasta aquí, queda claro el papel de artífices que cumplieron los tres constituyentes citados. Sobre ellos, destaca el jurista Manuel José García Mansilla, tanto su formación académica como el conocimiento en particular que tenían del derecho constitucional estadounidense, además de un claro dominio del idioma inglés⁶¹.

Como se dijo en un apartado anterior, entre las fuentes jurídicas de consulta que inspiraron su labor y fueron objeto de un estudio profundo por parte de los nombrados, se destacan las reconocidas obras internacionales tituladas “*El Federalista*” (Hamilton, Madison y Jay), “*Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*” (Joseph Story) y “*Democracia en América*” (Alexis de Tocqueville), cuyos textos -en inglés o francés- circulaban entre los constituyentes que se hallaban asentados en la provincia de Santa Fe. A ellas se sumaba el libro “*Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*”, escrito por el distinguido autor Juan Bautista Alberdi.

Esta última obra es citada, durante las sesiones de debate, por varios de los constituyentes. El que primero lo hace es Pedro Zenteno, representante por la provincia de Catamarca, en la sesión de fecha 25 de noviembre de 1852, en la que pidió la palabra para que se lo autorizara a “la lectura de dos párrafos [...] contenidos en la obra del distinguido Alberdi”. Delfín Huergo, representante por la provincia de San Luis, fue el siguiente, al recordar una frase de su autoría: “como ha dicho un eminente publicista argentino, en vez de dar el despotismo a un hombre, dársele a la ley”. También el ya nombrado Manuel Leiva, quien, al proponer una modificación en particular a un artículo del proyecto en discusión, hizo saber que “en su redacción se había valido de las mismas palabras del distinguido publicista Alberdi”. La última mención es de José Fray Manuel Pérez, representante por la provincia de Tucumán, quien destacó la aparición “del proyecto de Constitución del Señor Alberdi”⁶².

Lo interesante es advertir que, del contenido de la obra de este tan destacado jurista argentino, no se desprende ninguna referencia al juicio por jurados. Tampoco es contemplado en su proyecto de constitución que, como vimos, estaba en poder de los propios diputados, luego de que les hiciera llegar una copia a través de su querido amigo Juan María Gutiérrez⁶³. Ello significa que la decisión de incorporar aquella institución a nuestra carta máxima se gestó en el seno del propio congreso,

⁶⁰ GARCÍA MANSILLA, Manuel José, *op. cit.*, p. 41.

⁶¹ GARCÍA MANSILLA, Manuel José, *op. cit.*, p. 46.

⁶² RAVIGNANI, Emilio, *op. cit.*, p. 419, 484, 501 y 512.

⁶³ GARCÍA MANSILLA, Manuel José, *op. cit.*, p. 13.

que tuvo como referentes a los ya nombrados Gutiérrez, Gorostiaga y Del Carril. Es razonable inferir que debió verse inspirada en los atributos que le asignaran al jurado los publicistas extranjeros antes mencionados a través de sus respectivas obras. Vale la pena, entonces, su repaso.

En “*El Federalista*”, quien escribe sobre la temática es Alexander Hamilton. En particular, lo hace en el artículo periodístico nro. 83, que lleva el nombre “*El Poder Judicial en relación con los juicios por jurados*”, el cual fuera publicado por primera vez en el diario *The New York Packet* el 22 de julio de 1788. Esta publicación nace como respuesta a la crítica que se le hizo al texto constitucional estadounidense por la falta de una disposición expresa que contemplara el juicio con jurados en casos civiles (carencia que, según se alegaba, escondía una intencionalidad de abolir por completo la institución).

La respuesta, lógicamente, gira en torno a desmentir por completo esta acusación. No obstante, en el recorrido argumental que ensaya el autor, se describen las virtudes que, en su consideración, ofrece el jurado para casos criminales. En concreto, destaca su utilidad y “efecto favorable sobre la libertad”, tanto “como defensa contra la opresión por parte de un monarca hereditario”, o como “barrera a la tiranía de magistrados populares en un gobierno popular”. Entiende que opera como límite frente a la “arbitrariedad en el encausamiento de cargos públicos, en los métodos de enjuiciar supuestas ofensas y en los castigos por convicciones arbitrarias”, supuestos que siempre se han presentado como “máquinas del despotismo judicial”⁶⁴.

La valoración de esta obra por parte de nuestros constituyentes, en lo que respecta a la institución del jurado, pareciera manifestarse en un aspecto en particular: el punto de vista que esgrime Hamilton en torno a su empleo para casos civiles. El publicista sostiene, al abordar el tema, que “la seguridad de la libertad” no se vería afectada ante la falta de una disposición constitucional expresa que prevea su intervención obligatoria; y que eventualmente, la decisión de su adopción como órgano de juzgamiento en dichos pleitos podría ser tomada por los integrantes del departamento legislativo, si así lo consideraran. Su criterio, sin embargo, no tuvo suficiente aceptación por parte de las autoridades de los distintos estados que conformaban aquel país naciente, en tanto una de las primeras enmiendas que se aprobó al poco tiempo de que se sancionara la constitución, fue aquella que garantizaba el derecho al juicio por jurados para casos civiles (enmienda nro. 7).

Lo relevante es que, en Argentina, no obstante aquel agregado con carácter de corrección (el cual era conocido entre los miembros del congreso reunido en Santa Fe), se decidió seguir la posición original que adoptaba la constitución

⁶⁴ HAMILTON, Alexander et al, *El Federalista*, traducción y notas de Daniel Blanch y Ramón Máz, Editorial Akal, Madrid, España, 2015, p. 585/587.

estadounidense -defendida, como se dijo, por el propio Hamilton- y fijar como obligatorio el jurado únicamente para casos criminales.

La obra de Tocqueville revela una visión de la institución muy similar, aunque pone el foco en su carácter republicano. Destaca que, con su implementación, “la dirección de la sociedad”, que se manifiesta a través del poder de juzgamiento penal, queda “en manos del pueblo”. En ese sentido, afirma que “la verdadera sanción de las leyes políticas se encuentra en las leyes penales”, por lo que, “el hombre que juzga al criminal es pues, realmente, el amo de la sociedad”. De esta forma, entiende al juicio por jurados como una expresión clara de la “soberanía del pueblo”, como una vía de “hacer reinar a la mayoría”⁶⁵.

También resalta su valor en materia de formación cívica. La llave, según sostiene el autor, está en que “cada uno, al juzgar a su vecino, piensa que podrá ser juzgado a su vez”. Ello los obliga a poner en práctica la equidad, a hacerse responsables de sus propios actos. En su opinión, “sirve increíblemente para formar el juicio y para aumentar las luces naturales del pueblo”, como si se tratara de “una escuela gratuita y siempre abierta, donde cada jurado va a instruirse de sus derechos, donde entra en comunicación cotidiana con los miembros más instruidos e ilustrados de las clases elevadas, donde las leyes le son enseñadas de una manera práctica”⁶⁶.

Por último, la obra de Joseph Story habla del jurado como un “privilegio” de la sociedad, “baluarte de sus libertades civiles y políticas”. Hace un repaso de su origen e instauración en tierra norteamericana, y de la importancia de que tenga un carácter de vecindad, circunstancia que, en definitiva, fue receptada por la cláusula constitucional de dicho país que dispone su obligatoriedad en el “juicio de todos los crímenes” (art III, Sección 2^a, cláusula 3^a). A su vez, destaca las críticas que recibió la sanción de la ley fundamental –en particular, en lo relativo a esta materia- y como ello provocó que, al poco tiempo, se aprobaran distintas enmiendas al texto, entre las que se encontraba aquella que garantizaba el derecho a “un juicio público y pronto, por un jurado imparcial” (enmienda nro. VI).

En definitiva, puede afirmarse que los constituyentes estaban al tanto de las vicisitudes que rodearon a la sanción del texto constitucional estadounidense y su letra final (enmiendas incluidas). También que, para esa época, tuvieron acceso –y de hecho, fue objeto de su profundo estudio- a las distintas obras jurídicas que abordaban el análisis técnico e histórico de dicho proceso institucional, las cuales sirvieron de guía e inspiración en su labor.

⁶⁵ TOCQUEVILLE, Alexis, “*La Democracia en América*”, disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B6QXUcoelzmpUU94NGhhZURCajA/view?resourcekey=0-omwkND8PP5Rxf9ZKTew8Aw>, p. 322/323.

⁶⁶ TOCQUEVILLE, Alexis, *op. cit.*, p. 324.

III. Reflexiones finales

El recorrido histórico expuesto permite extraer varias conclusiones. En primer lugar, que efectivamente el derecho constitucional estadounidense fue un marco de referencia muy significativo en la tarea que llevaron a cabo nuestros constituyentes al dar sanción en el año 1853 al texto fundacional del país. Así lo reflejan, no sólo los testimonios de la época y los registros históricos de las sesiones de debate, sino las propias características que exhibe el sistema de gobierno federal finalmente adoptado. Son conocidas las palabras del ya nombrado José María Zuviría, secretario del Congreso General Constituyente de Santa Fe, al trazar una comparación sobre ambos textos: “la que impropiamente se denominó copia, resultó ser mucho más perfecta que el modelo, como puede juzgarlo cualquiera que las ponga delante de sí y las estudie con ánimo tranquilo, imparcial y sereno”⁶⁷.

En segundo término, que el juicio por jurados en los Estados Unidos de Norteamérica, por la manera en que se origina su incorporación a la norma constitucional –y se reafirma a partir de la aprobación de una enmienda específica que así lo consagra-, reviste el carácter de un derecho fundamental del ciudadano, el cual, como tal, no puede ser omitido ni dejado a un lado. Bajo esa fórmula, el instituto exhibe un propósito garantizador y se asienta como un límite a la autoridad estatal en el ejercicio de la fuerza penal, en pos de evitar su uso despótico, excesivo, arbitrario o simplemente injusto, otorgándole a la ciudadanía el poder de actuar como filtro mediante la decisión primaria que la habilita o, en su caso, la desecha (al dictar el respectivo veredicto de culpabilidad o inocencia).

Lo que allí nació como una prerrogativa concedida –o, en su defecto, consensuada- por parte de la corona británica a las colonias, con el correr de los años y, en particular, en el momento culmín en que se desató la disputa que dio lugar al proceso de independencia, cobró para los habitantes de aquellas tierras un valor claro de *garantía* o resguardo frente al abuso de la coacción penal, la cual, en definitiva, ponía en riesgo su libertad, su propiedad, su seguridad individual y hasta la obtención misma de justicia. Eso es, en definitiva, lo que se plasma en el texto fundamental de dicha nación: la consagración de un derecho que no puede quedar al arbitrio de ninguna autoridad y que comprende, en toda su expresión, el ser juzgado, frente a una acusación criminal, por los miembros de la propia comunidad⁶⁸.

⁶⁷ ZUVIRÍA, José María, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁸ Es interesante conocer la opinión del destacado jurista, Dr. Edmundo Hendler, relativa a la función que cumple el jurado dentro de la propia sociedad y qué significa el ser *juzgado por los pares*. Él entiende que su valor está en “resguardar la homogeneidad cultural de quienes imponen los castigos y quienes son castigados”, propósito que se materializa, obviamente, a partir de la integración del jurado con personas que pertenecen al mismo entorno cultural que el acusado y manejan idénticos valores y criterios.

Por el contrario, la sanción de nuestra constitución nacional se desarrolla sobre la base de un proceso institucional completamente distinto. No por ello menos problemático, ya que la ausencia en el Congreso General Constituyente de representantes por parte de la provincia de Buenos Aires, los focos de conflicto armado que no terminaban de cesar y el miedo, siempre presente, tanto a la anarquía como al despotismo (extremos repetidos incansablemente en los discursos de la mayoría de los diputados), signaron la labor normativa de carácter fundacional llevada a cabo. Sin embargo, es claro que la incorporación del juicio por jurados como modo de finalizar las causas de competencia penal, nace o se decide en un contexto diferente y, como tal, responde a otros motivos.

No es una institución que la propia ciudadanía le reclamó (o le *arrancó a la fuerza*) a las autoridades que sancionaron el texto fundamental, como ocurrió en el caso de la norma superior estadounidense, en el que los habitantes de los distintos Estados, no conformes con la disposición que fijaba su obligatoriedad para los casos criminales, exigieron su consagración como derecho en una de las primeras enmiendas (producto, como ya expusiera, de los reiterados abusos en los que había incurrido en materia de juzgamiento la corona británica); sino que se trató de una decisión serena y deliberada, tomada en el seno del Congreso General Constituyente por sus principales artífices, quienes se vieron influenciados por las lecturas de grandes autores de la época como Hamilton, Story y, principalmente, Tocqueville, que describían al jurado como un órgano de carácter republicano, baluarte de las libertades públicas y barrera firme frente a la arbitrariedad en el uso de la fuerza penal, además de destacar su gran utilidad en materia de formación cívica de la propia ciudadanía.

Ese es el sentido que le otorgaron al jurado nuestros constituyentes al decidir su incorporación en el texto constitucional como órgano de justicia y decisor de los conflictos penales. El jurado como institución política, de carácter republicana; como forma de distribuir y ejercer el poder jurisdiccional del Estado en una de las materias de mayor sensibilidad, por las consecuencias directas que tiene sobre la vida de los ciudadanos (al afectar sus valores más importantes: la libertad, la propiedad, la dignidad y el honor). El jurado, también, como institución formativa, en una sociedad joven y de baja instrucción.

Ello adquiere sentido en lo que el autor denomina “el momento más álgido” del enjuiciamiento penal, que no es otro más que es “el de la determinación de la culpabilidad por el hecho ya ponderado como típico y antijurídico”; es allí, al momento en que debe ser apreciado su comportamiento y formularse el consecuente juicio de reproche, cuando, según afirma, cobra importancia que dicha labor sea realizada por personas que pertenezcan a su mismo grupo social y tengan similares concepciones de vida, de forma tal de evitar aquel recelo natural que se origina en integrantes de un sector de la sociedad más privilegiado que, en cumplimiento de dicha función, defienden los valores e intereses de su propia clase. Dicha mirada, que puede venir cargada de desconfianza y lejanía, tiende a manifestarse a través de una mayor “selectividad y violencia del castigo penal”, características, ambas, que tienen lugar de manera discriminatoria (cfr. HENDLER, Edmundo S., *op. cit.*, p. 55-58.)

A diferencia de lo que ha sostenido una parte importante de la doctrina, no se advierte en dicha decisión la idea de consagrar –implícitamente– un derecho inalienable a ser juzgado por los denominados *pares* (otros integrantes de la comunidad que no ejercen ningún cargo público formal); es decir, más allá del claro punto de contacto que evidencia con el derecho constitucional estadounidense, no pareciera haber sido ese el significado que se le atribuyó al fijar su obligatoriedad para “todos los juicios criminales ordinarios”⁶⁹.

Partiendo de esta interpretación, son varias las afirmaciones que se pueden trazar. Para empezar, que el mandato constitucional que exige su adopción no es optativo ni puede quedar sujeto a criterio de las autoridades que, eventualmente, conduzcan los destinos del país. Se trata de un imperativo institucional. Es la forma en que nuestra constitución, como norma fundacional y organizacional, exige que se ejerza uno de los poderes constituidos (el jurisdiccional, en su faceta penal). Por ello, si bien dada su propia naturaleza (y así está establecido en la norma máxima), no tiene operatividad inmediata y requiere de una ley de implementación, aquella no puede ser postergada indefinidamente, ya que ello implicaría desoir el mandato constitucional.

Asimismo, en cuanto a la forma de implementación, si bien el desarrollo histórico efectuado no es suficiente para afirmar, sin más y de manera categórica, una forma específica en que debe ser instaurada la participación ciudadana en la administración de justicia penal, sí permite fijar una rigurosa condición que no puede ser soslayada a la hora de llevarse a cabo dicha tarea: el modelo de jurado a ser adoptado no debe alterar el carácter *republicano* que se le atribuye como institución política; es decir, que por medio de su instrumentación, no se vea desdibujado o machacado aquel propósito.

Por ello, las características que el jurado exhiba, ya sea en cuanto a su conformación o funcionamiento, deberán reflejar un freno real a la autoridad estatal, por parte de la ciudadanía, en el ejercicio del poder penal, que lo constituya como órgano de conciencia de esta última y, por ende, como *muralla* frente a eventuales leyes opresoras y frente a toda imposición que pudiera derivar de ellas⁷⁰. En ese marco, es evidente que aquel límite sólo se concreta de una manera: la puesta en manos de la propia comunidad de la decisión que habilita el ejercicio de la acción punitiva no debe ser ficticia, sino que debe responder a un acto de empoderamiento real. ¿Qué significa ello? Que el jurado debe hallarse blindado a toda posible influencia que pudiese provenir de algún grupo o sector determinado, ya sea estamental o institucional; en forma directa, integrando parte del jurado y

⁶⁹ *Ordinarios*, en el sentido, como lo dice la propia norma, de que no se deriven del procedimiento de ‘juicio político’ atribuido al Poder Legislativo.

⁷⁰ Cf., BINDER, Alberto M., *op. cit.*, p. 82.

participando del proceso de toma de decisión, o bien de manera indirecta, revisando o anulando sus veredictos⁷¹.

En mi opinión, el modelo de jurado que mejor responde a dicha exigencia es aquel que se integra con ciudadanos legos y accidentales que no cargan con la obligación de exponer los fundamentos del veredicto al que arriban, al menos cuando éste desautoriza el uso de la fuerza punitiva; decisión que, además, no puede ser objeto de revisión alguna. Es que, si se le exigiera al jurado que justificara su accionar liberador, de manera razonada y de conformidad con la ley vigente, bajo la posibilidad de que su decisión sea anulada o modificada, aquel no actuaría como “freno” o “muralla” del poder estatal, o más puntualmente, de los grupos de poder que lo ejercen, sino tan sólo como un mero ejecutor de la normativa que éstos mismos dispusieran, aún en el caso que, en su consideración, fuera injusta u opresora.

Bibliografía

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2^a edición, 5^a reimpresión, 2009.

BRUZZONE, Gustavo A., “Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia penal en Sudamérica: ¿Se instaurará finalmente el juicio por jurados en Argentina como lo establece su Constitución Nacional desde 1853?”, en MAIER, Julio B. et al., *Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Adhoc, 2000.

93

CAVALLERO, Ricardo J., “La Constitución Argentina. La realidad jurídica y un reciente ensayo de tribunal mixto”, en MAIER, Julio B. et al., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Buenos Aires, Adhoc, 2000.

GARCÍA MANSILLA, Manuel José, “Aportes inéditos sobre la historia del Congreso General Constituyente de 1853. Homenaje a 170 años de la sanción de la Constitución Nacional”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 4, Nro. 1 (junio de 2023).

GRAU, Luis, *El Constitucionalismo Americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid, Dykinson, 2011.

HAMILTON, Alexander et al, *El Federalista*, traducción y notas de Daniel Blanch y Ramón Máiz, Madrid, Akal, 2015.

⁷¹ Sin ir más lejos, el poder de anulación que le confiere al Juez profesional el art. 375 bis de la ley n° 14.543/13, por medio de la cual se implementó el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires.

HARO, Ricardo, “Abogados destacados en el Congreso de 1853: Gorostiaga, Guíerrez y Del Campillo”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2020, disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs-dir/55/files/sites/55/2020/11/artabogadosdestacados.pdfsoft>

HENDLER, Edmundo S., “El juicio por jurados. ¿Derecho u obligación?”, en MAIER, Julio B. et al., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Buenos Aires, Adhoc, 2000;

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I.- Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2^a ed., 2002.

RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación. Tomo cuarto. Fuentes seleccionadas, coordinadas y anotadas en cumplimiento de la ley 11.857*, Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, año 1937-1939.

STORY, Jospeh, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, t. I, 3^a ed., traducido por Nicolás A. Calvo, Buenos Aires, Editorial Imprenta y Librería de Mayo, 1881.

TOCQUEVILLE, Alexis, *La Democracia en América*, disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B6QXUcoelzmpUU94NGhhZURCajA/view?resourcekey=0-omwkND8PP5Rxf9ZKTew8Aw>.

VANOSSE, Jorge Reinaldo, *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su Jurisprudencia*, Buenos Aires, Pannedille, 1970.

ZUVIRÍA, José María, *Los Constituyentes de 1853*, Buenos Aires, editor Felix Lajoune, 1889.

Las entidades interjurisdiccionales como fenómeno del federalismo de concertación: estudios en torno a Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE)

Augusto Demacópulo*

Resumen

La Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado, como entidad interjurisdiccional conformada por la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires, además de una categoría dentro de la descentralización administrativa, responde al fenómeno denominado por la CSJN como “federalismo de concertación”. En este caso, ambos estados acordaron la creación de una entidad independiente en su estructura y organización a ellos, a los efectos de que la disposición de los residuos urbanos se realice de forma más eficiente y ecológica.

El funcionamiento de tal tipo de entidad, más allá de su conformación como Sociedad del Estado, posee características propias que ameritan un estudio particularizado.

Palabras Clave: Organización Administrativa - Entidades Interjurisdiccionales - Federalismo de Concertación.

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Buenos Aires.

Abstract

The Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), an interjurisdictional entity established by the City of Buenos Aires and the Province of Buenos Aires, represents not only a form of administrative decentralization but also reflects the phenomenon described by the Supreme Court of Justice of the Nation as “federalism by agreement.” In this case, both jurisdictions agreed to create an entity independent in its structure and organization from their respective governments, with the purpose of ensuring that the management of urban waste is carried out in a more efficient and environmentally sustainable manner. The operation of this type of entity, beyond its formal structure as a state-owned company, exhibits distinctive characteristics that warrant a specialized analysis.

Keywords: Administrative Organization – Interjurisdictional Entities – Federalism by Agreement.

I. Presentación

El presente artículo tiene por objeto realizar un estudio acerca de la organización, estructura, funcionamiento y control judicial de Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (en adelante, CEAMSE). En este sentido, es dable aclarar desde ya que, más allá de su tipología societaria, su conformación permite situarla en la categoría de las entidades interjurisdiccionales.

Al respecto, y en línea con otros artículos del suscripto en torno a tal tipo de dependencias¹, corresponde destacar, en primer lugar, corresponde destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación las ha definido como entes federales con personalidad jurídica propia e individualidad jurídica y funcional que permite distinguirlos de los estados locales signatarios del acuerdo que les dio origen².

En tal orden de ideas, cabe poner de relieve que la gama de entidades que encuadrarían en los alcances otorgados en tal definición resulta sumamente amplia: al parecer, las únicas condiciones que deberían reunir son la existencia de un acuerdo entre dos o más estados y la personalidad jurídica propia del ente distinta a la de los estados signatarios.

Por su parte, CEAMSE, además de cumplir con los requisitos indicados en el párrafo anterior, posee una serie de notas distintivas que la encuadran dentro de las entidades que ostentan cierto poder de policía –en el caso específico en cuanto a un poder de policía de salubridad–, tal como sucede con otras entidades interjurisdiccionales como la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires que, a diferencia de otro tipo de dependencias de tipo consultivo, prestan un servicio para los habitantes dentro de un marco territorial, para lo cual los convenios de creación que confirieron el ejercicio de ciertas potestades públicas para lograr su cometido.

A lo largo de los sucesivos apartados de presente, analizaremos qué características posee CEAMSE que lo diferencia de otro tipo de entidades interjurisdiccionales.

97

II. Antecedentes y creación de CEAMSE

II.1. Antecedentes y Convenio de creación

Hasta el año 1977, la disposición de los residuos domiciliarios en el AMBA resultaba un proceso muy distinto al sistema que existe en nuestros días: desde comienzos del Siglo XX en la Ciudad de Buenos Aires funcionaban una serie de

¹ Ver, Demacópulo, Augusto, “Acerca del régimen de las entidades interjurisdiccionales: el caso de la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 21, n° 2, Buenos Aires, 2023, pp. 65-90.

² CSJN, *Fallos* 322:1511.

incineradores municipales distribuidos a lo largo de su territorio que, sumados a los incineradores domiciliarios, comerciales e institucionales, destruían la mayoría de los desechos urbanos. Además de tal mecanismo, también existían un conjunto de vaciaderos a cielo abierto en donde los vecinos arrojaban los desechos para ser destruidos mediante agentes naturales³.

A lo largo del citado año la situación descripta en el párrafo anterior varió sustancialmente: en enero se publicó en el Boletín Oficial municipal la Ordenanza 33291, a través de la cual se aprobaron una serie de normas y regulaciones sobre el control de la contaminación ambiental, entre las cuales se prohibió la instalación de nuevos incineradores domiciliarios, comerciales e institucionales a partir de enero de 1978 y, en forma inmediata, las combustiones o quemas a cielo abierto.

Paralelamente, también en enero y mayo del año en cuestión las autoridades de facto de la Provincia de Buenos Aires y la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires suscribieron una serie de acuerdos⁴ mediante los cuales se acordó un método común en la disposición final de los residuos sólidos. Al respecto, se dispuso que serían utilizados para llenar tierras bajas o inundables de escaso valor, las cuales serían utilizadas para la creación de parques recreativos y demás equipamientos de interés público (v.gr. autopistas, aeropuertos, hospitales, cementerios, etc.).

Asimismo, se convino la adquisición de una franja de tierra destinada a espacios verdes que rodearía el área metropolitana denominada “Cinturón Ecológico de Buenos Aires”, la cual estaría constituida por una autopista de cintura que comunicaría al Ciudad de Buenos Aires y dieciséis municipios bonaerenses. A tales efectos, se definieron las siguientes áreas prioritarias de la ejecución de tal cinturón: a) terrenos adyacentes a la Autopista Buenos Aires – La Plata, desde el Riachuelo hasta la Ciudad de La Plata, comprendidos entre la costa del Río de la Plata y la envolvente virtual que delimitaba las zonas urbanas edificadas y; b) las tierras adyacentes al Río Reconquista, desde el dique de Cascallares⁵ hasta su desembocadura, siempre y cuando se tratara de tierras no urbanizadas. La Provincia de Buenos Aires se comprometió a declarar de utilidad pública y sujetas a expropiación tales tierras, las que serían adquiridas mediante aportes de ambas jurisdicciones. Sin perjuicio de ello, en el convenio ampliatorio se convino, como

³ Ver, al respecto, Paiva, Verónica y Perelman, Mariano “Recolección formal e informal en la Ciudad de Buenos Aires: la ‘quema’ de Parque Patricios (1860-1917) y la ‘quema’ del Bajo Flores (1920-1977)”, XII Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia, Facultad de Humanidades y Centro Regional Universitario Bariloche. Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche, 2009.

⁴ Aprobados mediante la Ordenanza 33.691 y Decreto 3296/1977 (MCBA) y Decretos-ley 8782/1977 y 8981/1978 (PBA).

⁵ Situada a 3,5 kilómetros del nacimiento del Río Reconquista, en el Partido de Merlo, Provincia de Buenos Aires.

etapa prioritaria del cinturón ecológico, la afectación a tal proyecto de las tierras adyacentes a la cuenca del Río Reconquista y del Arroyo Morón.

Por lo demás, las partes acordaron la creación de una empresa en los términos de la Ley 20.705 denominada Cinturón Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado⁶ (CEAMSE), con domicilio legal en la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires⁷.

La firma en cuestión poseería un capital inicial integrado por partes iguales. Asimismo, se convino que su capital sería ampliado en la primera asamblea con los siguientes recursos: i) tierras fiscales de propiedad de la Provincia de Buenos Aires en áreas donde se desarrollen los proyectos; ii) la Municipalidad de Buenos Aires aportaría un inmueble situado en el barrio de Nueva Pompeya y dinero en efectivo para compensar las diferencias que pudieran existir; c) aportes tendientes a reembolsar a la Provincia de Buenos Aires el costo real de las expropiaciones de tierras de dominio privado comprendidas en el área en que se desarrollan los proyectos.

Asimismo, ambas partes se comprometieron a que la disposición final de los residuos de cada uno de sus territorios afectados por medio del convenio se realizaría mediante el sistema de relleno sanitario por intermedio de CEAMSE. Tal firma establecería sitios de recepción de los residuos y correría por cuenta de cada municipio los costos de transporte hasta tal establecimiento.

Por lo demás, se acordó que se dictarían las normas necesarias para eximir de cualquier clase de impuesto, tasa o contribución municipal y/o provincial a los inmuebles que recayeran sobre las propiedades de la firma.

Ahora bien, el convenio en cuestión fue ulteriormente modificado a través de un nuevo convenio suscripto en junio de 1980⁸. A través de dicho acuerdo se dispuso que la Provincia de Buenos Aires transferiría a CEAMSE la totalidad de los inmuebles expropiados o expropiar como aporte de capital, mientras que la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires aportaría una suma equivalente al valor de tales propiedades.

II.2. Funcionamiento y atribuciones de CEAMSE

La sociedad en cuestión, posee domicilio legal en la Calle 6 N° 1209 de la Ciudad de La Plata Provincia de Buenos Aires, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del estatuto. No obstante, posee también una sede administrativa en la Ciudad de Buenos Aires.

⁶ El nombre original fue “Cinturón Ecológico Sociedad del Estado”, reformado mediante un acuerdo suscripto el 29 de julio de 1977 entre las jurisdicciones contratantes.

⁷ No se soslaya que a través de los artículos 40 y 48 del Decreto 70/2023 el Poder Ejecutivo Nacional derogó la ley 20705 y dispuso transformar las Sociedades del Estado en Sociedades Anónimas. Sin embargo, al momento de redactar al presente, CEAMSE no modificó su estructura societaria.

⁸ Aprobado por medio de la Ordenanza 36.374 y Decreto-ley 9598/1980.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 4º del estatuto, el CEAMSE tiene por objeto: a) planificar, proyectar y ejecutar la disposición de los residuos sólidos de toda el área metropolitana⁹ mediante la utilización de rellenos sanitarios; b) planificar, proyectar y ejecutar la recuperación de terrenos bajos e inundables dentro del área metropolitana mediante rellenos sanitarios de residuos sólidos, así como el refulido¹⁰ de zonas costeras o la apertura de canales o rectificación de cursos de agua.; c) proyectar y ejecutar un sistema regional de parques recreativos, realizando la forestación de áreas recuperadas; d) llevar a cabo programas de urbanización; e) efectuar las reservas de tierras necesarias para la localización de equipamiento de interés público.

Asimismo, se aclaró que tal objeto se desarrollaría en: i) los terrenos adyacentes al trazado de la autopista Buenos Aires-La Plata, comprendido entre el Riachuelo y hasta la ciudad de La Plata, la costa del Río de La Plata y la envolvente virtual que delimita las zonas urbanas edificadas, y; ii) las tierras adyacentes al Río Reconquista desde el Dique de Cascallares hasta su desembocadura, siempre que se trate de tierras no urbanizadas

Por otra parte, el artículo 8 del estatuto dispuso que los recursos de la sociedad se componen de: i) fondos provenientes de la Provincia de Buenos Aires y la actual Ciudad Autónoma de Buenos Aires en carácter de préstamos; ii) tarifas que perciba por la disposición final de los residuos y por la recepción de residuos en estaciones de transferencia y su transporte hasta el lugar del relleno; iii) las contribuciones que perciba para obras de infraestructura y por la utilización de las instalaciones de parques recreativos; iv) fondos de reserva que se crean con el producido de las operaciones societarias y; v) el producido de venta, locación, usufructo o concesiones de los bienes muebles, semovientes o inmuebles de su propiedad.

En línea con ello, corresponde aclarar que en acuerdo con lo estipulado en el cláusula quinta del convenio de creación, las jurisdicciones acordaron que CEAMSE percibiría los siguientes ingresos: a) una tarifa básica por tonelada de residuos descargados; b) una tarifa básica por recepción en la estación de transferencia y transporte al sitio de relleno; c) una tarifa por tonelada de basura descargada en concepto de contribución para obras de infraestructura y; d) demás recursos previstos en el estatuto.

⁹ Tal área comprendía la Ciudad de Buenos Aires y los municipios de Vicente López, San Isidro, San Fernando, Tigre, General San Martín, General Sarmiento, Tres de Febrero, Morón, Moreno, La Matanza, Merlo, Esteban Echeverría, Almirante Brown, Lomas de Zamora, Quilmes, Avellaneda, Lanús, Florencio Varela, Berazategui, Berisso, Ensenada y La Plata.

¹⁰ Procedimiento que consiste en verter material extraído a través de un dragado en un lugar determinado.

III. Órganos que componen el CEAMSE

CEAMSE cuenta con los siguientes órganos internos para su funcionamiento: Directorio, Presidencia, Comité Ejecutivo, Sindicatura y Asamblea. A continuación se verán cada uno de ellos.

III.1. Directorio

El estatuto establece que la dirección y administración se la sociedad se encuentra a cargo de un directorio compuesto por cuatro (4) miembros titulares y dos (2) suplentes. Cada socio propondrá en el marco de la asamblea dos (2) miembros titulares y uno (1) suplente, que duran tres (3) años en sus funciones, con la posibilidad de ser reelectos sin limitación alguna. Los directores suplentes que reemplazarán a los titulares que correspondan a cada socio en caso de renuncia, fallecimiento, incapacidad, inhabilidad, remoción o ausencia definitiva. Asimismo, la asamblea elegirá entre los miembros del directorio al presidente y vicepresidente, quien reemplazará al primero en caso de ausencia o impedimento y presidirá el comité ejecutivo¹¹. Las funciones de tales agentes son, en principio, remuneradas, salvo que sean ejercidas por funcionarios de la Provincia de Buenos Aires o de la Ciudad de Buenos Aires.

Por otra parte, el estatuto dispone que el directorio debe reunirse como mínimo en forma mensual, aunque también puede convocarse en caso que el presidente, la mayoría de los directores o la sindicatura lo estimen conveniente. Podrá sesionar con la presencia de la mayoría de sus integrantes, adoptará sus decisiones con la mayoría de los miembros presentes y será presidida bajo la presidencia del presidente o vicepresidente, quienes poseen doble voto en caso de empate¹².

En cuanto a las funciones del directorio, el estatuto contempla, como principio general, que posee las más amplias facultades para organizar, dirigir y administrar la sociedad.

Respecto a las competencias en particular, se estipula que corresponde al directorio: a) ejercer la representación legal de la sociedad por intermedio del presidente y, en su caso, conferir poderes especiales o generales y revocarlos cuando lo estime necesario; b) tramitar ante las autoridades nacionales, provinciales y municipales todo cuanto sea necesario para el cumplimiento del objeto social; c) iniciar cualquier clase de acción judicial ante todo tipo de tribunales nacionales y extranjeros, transar judicial o extrajudicialmente en toda clase de cuestiones y controversias, comprometer en árbitros o amigables componedores; otorgar toda clase de fianzas ante los tribunales del país, prorrogar jurisdicción; renunciar al derecho de apelar o a prescripciones adquiridas; absolver y poner posiciones en

¹¹ Artículos 10 y 11 del estatuto.

¹² Artículo 13 del estatuto

juicios; hacer novaciones y otorgar quitas o esperas; d) operar de cualquier forma con los bancos y demás instituciones de créditos y financieras, oficiales, mixtas o privadas, nacionales o extranjeras y, previa resolución de la asamblea, emitir títulos de la deuda con garantía real, especial o flotante; e) realizar cualquier clase de acto jurídico de administración y disposición sobre los bienes que integran el patrimonio de la sociedad, en cuanto sean atinentes al cumplimiento del objeto social; f) aprobar la dotación de personal, efectuar los nombramientos permanentes o transitorios y fijar sus retribuciones, disponer promociones, pases, traslados y remociones y aplicar las sanciones disciplinarias que pudieran corresponder, pudiendo delegar tales funciones en el Comité Ejecutivo en cuanto a los cargos inferiores al de Gerente; g) mantener, suprimir o trasladar las dependencias de la sociedad y crear agencias o sucursales, dentro o fuera del país, constituir y aceptar representaciones; h) aprobar y someter a la consideración de la asamblea de la sociedad, la memoria, inventario, balance general y estado de resultados, proponiendo el destino de las utilidades del ejercicio y proponer a la asamblea el aumento, ampliación o cualquier modificación en las tarifas que perciba la Sociedad; i) constituir, integrar y vigilar la actuación del comité ejecutivo; j) resolver cualquier duda o cuestión que pudiera suscitarse en la aplicación del estatuto e informar tal decisión a la asamblea para que resuelta en forma definitiva, e; i) todas aquellas facultades no enunciadas o limitadas expresamente en cuanto tiendan al cumplimiento del objeto social.

III.2. Presidencia

La presidencia del directorio es ejercida en forma rotativa por la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires y dura un año en sus funciones¹³.

Entre sus funciones se destacan¹⁴: i) ejercer la representación legal de la Sociedad y hacer cumplir las leyes, el estatuto y las resoluciones que adopten el Directorio y la Asamblea; ii) convocar y presidir las reuniones de Directorio con voto en todos los casos y doble voto en caso de empate; iii)) ejecutar los actos reservados al directorio en caso de que razones de urgencia o necesidad perentoria tornen impracticable su citación a tiempo, sin perjuicio de informarlo en la primera reunión que se celebre; iv) informar al directorio sobre la gestión de los negocios de la Sociedad; v) absolver posiciones y reconocer documentos, y; vi) firmar letras de cambio, cheques y demás papeles de comercio cuanto se trate del cumplimiento de actividades atinentes a la consecución del objeto social.

¹³ Artículo 15 del Estatuto.

¹⁴ Artículo 18 del Estatuto.

III.3. Comité Ejecutivo

Asimismo, el estatuto prevé un comité ejecutivo, conformado por el vicepresidente del directorio y demás gerentes que decida el directorio, que se encontrará a cargo del a gestión y concertación de los negocios ordinarios de la sociedad¹⁵.

Sin perjuicio de que su funcionamiento queda sujeto a las reglamentaciones que dicte el directorio, el estatuto le confiere las siguientes atribuciones:

- a) proyectar el presupuesto anual de gastos y recursos y los programas de obras y sus modificaciones.
- b) regular las relaciones de orden laboral, conducir las negociaciones con las organizaciones representativas del personal de la Sociedad y fijar los planteles del personal y sus correspondientes funciones, deberes y retribuciones.
- c) mantener las relaciones societarias con terceros contratistas y ejecutar los actos, gestiones, contratos tendientes al cumplimiento del plan de actividades anual y del presupuesto de cada ejercicio.
- d) rendir cuenta de su gestión al directorio por intermedio del vicepresidente.

III.4. Sindicatura

La fiscalización interna de la sociedad se encuentra en cabeza de una comisión fiscalizadora integrada por tres síndicos titulares que permanecen 3 años en su cargo. Son electos por la asamblea, juntamente con 3 síndicos suplentes, bajo el siguiente mecanismo: cada una de las jurisdicciones elige a un síndico titular y un síndico suplente de acuerdo a la propuesta que efectúa el Banco de la Ciudad de Buenos Aires y el Banco de la Provincia de Buenos Aires, mientras que los síndicos restantes se eligen de común acuerdo¹⁶.

Los síndicos suplentes de cada uno de los socios reemplazarán a los titulares de la misma jurisdicción en caso de remoción, vacancia temporal o definitiva¹⁷.

Para su funcionamiento, el estatuto prevé que los síndicos actúan como cuerpo colegiado, debiendo reunirse al menos una vez por mes o a pedido de cualquiera de los síndicos dentro de los cinco días de efectuada la solicitud. Las decisiones se adoptan por mayoría de votos. La presidencia del cuerpo será ejercida en forma anual por uno de los síndicos, quien será designado por sorteo y representará al órgano ante el directorio y la asamblea.

¹⁵ Artículo 19 del Estatuto.

¹⁶ Artículo 21 del Estatuto.

¹⁷ Artículo 23 del Estatuto

Por último, en cuanto a sus funciones, el estatuto remite a las disposiciones pertinentes de la Ley Nacional 19.550¹⁸.

III.5. Asamblea

Por último, el estatuto¹⁹ contempla la celebración anual de una asamblea ordinaria a los efectos previstos en el artículo 234 de la Ley 19.550. También, a los efectos de las asambleas extraordinarias, el estatuto remite a lo dispuesto en el artículo 235 del citado plexo normativo.

Por otro lado, se prevé que las asambleas podrán ser convocadas por el directorio, la comisión fiscalizadora o a pedido de cualquiera de los socios, remitiendo respecto a su convocatoria al o previsto en el artículo 237 del cuerpo legal citado en el párrafo anterior²⁰.

Por lo demás, las asambleas serán abiertas por el presidente o vicepresidente del directorio y de inmediato se procederá a la elección de la persona que la presidirá, quien podrá encontrarse en cabeza de estos últimos miembros del directorio²¹.

IV. Régimen de empleo. Convenio Colectivo de Trabajo

104

En el año 2005 se suscribió el Convenio Colectivo de Trabajo entre CEAMSE y la Asociación Gremial de Obreros y Empleados de la CEAMSE, que fue homologado a través de la Resolución 309/2005 de la Secretaría de Trabajo de la Nación.

En primer lugar, cabe destacar que su ámbito de aplicación territorial comprende todo lugar donde desarrolle sus actividades CEAMSE. En particular, se consignaron la Ciudad de Buenos Aires y los Partidos de Avellaneda, Quilmes, Berazategui, Ensenada, San Fernando, San Isidro, Tres de Febrero, San Martín, Morón, Merlo, La Matanza, Esteban Echeverría, Almirante Brown, Florencia Varela de la Provincia de Buenos Aires.

Asimismo, las cláusulas del acuerdo alcanzan a todo el personal estable, obreros y empleados de CEAMSE, excepto el personal de dirección, esto es, directores titulares y suplentes, síndicos titulares y suplentes, gerentes y subgerentes y el personal de gabinete enumerado en el artículo 45²².

¹⁸ Ver Ley 19.550, artículos 284 a 298.

¹⁹ Artículo 24 del Estatuto.

²⁰ Artículo 25 del Estatuto.

²¹ Artículo 26 del Estatuto.

²² Artículo 45. Designación de personal de gabinete. El personal que pudiera ser designado como Asesor o con función de apoyo a un Director o Síndico, realizará dichas tareas mientras tanto permanezca en su cargo quien propuso su contratación, produciéndose el vencimiento en forma automática, al producirse la desvinculación del Director o Síndico citado. A tal fin, el vínculo jurídico será de locación

Por otro lado, el convenio regula ciertos elementos del contrato de trabajo, tales como capacitación (artículo 5), modificación en la situación personal (artículo 6), jornada laboral (artículos 7 a 13).

Seguidamente, se encarga de establecer ciertas reglas acerca de las modalidades del contrato de trabajo (artículos 14 a 17). Entre dichas cláusulas, se destacan la aclaración de que el personal se encuentra alcanzado por las disposiciones de la Ley 20.744 y sus modificatorias (artículo 14). También, la preferencia en el ingreso de hijos de empleados activos, de integrantes del grupo familiar de los trabajadores que cuenten con alguna discapacidad (artículo 39) y del sostén de familiar en caso de fallecimiento de un empleado (artículo 15) y la notificación a la entidad sindical y a la comisión paritaria permanente en caso de un despido con causa (artículo 16).

Asimismo, regula también cuestiones como licencias (Artículo 21), salarios y adicionales (artículo 22 a 30, 40, 42 a 44, 46 y 48), representación gremial (artículos 31 a 34 y 36), formación profesional (artículos 35, 37 y 38).

Por último, existe un sistema de retiro voluntario consistente en que todo/a trabajador/a en condiciones de acceder al beneficio jubilatorio puede acceder a un retiro equivalente a un 70% de la remuneración total promedio del último semestre. Durante dicho período CEAMSE hace cargo de las contribuciones previsionales y del seguro de salud hasta tanto el/la agente acceda al beneficio.

Además, los/as empleados/as que se encuentren dentro de los cinco años de acceder al beneficio jubilatorio pueden optar por un sistema de retiro programado, reduciendo en forma progresiva su jornada laboral hasta en un 70% de la jornada mensual, manteniendo la totalidad de aportes, contribuciones previsionales y seguro de salud (artículo 47).

105

V. Régimen de contrataciones

En otro orden de ideas, corresponde destacar que, en materia de contrataciones, CEAMSE se encuentra sometida a un pliego de bases y condiciones generales²³. Dichas cláusulas resultan aplicables a todo tipo de contrataciones, ya se trate de licitaciones públicas nacionales o internacionales, licitación privada, concurso de precios, contratación directa y concurso de proyectos integrales (artículo 1º).

Entre las cuestiones que se destacan y resultan novedosas respecto de los pliegos de bases y condiciones generales que regulan las contrataciones de las entidades que la conforman, se destaca la aplicación exclusiva del derecho privado. Al respecto, se excluye expresamente “(...) la aplicación total o parcial de las leyes de obras

de obra o de servicio, emitiendo cada asesor, la facturación conforme a la ley vigente tributaria. Las partes acuerdan expresamente que dichos asesores no forman parte del plantel de CEAMSE.

²³ El texto completo puede obtenerse en <https://www.ceamse.gov.ar/tramites/>

públicas, de contabilidad y demás normas de derecho administrativo de cualquier naturaleza o jurisdicción (...)” (art. 1.3).

Asimismo, el pliego en cuestión regula aspectos generales de toda contratación, tales como condiciones de las ofertas y propuestas (artículos 2 y 3), dictamen de preselección de ofertas (artículo 4) y forma y modo de impugnación de esta –en lo que se destaca la exigencia de una garantía de impugnación– (artículo 5), modo de adjudicación de la licitación, preferencia por empresas nacionales y perfeccionamiento del contrato (artículo 6) y garantías (artículo 7).

Asimismo, se prevé que el pago del impuesto de sellos queda a exclusivo cargo del contratista, incluso la proporción que le corresponda abonar a CEAMSE, caso contrario de retendrá de las sumas a abonar al contratista o se lo intimará a su pago bajo apercibimiento de rescisión (artículo 8).

Por lo demás, se regulan también los supuestos de extinción del contrato por fuera del cumplimiento de su objeto. Al respecto, se prevé la rescisión bilateral del contrato por acuerdo de partes, por causas ajenas a la voluntad de las partes y por culpa de alguna de ellas (contratista o CEAMSE), así como los efectos de ello (artículo 9). Sobre esto último, corresponde poner de relieve que el pliego equipara los efectos de la rescisión por culpa de CEAMSE a la rescisión por causas ajenas a la voluntad de las partes, beneficiando con ello a los eventuales contratistas (artículo 9.4.2).

106

Además, en este último precepto se destaca la posibilidad de CEAMSE de ejercer cierto ius variandi en el objeto de la contratación: podrá reducir o incrementar la prestación objeto de la contratación en un más o menos veinte por ciento (20%) del monto total del contrato (artículo 9.3.2.1), sin que dicha prerrogativa resulte causal de rescisión.

Por otro lado, también se contemplan las penalidades por incumplimientos del contratista y, sin perjuicio de lo que será desarrollado en el apartado siguiente, se dispuso una cláusula que atribuye la competencia de todo conflicto judicial a los tribunales ordinarios de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 10).

VI. Gestión de los residuos urbanos

Corresponde aclarar que, con motivo de la creación de CEAMSE, la Provincia de Buenos Aires dictó el decreto-ley 9111/78, mediante el cual dispuso que los municipios de Vicente López, San Isidro, San Fernando, Tigre, General Sarmiento²⁴, General San Martín, Tres de Febrero, Morón, Merlo, Moreno, La Matanza, Esteban Echeverría, Almirante Brown, Lomas de Zamora, Quilmes, Avellaneda, Lanús, Florencio Varela, Berazategui, Berisso, Ensenada y La Plata debían obligatoriamente contratar a la citada entidad a los efectos de la disposición

²⁴ Actualmente conforma los partidos de José Clemente Paz, Malvinas Argentinas y San Miguel.

final de sus residuos urbanos en rellenos sanitarios²⁵.

También dicho cuerpo normativo prohibió los depósitos de basura en espacios abiertos o cerrados, su quema o incineración, así como la posibilidad por parte de los municipios de realizar cualquier tipo de tarea de recuperación de residuos.

Asimismo, a través de la ley 13592, se estableció que la totalidad de los municipios que conforman la Provincia de Buenos Aires debían presentar ante la Autoridad Ambiental Provincial un programa de gestión integral de residuos sólidos urbanos. Al respecto, se aclaró que CEAMSE presentaría el plante de gestión de los municipios alcanzados por el decreto-ley 9111/78.

Por lo demás, se dispuso que cada uno de los municipios tendrían un plazo de cinco años desde la aprobación de cada uno de los programas para alcanzar una reducción del 30% de la totalidad de los residuos con destino a disposición final

Por su parte, en la Ciudad de Buenos Aires actualmente rige la ley 1854, a través de la cual se comprometió para el año 2030 a reducir en un 80% los desechos depositados en los rellenos sanitarios de CEAMSE, tomando como pauta las cantidades enviadas en el año 2012. Además, se prohibió para el año 2028 la disposición final de materiales reciclables como aprovechables.

Finalmente, corresponde destacar que, no obstante lo señalado precedentemente, en el año 2008 se suscribió un nuevo acuerdo mediante el cual se convino que la Ciudad de Buenos Aires se comprometía a afrontar los costos que demandarían la construcción y puesta en marcha dentro del territorio de la Provincia de Buenos Aires de dos estaciones de transferencia y dos centros de gestión integral y tratamiento de residuos para transferencia y disposición de los residuos urbanos sólidos generados en ambos estados²⁶.

En definitiva, la política de ambos estados parecería orientarse a reducir paulatinamente la cantidad de residuos que se envían a los rellenos sanitarios de CEAMSE, sin perjuicio de que se observarían ciertas dificultades para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

²⁵ Tal disposición cominatoria fue cuestionada por el Municipio de La Plata, conflicto que fue resuelto por la CSJN en el precedente de Fallos 325:1249.

²⁶ Disponible en <https://normas.gba.gob.ar/documentos/B7yGaFR0.html>

VII. Régimen de funcionamiento para empresas transportistas de residuos de generadores privados

La conducta de las firmas transportistas que concurren a los complejos ambientales y estaciones de transferencia de CEAMSE se encuentra sujeta a un régimen de sanciones²⁷, que integra el formulario de inscripción como transportista de residuos de generadores privados.

El régimen en cuestión clasifica las faltas en los siguientes tipos: i) administrativas²⁸; ii) ambiental²⁹; iii) de conducta del personal de la empresa

²⁷ Disponible en <https://www.ceamse.gov.ar/wp-content/uploads/2021/07/IGOP-04-Régimen-de-Func-para-emp-Transportistas-.pdf>

²⁸ F01: No portar y/o presentar en el ingreso al Complejo Ambiental o Estación de Transferencia, la documentación correcta o completa que acredite la autorización (credenciales, nota de autorización, planilla de ingreso) otorgada por CEAMSE para la recepción de los residuos en las mencionadas instalaciones.

F02: Comenzar a transportar residuos a CEAMSE, originados en generadores que han iniciado la tramitación de su autorización (cliente nuevo o trámite nuevo), cuando el proceso de evaluación y autorización de la Solicitud aún no haya finalizado.

F03: Falseamiento del origen de residuos incluidos en viajes multicargas u omisión de los datos de generadores en la planilla de declaración de las empresas que conforman el viaje multicarga. Asimismo se incluye dentro de esta falta, el caso de empresas transportistas autorizadas a realizar viajes multicarga, que procedan a incluir y transportar en un viaje múltiple, residuos de generadores no autorizados para ser incluidos en viajes multicarga. Se incluye también en esta falta el caso de empresas transportistas no autorizadas a realizar viajes multicarga, y que procedan a incluir residuos de varios generadores en un mismo viaje

F04: Se incluye en esta falta el caso en que la empresa transportista, por cualquier causa, no entregara al generador los comprobantes de recepción emitidos por CEAMSE (CR).

F05: Falseamiento del destino dado a los residuos que el generador inscripto en CEAMSE encargó a la empresa transportista para que transportara y los dispusiera en los Complejos Ambientales ó Estación de Transferencia de CEAMSE. La falta consiste en derivar los residuos a otro centro de disposición no operado por CEAMSE, sin consentimiento del generador.

F06: Falseamiento agravado del destino dado a los residuos. Se trata de la situación de falsificación de los comprobantes otorgados por CEAMSE (CR), entregando documentación adulterada al generador para de este modo ocultarle a éste el verdadero destino dado a los residuos. La sanción que CEAMSE aplique a esta falta de acuerdo con el presente régimen, es independiente de las denuncias penales que le corresponda efectuar y acciones legales que podrá ejercer ante los tribunales competentes al efecto.

²⁹ F07: Transportar a CEAMSE residuos no admisibles para su disposición final en rellenos sanitarios o bien residuos abarcados por la Ley Nacional N° 24051, Ley Provincial N° 11720, o residuos patogénicos Tipo B incompletamente tratados, o bien residuos patogénicos Tipo C, según el Decreto Reglamentario 450/94 de la Pcia. de Bs. As.

F08: Intentar hacer ingresar nuevamente (en el mismo centro o en otro centro de CEAMSE), u ocultar entre otros residuos, aquella carga de residuos que haya sido previamente rechazada por personal de CEAMSE por no cumplir alguna condición de admisibilidad en Complejos Ambientales o en Estación de Transferencia.

F09: Transportar y descargar en basurales clandestinos, aquellos residuos producidos por un

transportista dentro de los predios de CEAMSE³⁰ y; iv) de seguridad e higiene³¹.

Por otro lado, las sanciones a aplicar son: a) apercibimiento; b) multa; c) suspensión temporaria de la autorización para ingreso y descarga; d) cancelación de la autorización extendida al transportista. La graduación de las sanciones se encuentra contemplada en un cuadro, en el cual se clasifica a cada una de las faltas y sus respectivas reincidencias hasta la sexta oportunidad en: i) A: apercibimiento; ii) M1: rechazo y comunicación de los hechos a la autoridad competente y multa equivalente a cincuenta veces el valor de la tarifa fijada para la recepción de los residuos que se pretenden remitir para tratamiento; iii) M2: multa consistente en cinco veces el valor del sueldo básico de un chofer de empresa de transporte de

generador que obtuvo su autorización en CEAMSE y que hayan sido encomendados expresamente por el generador para ser entregados en los Complejos Ambientales o en Estación de Transferencia de CEAMSE.

³⁰ F10: No acatar las instrucciones del personal de CEAMSE destacado en los Complejos Ambientales o en Estación de Transferencia.

F11: Manejar de manera temeraria o imprudente dentro del predio de CEAMSE, sin atenerse a la señalización de circulación interna.

F12: Descargar dentro del predio de los Complejos Ambientales / Estaciones de Transferencia de CEAMSE o en sus inmediaciones, aquellos residuos que hayan sido rechazados por no cumplir las condiciones de admisibilidad.

F13: Dejar abandonados, dentro del predio de los Complejos Ambientales / Estaciones de Transferencia de CEAMSE o en sus inmediaciones, recipientes o volquetes contenido residuos que hayan sido rechazados por no cumplir las condiciones de admisibilidad.

F14: Provocar desmanes o alteración del orden, dentro del predio de los Complejos Ambientales / Estaciones de Transferencia de CEAMSE, o bien provocar intencionalmente la rotura, deterioro o daño de equipos o infraestructura dentro del predio.

F15: Generar dispersión de residuos por no realizar la adecuada contención de los residuos en el vehículo de transporte, como ser ausencia de lona de cobertura de volquetes / cajas abierta.

F16: Bajarse del vehículo o transitar a pie en lugares no autorizados dentro de los Complejos Ambientales ó Estación de transferencia.

F17: Extraer, de la zona de descarga, elementos o residuos dispuestos, para ser llevados fuera de los predios de CEAMSE con destino a su comercialización individual ("cirujeo") o cualquier otro uso no autorizado por CEAMSE.

³¹ F18: Ingresar a los predios de CEAMSE con vehículos en malas condiciones de seguridad y/o mantenimiento, tales como: carecer de patente, luces de giro, luz de frenos o posición, paragolpes, existencia de desperfectos mecánicos que, en general, impliquen un riesgo de siniestralidad, o incumplir cualquiera de los requisitos establecidos por la normativa que rige en materia de automotores, de acuerdo al tipo y características de cada vehículo. Queda incluido en ésta falta, el hecho de no contar con Verificación Técnica Vehicular en todos los casos en que sea exigido por el ordenamiento vigente, y de no mantener el seguro del automotor al día. Tipifica como falta a los fines de la presente, la no exhibición de la documentación que acredite el cumplimiento de las exigencias previamente enumeradas (no taxativamente), cuando CEAMSE así lo requiera.

F19: Ingresar a los predios de CEAMSE en vehículos con personal dotado con elementos de seguridad insuficientes para transitar y operar dentro de las instalaciones de CEAMSE (ropa de trabajo, anteojos de seguridad, guantes, zapatos de seguridad).

residuos no peligrosos; iv) M3: multa equivalente a diez veces el valor del sueldo básico de un chofer de empresa de transporte de residuos no peligrosos; v) SM: suspensión temporal de treinta días corridos del permiso de operación multi-carga; vi) ST: suspensión temporal por treinta días corridos del permiso de ingreso a los complejos ambientales y estaciones de transferencia; vii) C: cancelación definitiva de la autorización otorgada por CEAMSE a la empresa transportista.

Por otro lado, se prevé el procedimiento para acreditar la falta, consistente en la notificación de CEAMSE a la firma transportista de las deficiencias que se advirtieron y el cargo que se le formula a los efectos de que efectúe el descargo que considere pertinente en un plazo de setenta y dos (72) horas. Al respecto, se aclara que, en los casos de faltas de conducta del personal, se identificará al vehículo involucrado y al chofer.

Además, se contempla que en el supuesto se aplicarse una multa, se intimará a la firma transportista a su cancelación dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, bajo apercibimiento de suspender su operación hasta su pago.

Por último, ante cualquier conflicto legal que pudiera suscitarse, se confiere competencia a los tribunales ordinarios de la Capital Federal y se declara que los transportistas constituyen domicilio en los consignados en el formulario de inscripción como transportistas de residuos de generadores privados.

VIII. Control judicial

En cuanto al control judicial, corresponde destacar, en primer término, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha otorgado a CEAMSE el estatus de aforada al fuero federal.

Al respecto, el máximo tribunal federal en el precedente “*Estrans SA*”—con remisión a las consideraciones efectuadas por la Procuración General de la Nación—consideró que “(...) *en tanto CEAMSE es una sociedad del estado – instituida en virtud de lo dispuesto en la ley 20.705–, de naturaleza interjurisdiccional, creada por un convenio entre la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires – de la cual la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resulta continuadora – y la Provincia de Buenos Aires, cuyo capital fue integrado por aquéllas totalmente en efectivo por partes iguales (...) ‘reviste el carácter de persona jurídica estatal que, en razón de su propia naturaleza, no podría quedar sometida ni a los tribunales de la Provincia de Buenos Aires, ni a los civiles de la Capital Federal, que son los fueron que corresponden a cada uno de sus dos socios. Por ello, su evidente naturaleza interjurisdiccional suscita la competencia federal ratione personae’ (...)*”³².

Sin perjuicio de ello, al momento de escribir el presente artículo, se detectan escasos

³² CSJN, “Estrans SA c/ Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado s/ amparo”, Expte. CSJ 501/2016/CS001, del 28/06/2016.

procesos que tramitan en la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal y en la Justicia en lo Civil y Comercial Federal³³. Tampoco se observan casos en la Justicia Federal de San Martín y la Justicia Federal de La Plata³⁴.

En rigor, el mayor cúmulo de causas en las que CEAMSE es parte actora o demandada tramitan en la Justicia Nacional de la Ciudad de Buenos Aires (v.gr. Justicia Nacional en lo Civil, Comercial y del Trabajo).

Asimismo, en tanto CEAMSE no dicta actos administrativos en los términos de la Ley Nacional 19.549, DNU CABA 1510/1997 y Decreto/Ley 7647/1970 y las relaciones de empleo se rigen, en lo sustancial, por la Ley 20.744 y el CCT analizado precedentemente, lo cierto es que el control judicial entendido en términos clásicos del derecho administrativo no le resulta aplicable.

En todo caso, resta el interrogante acerca del fuero competente ante situaciones que se le asimilan a tal control judicial, tales como el cuestionamiento en sede judicial de la resolución del Directorio de CEAMSE que resuelve las impugnaciones en el marco de una contratación (art. 5 del Pliego de Bases y Condiciones Generales). Entendemos que, para esos supuestos, resulta aplicable el precedente citado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en consecuencia, corresponderá atribuir competencia a la Justicia Federal.

IX. Control Externo

111

Por último, corresponde destacar que, en materia de control externo, las partes suscribieron un acuerdo³⁵ a través del cual se institucionalizó el régimen de fiscalización adicional de los actos que realice CEAMSE.

Al respecto, se acordó que el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires y la entonces Contaduría de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (actualmente Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires) auditarián a CEAMSE y, a tales efectos, se acordó que ambos organismos remitirían “(...) a sus respectivas jurisdicciones un informe causado en el que aconsejaran la aprobación u observación de dicha documentación y los fundamentos (...)”

De la compulsa de las páginas web de tales entidades surge que han realizado auditorías sobre diversos aspectos de CEAMSE³⁶. Incluso, la negativa de la

³³ Menos de 20 casos aproximadamente, de los cuales la mitad ya se encontrarían archivados.

³⁴ Poco menos de 5 casos.

³⁵ Ratificado a través de la Ordenanza 37.909 y Decreto-ley 9841/1982.

³⁶ Ver, entre otros, https://www.agcba.gov.ar/docs/inf-20210518_2060---CEAMSE-%E2%80%93-TRANSFERENCIAS-DEL-GCBA-.pdf, https://www.agcba.gov.ar/docs/inf-20230117_CEAMSE.pdf y https://intranet.htc.gba.gov.ar/sistemas/summun/uploads/documents/auditoria/34778/6601a758cb508.Informe%20CEAMSE%20-%20HTC%20Final%20Anal%C3%ADtico_firmado_.pdf

entidad a ser fiscalizada por la Ciudad de Buenos Aires ameritó el dictado de un pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia local, en el que se condenó a la sociedad estatal a la provisión de información y documentación requerida por el mentado órgano de control³⁷.

X. Conclusión

Conforme se expuso en los apartados anteriores, la creación de CEAMSE por parte de la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires tuvo por finalidad la búsqueda de una metodología compartida para la disposición de residuos urbanos. Al parecer, tal entidad logró su cometido, en tanto ambos estados lograron una política común en la gestión de los residuos dentro del AMBA, más allá de que actualmente se buscaría reducir las cantidades de basura que se remiten a los rellenos sanitarios.

Por otra parte, en cuanto al funcionamiento interno de tal ente, el análisis realizado en los apartados precedentes demostraría no sólo una importante independencia en su funcionamiento, sino también un notorio apartamiento de las disposiciones de derecho público, siéndole aplicable normativa propia del derecho privado, sin perjuicio de lo que refiere su control externo.

En definitiva, CEAMSE, en tanto estructura tendiente a la mejora de las políticas de salubridad en el AMBA, resultó una aplicación sustancialmente positiva del federalismo de concertación, entendido como la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las potestades de cada uno de los estados que conforman la federación se unen en un objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de sus intereses³⁸.

³⁷ Tribunal Superior de Justicia, “Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/ acción meramente declarativa”, Expte. 3944/05, del 02/05/2007.

³⁸ CSJN, Fallos 342:1591.

Ideologías, derecho y proceso civil

Nicolás J. Negri

“Hablar de ideologías en nuestro mundo es poner el dedo en una de sus máximas preocupaciones intelectuales”
(Cossio, Carlos, “Ideologías”,
Aislamiento y Comunicación,
Sudamericana, Bs. As., 1966, p. 74)

Resumen

Este ensayo explora la relación entre las ideologías, el derecho y el proceso civil. Sostiene que las ideologías son un componente inherente e ineludible de la condición humana y, por extensión, del ámbito jurídico. En este marco, el texto aborda cómo las ideologías se manifiestan en las prácticas jurídicas, desde la labor legislativa y la argumentación legal hasta la toma de decisiones judiciales. Asimismo, subraya la necesidad de reconocer los sesgos ideológicos en la judicatura, fomentar la transparencia y la deliberación para mitigar su influencia.

Palabras clave: Ideología – Derecho – Proceso civil – Jueces – Justicia

Abstract

This essay explores the relationship between ideologies, law, and civil procedure. It argues that ideologies are an inherent and inescapable component of the human condition and, by extension, of the legal sphere. Within this framework, the text examines how ideologies manifest in legal practices—from legislative work and legal reasoning to judicial decision-making. It also emphasizes the need to recognize ideological biases within the judiciary and to promote transparency and deliberation as means to mitigate their influence.

Keywords: Ideology – Law – Civil procedure – Judges – Justice

I. Ideologías

En general, una ideología es un conjunto de ideas, creencias y valores interrelacionados que forman una perspectiva particular sobre el mundo¹. Estas ideas, que sirven para explicar -en parte- cómo funciona la sociedad, el papel del individuo en ella y cómo se debe organizar², encuentran su sustento en principios y visiones que, a su vez, expresan y son tributarios de profundas razones y condicionamientos sociales, económicos y culturales que inciden en determinado contexto histórico³.

Valga destacar, tal como señala Berizone, que:

El tema de las ideologías se hace patente, a menudo de un modo perturbador, cuando se pone en cuestión el compromiso de los intelectuales. Es a ellos a quienes primariamente les corresponde el esfuerzo en favor de una desapasionada reflexión individual y crítica sobre las ideas, y, sobre todo, de la fundamentación de las opciones morales. La crítica a las ideologías,

¹ Ideología, del latín *idea* (idea) = *logos* (discurso).

² Uno de los términos filosóficos más usados es el de “ideología” (cfr. Stoppino, Mario, voz “Ideología”, en Bobbio, Norberto – Matteucci, Nicola – Pasquino, Gianfranco, Diccionario de política, trad. R. Crisafio y otros, 2^a ed., XXI Siglo Veintiuno, México, 2015, pp. 755-770. Zanger, Adolfo L., Ideología, e-libro.net, Bs. As., 2004, pp. 7-18. Van Dijk, Teun A., Ideología, trad. L. Berrone de Blanco, Gedisa, Sevilla, 2006, p. 9). Es también uno de los términos cuyo significado es más variables e impreciso, dice Villoro (“Es casi una rutina. Los estudios sobre la ideología a menudo comienzan con un comentario sobre la vaguedad de la noción y la consecuente confusión de su análisis”; Van Dijk, Ideología, cit., p. 13). El vocablo, con sus connotaciones actuales, pertenece a Marx y Engels, quienes entendieron por ella un tipo especial de “conciencia falsa” determinada por las relaciones sociales. No la aplicaron al conocimiento verdadero, sino solo a una forma de error socialmente condicionada. La sociología del conocimiento, cuyo principal representante es Karl Mannheim, colaboró en ponerla en boga: partiendo del concepto acuñado por Marx, le dio una mayor amplitud y vaguedad, al pasar a significar cualquier conjunto de conocimientos o de creencias, verdaderas o falsas, que estuvieran condicionadas socialmente; se llegó así a un “panideologismo”, pues cualquier creencia podía, en ese sentido, ser tildada de ideología (Villoro, Luis, El concepto de ideología y otros ensayos, 2^a ed., FCE, México, 2007, p. 14). “La tesis principal de la sociología del conocimiento es que existen formas de pensamiento que no se pueden comprender debidamente mientras permanezcan oscuros sus orígenes sociales”. “La sociología del conocimiento se esfuerza más bien en captar el pensamiento dentro del marco de una situación histórica-social, de la cual emerge poco a poco el pensamiento individualmente diferenciado” (Mannheim, Karl, Ideología y utopía, trad. S. Echavarría, FCE, México, 2004, p. 23).

³ Ejemplos de ideologías: 1) el liberalismo que enfatiza la libertad individual, la democracia representativa y la economía de mercado; 2) el socialismo que busca la igualdad social y económica, a menudo a través de la propiedad colectiva de los medios de producción; 3) el conservadurismo que valora la tradición, la estabilidad social y la autoridad; 4) el nacionalismo que prioriza la identidad y la unidad nacional; 5) el feminismo que busca la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres. Es importante tener en cuenta que las ideologías pueden ser complejas y multifacéticas. Por otra parte, no existen ideologías “puras” en la práctica, ya que las personas y los movimientos suelen combinar elementos de diferentes ideologías. Las ideologías pueden cambiar con el tiempo, adaptándose a nuevas circunstancias y desafíos.

o mejor su descalificación, asienta precisamente en la quiebra -que ellas implican- a esa regla de oro, y que conduce inevitablemente a opciones dogmáticas sesgadas, llevando a su des prestigio⁴.

Por nuestra parte hemos considerado que la ideología (como la misma realidad toda) tiene una significativa influencia en la práctica jurídica, especialmente, en la tarea de resolver casos judiciales⁵. Una muestra de ello son los diferentes pronunciamientos que ha ido dictando la Corte Suprema de Justicia de la Nación a lo largo de la historia, en diversidad de temas y cuestiones⁶.

Es importante tener en cuenta que las ideologías pueden ser complejas y multifacéticas⁷. Por otra parte, no existen ideologías “puras” en la práctica, ya

⁴ Berizonce, Roberto O., “Ideologías y proceso”, Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, Ano 11, Vol. 18, Nº 2, Maio a Agosto de 2017, pp. 472-473; este trabajo se halla recogido también en su reciente obra: Tendencias evolutivas del proceso civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2024, t. I, p. 202.

⁵ Negri, Nicolás J., Casos difíciles, La Ley, Bs. As., 2024, pp. 73-81.

⁶ Las ideologías que ha ido asumiendo la Corte Suprema se observa, por ejemplo, en el contraste entre el liberalismo (con su *laissez faire, laissez passer, que le monde va de lu même*), con respeto a la autonomía de la voluntad y la propiedad privada, por un lado, y el neoliberalismo-social (o marxista), donde ha primado el sentido social de la propiedad o de los derechos sociales, tales como el acceso a la vivienda, que en salvaguarda de la dignidad humana, ha legitimado el dirigismo o intervencionismo estatal, por otro lado (cfr. CSJN, Fallos: 136:161, “Ercolano”, 28/04/1922; Fallos: 137:47, “Horta”, 21/8/1922; Bidart Campos, Germán J., Interpretación del sistema de derechos humanos, Ediar, Bs. As., 1994, pp. 107-109; idem, El orden socioeconómico en la Constitución, Ediar, Bs. As., 1999, pp. 38-41, 75-82 y 155-161. Sagiüés, Néstor P., Derecho Constitucional, Astrea, Bs. As., 2017, t. 3, pp. 9-10 y 35-48; t. 3, pp. 38 y ss., 393-398; idem, Manual de derecho constitucional, Astrea, Bs. As., 2007, pp. 780-783. Manili, Pablo L., La economía en la Constitución Nacional, La Ley, Bs. As., 2023, p. 21 y ss.). Acerca de la historia de la Corte, véase Santiago, Alfonso – Tanzi, Héctor – Pugliese, María R. – Calero, Luciana (coord.), Historia de la Corte Suprema Argentina, Marcial-Pons, Buenos Aires, 2014. Pellet Lastra, Arturo, Historia de la Corte (1930-1990), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001. Oyhanarte, Julio, Recopilación de sus Obras, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 1-211.

⁷ La visión contemporánea de la ideología propuesta por el lingüista neerlandés Tean van Dijk (con su énfasis en los aspectos cognitivos, sociales y discursivos) ofrece una lente poderosa para analizar las ideologías en el campo del derecho. Así pues, algunas de las formas en que esta perspectiva puede enriquecer el análisis, es la comprensión profunda de la naturaleza del derecho. Por ejemplo: 1) el derecho como sistema cognitivo y social permite analizar cómo los conceptos legales se construyen y se organizan en la mente de los individuos y cómo se comparten socialmente. Se puede estudiar cómo las ideologías influyen en la interpretación de las leyes y en la toma de decisiones judiciales; 2) la relación entre ideologías y valores ayuda a comprender cómo los valores subyacentes a un sistema legal (justicia, igualdad, libertad) se ven influenciados por diferentes ideologías y cómo estas se reflejan en la creación e interpretación de las normas; 3) el derecho e intereses de grupo permite analizar cómo el derecho puede ser utilizado para promover los intereses de ciertos grupos sociales y cómo las ideologías dominantes pueden perpetuar desigualdades (van Dijk, Ideología, cit., p. 17 y ss.).

que las personas y los movimientos suelen combinar elementos de diferentes ideologías. Las ideologías pueden cambiar con el tiempo, adaptándose a nuevas circunstancias y desafíos⁸.

II. Ideologías y derecho

II.1. Dilemas de la humanidad

¿Es posible un derecho completamente objetivo, libre de cualquier influencia ideológica? ¿O es la ideología inherente a la naturaleza misma del derecho? ¿Cómo se define la «ideología» en el contexto del derecho? ¿Abarca solo las ideologías políticas, o también incluye valores, creencias y perspectivas más amplias sobre el mundo? ¿Cómo influyen las ideologías dominantes en una sociedad en la creación, interpretación y aplicación del derecho? ¿Qué mecanismos existen para controlar o mitigar la influencia de la ideología en el derecho y garantizar la imparcialidad? ¿Es la influencia de la ideología siempre negativa? ¿Puede la ideología ser una fuerza positiva para el cambio social y la justicia? Son estos algunos problemas actuales de la iusfilosofía y también de la teoría política (y del derecho constitucional).

También lo es si la ideología (o las ideologías) constituyen un verdadero dilema, es decir, aquella situación en la que nos encontramos frente a dos opciones, ambas aparentemente válidas, pero que se excluyen mutuamente. Es decir, debes elegir una y renunciar a la otra. Generalmente, ambas opciones tienen consecuencias, tanto positivas como negativas, lo que hace que la decisión sea difícil.

En mi opinión, como entendemos que las ideologías son complejas y multifacéticas, sobre todo en su faz práctica, no constituyen opciones excluyentes. Si bien, a menudo, las ideologías presentan visiones del mundo contrapuestas (por ej. el liberalismo y el socialismo tienen propuestas diferentes sobre el rol del Estado, la economía y la sociedad) y elegir una ideología puede implicar renunciar a aspectos de otra, lo cierto es que su naturaleza cultural y su carácter dinámico, puede ser que una ideología deba actualizarse o recrearse para ser útil a los tiempos⁹. Por

⁸ Borges nos diría: “cuidado, lector, no se deje engañar por la aparente simplicidad de estos sistemas. Las ideologías son como laberintos, intrincadas y llenas de recovecos, y rara vez se presentan en su forma pura. En el crisol de la realidad, se mezclan, se contaminan, se transforman. Son seres vivos, en constante evolución, adaptándose a las circunstancias cambiantes como camaleones ideológicos”.

⁹ Siguiendo a Bidart Campos, anotamos que la democracia liberal (“democracia constitucional”) necesita –hoy en día– un liberalismo “re-creado”, es decir, un liberalismo concebido para garantizar la libertad y los derechos de las personas, especialmente de los sectores más vulnerables. Esta libertad no se limita a la ausencia de interferencia estatal, sino que implica la capacidad real de acceder a la vivienda, al trabajo, a la educación y a la seguridad social, elementos esenciales para una vida digna. El liberalismo actual se presenta como la única ideología capaz de asegurar la justicia

ende, elegir una ideología puede ser una decisión compleja, ya que implica evaluar valores, prioridades y visiones del mundo, y, a la vez, evaluar las consecuencias que tiene en la vida de las personas: unas pueden priorizar la libertad individual,

y el desarrollo humano. Se aleja del liberalismo clásico, adoptando un enfoque solidario donde el Estado interviene activamente para promover el bien común y garantizar el acceso a los derechos. En esencia, el liberalismo busca crear las condiciones para que cada individuo pueda decidir su propio destino, reconociendo que la libertad y la justicia se construyen históricamente y se basan en un mínimo objetivo indispensable, reflejado en los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente (en los múltiples acuerdos o convenciones internacionales de las últimas décadas). La re-creación del liberalismo propone adaptar sus principios a las necesidades de las sociedades contemporáneas. Se trata de un proceso dinámico que busca constantemente ampliar las posibilidades de desarrollo y bienestar para todos (Bidart Campos, Germán J., *La re-creación del liberalismo*, Ediar, Bs. As., 1982, pp. 13-22, 33-35, 40 y 44-51; ídem, *Los valores de la democracia*, Eudeba, Bs. As., 1983, pp. 75-81, 83-87 y 131-134).

Por nuestra parte, agregamos que en la satisfacción de las necesidades humanas, se explica el principio de subsidiariedad en la vida económica; el hombre, en el afán de satisfacer sus necesidades y anhelos de plenitud, para sí o para su familia, obra según sus libres convicciones en la configuración de su proyecto de vida; tiene pues el derecho a participar en la cooperación social, a su libre iniciativa, aunque también con responsabilidad de cumplir los fines sociales, bajo el principio de solidaridad, donde el Estado interviene con el fin de organizar –en el orden económico- la producción de bienes, o prestación de servicio, y con ello el consumo (Messner, Johannes, *Ética general y aplicada*, tr. C. Baliñas, Rialp, Madrid, 1969, pp. 337-338. Chalmeta, Gabriel, *Ética social*, 2^a ed., Eunsa, Pamplona, 2003, p. 195 y ss.). De esta manera, el derecho y la economía, fundadas en la libertad y responsabilidad personal, en la cooperación y solidaridad social, en vistas al bien común (bien político), procuran poner a disposición los bienes y servicios, a fin de intercambiarlos y posibilitar así la satisfacción de aquellas necesidades. Esta puesta a disposición, en la sociedad actual, se da a través del mercado –junto con el poder de policía estatal- los cuales constituyen el “espacio” (material o virtual) y el marco regulatorio, donde se posibilita la interacción de la oferta y de la demanda, y tiende a equilibrarlas, para posibilitar la satisfacción de las necesidades existenciales y vitales; el tráfico comercial, con la concurrencia y la competencia de distintos factores (económicos, políticos, sociales, culturales, etc.), hacen pues a la vida de la economía social, que redunda en beneficio de las personas y empresarios, en general. En suma, posibilitar que todos cubran sus necesidades vitales y culturales y, por ende, puedan ejercitar efectivamente la libertad, es el fin social de la cooperación socio-económica; de ahí la razón del esfuerzo responsable de los miembros de la comunidad (“promover el bienestar general” dice el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina; cfr. Bidart Campos, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 19, n. 14. Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 6^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2022, t. I, p. 6. Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, tr. J. L. Barrios Sevilla, J. M. Rodríguez Paniagua y J. E. Díez, Rialp, Madrid, 1967, p. 1129. Santiago, Alfonso, *Bien común y derecho constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pp. 37-40. Manili, Pablo L., *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, La Ley, Buenos Aires, 2021, t. I, p. 303). En el caso “Vega c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura” de 1988, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió al bienestar general para avalar la potestad reglamentaria del Congreso respecto de ciertas industrias, en el marco de los arts. 14, 28 y 67 (hoy 75) de la Carta Magna, en el sentido que ese órgano tiene la responsabilidad de cumplir con ese elevado propósito consagrado por el preámbulo y, para hacerlo, puede restringir derechos individuales (a la propiedad, a la libertad, etc.) en beneficio de “los intereses generales y permanentes de la colectividad” siempre que dichas restricciones sean razonables (Fallos 311:1565).).

otras la igualdad social, y estas consecuencias pueden ser positivas o negativas según la perspectiva de cada uno.

II.2. Ámbitos diversos del mundo jurídico

La ideología insufla el derecho en todas sus facetas, desde su creación e interpretación hasta su aplicación¹⁰. Así pues, tanto las constituciones como las leyes reflejan los valores e intereses dominantes en una sociedad¹¹. Los legisladores, al crear las normas, se ven influenciados por sus propias ideologías y por las presiones de los grupos sociales que representan (por ej., la legalización del aborto, el matrimonio igualitario o la regulación del uso de armas son temas donde la influencia de la ideología es evidente). Incluso en áreas aparentemente técnicas, como el derecho tributario o comercial, subyacen concepciones ideológicas sobre la distribución de la riqueza, el rol del Estado en la economía y la justicia social¹².

¹⁰ Gil Cremades, Juan J., “Derecho e ideología”, Revista de estudios políticos, Nº 157, 1968, pp. 87-120. Méndez de Smith, Elisa, Las ideologías y el derecho, Astrea, Bs. As., 1982, p. 103 y ss. Cancio, Sebastián, “La ideología de los jueces”, La Ley 2020-E, 121.

¹¹ Cossío, Carlos, “Ideologías”, Aislamiento y Comunicación, Sudamericana, Bs. As., 1966, pp. 79-80. Bidart Campos, Germán J., Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad, Ediar, Bs. As., 1999, pp. 265-273 y 275-285. Sagüés, Néstor P., Manual de derecho constitucional, Astrea, Bs. As., 2007, pp. 5-6, 10-11, 16-17, 29-30 y 154-157; idem, “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, LLOnline 0003/002204. Dalla Vía, Alberto R., “La ideología de la Constitución económica”, LLOnline AR/DOC/22021/2001. Manili apunta que: «La constitución es el techo de todo el ordenamiento jurídico y contiene inevitablemente alguna o algunas ideologías, aun cuando pretendan ser asépticas o neutrales. En una convención constituyente coexisten distintas ideologías, hay un abanico que puede ir desde la izquierda hasta la derecha: comunistas, socialistas, socialdemócratas, liberales, conservadores y hasta ideologías autoritarias de derecha. La constitución es el producto y la síntesis de todo ese colectivo humano, por lo cual existe en ella una transacción de ideas, propuestas y fuerzas: obviamente los partidos con mayor representación en la asamblea podrán imponer su voluntad más que el resto, pero sin dudas todos dejarán su huella en el texto constitucional. De ello se deriva que es harto improbable que exista una constitución ideológicamente pura, homogénea y sin influencias de distintas ideologías (obviamente las constituciones del bloque comunista sancionadas entre 1918 y 1990 son excepción a esta regla). Ese crisol de ideologías que late en casi todas las constituciones se da sin perjuicio de la adscripción que las constituciones presentan a una determinada época (por ejemplo: constitucionalismo clásico, constitucionalismo social, etc., que serán estudiados más abajo en el capítulo referido al a evolución histórica de nuestra materia). Además, esa conjunción de ideologías que venimos describiendo se derramará sobre todo el sistema jurídico e inspirará a las demás ramas del derecho: sería casi imposible que, por ejemplo, en un país con una constitución liberal exista un código penal represivo, o en país con una constitución que no contenga normas relacionadas con la igualdad real de oportunidades y de trato entre el hombre y la mujer, el derecho de familia sea igualitario en ese sentido» (Manili, Pablo L., Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, La Ley, Bs. As., 2021, t. I, p. 18).

¹² Las leyes, esas palabras que buscan capturar la esencia de la justicia, no son sino un reflejo de los valores e intereses que dominan en una sociedad. Los legisladores, al escribirlas, se ven inevitablemente influidos por sus propias ideologías, por esos fantasmas que habitan en sus mentes (cfr. Gil Cremades,

Lógicamente, los problemas del lenguaje (ambigüedad, vaguedad, etc.) permiten concebir diferentes interpretaciones (las “trampas” de la semántica). Jueces y abogados, al enfrentarse con las normas, se ven inevitablemente influenciados por sus propios valores y perspectivas (por ej., la interpretación de conceptos como “interés superior del niño”, “orden público” o “buena fe” puede variar significativamente según la ideología del intérprete)¹³.

De la mano de estas consideraciones, resulta razonable inferir que las ideologías pueden afectar la forma en que se aplican las normas (esa “zona gris” de la interpretación dado por la indeterminación del derecho y que genera esa irremediable discrecionalidad judicial¹⁴). Los operadores jurídicos, al tomar decisiones, pueden verse influenciados por sus prejuicios y preconceptos, incluso inconscientemente (por ej., en casos de violencia de género, la ideología puede afectar en la credibilidad que se otorga a la víctima, en la severidad de las penas impuestas al agresor o en la aplicación de medidas de protección)¹⁵.

Desde otra perspectiva de análisis, también debemos poner de relieve que el derecho no es un producto (cultural) estático, sino -por el contrario- dinámico, en constante desarrollo¹⁶. Así pues, las ideologías impulsan los cambios en el derecho a lo largo del tiempo; los movimientos sociales y las corrientes de pensamiento influyen en la reforma de las leyes y en la creación de nuevas instituciones jurídicas (por ej., el movimiento feminista ha impulsado importantes cambios en el derecho de familia, el derecho laboral y el derecho penal, en aras de lograr la igualdad legal entre hombres y mujeres)¹⁷. Una impronta interesante de los últimos tiempos es la relativa al ejercicio de las atribuciones y prerrogativas del Poder Judicial, en orden a las “funciones de garantía”, esto es, aquellas destinadas a asegurar la operatividad de los derechos fundamentales, donde la Corte Suprema ha procurado intentar delinejar un campo de acción para la eficacia de los derechos¹⁸.

Juan J., “Derecho e ideología”, Revista de estudios políticos, N° 157, 1968, pp. 103-104).

¹³ Carrió, Genaro R., Notas sobre Derecho y Lenguaje, 3^a ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1986, pp. 17-36. Nino, Carlos S., Introducción al análisis del derecho, Ariel, Barcelona, 2001 (1983), pp. 259-272. Gil Cremades, Juan J., “Derecho e ideología”, Revista de estudios políticos, N° 157, 1968, pp. 113-117.

¹⁴ Guzmán, Leandro, Discrecionalidad y justificación, Astrea, Bs. As., 2019, p. 20 y ss.

¹⁵ Kennedy, Duncan, Izquierda y derecho, trad. G. Moro, Siglo Veintiuno, Bs. As., 2010, pp. 64-76.

¹⁶ Soriano, Ramón, Sociología del derecho, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 310-315. Morello, Augusto M., El Estado de Justicia, LEP, La Plata, 2003, pp. 17-23. El maestro platense apunta que: “El avance y adaptación del Derecho ante el cambio de lo contextual, de realidades diferentes que van aconteciendo en la Sociedad, en sus usos y preferencias axiológicas, es un proceso apasionante que, en el foco de la interpretación, posibilita que aquél (el Derecho) calce con lo nuevo, con lo que sustituye y pretende quedarse con nosotros”.

¹⁷ Lumia, Giuseppe, Principios de teoría e ideología del derecho, trad. A. Ruiz Miguel, Olejnik, Bs. As., 2017, p. 11 y ss.

¹⁸ CSJN, Fallos: 327:2258 (en materia penal); Fallos: 329:2316, 347:18 y 1495 (en ambiental);

Y no olvidemos la crítica del derecho, esa mirada incisiva que cuestiona los cimientos del sistema. Teorías críticas como el marxismo o el feminismo jurídico, analizan cómo el derecho reproduce las relaciones de poder y las desigualdades sociales, y proponen alternativas para un sistema legal más igualitario (o su emancipación). Las teorías críticas del derecho, como arqueólogos del poder, intentan desenterrar las relaciones de dominación y las desigualdades que se ocultan tras el velo de la legalidad¹⁹.

III. Ideologías y proceso civil

III.1. Consideraciones generales

La ideología, aunque a veces de forma sutil, puede influir en el diseño o en la impronta del proceso judicial, de diversas maneras, en sus fines, objetos, prácticas, etc., afectando –en consecuencia- tanto el rol del juez como el de las partes²⁰.

En efecto, tal como hemos señalado en el punto anterior, las ideologías se manifiestan en el proceso judicial, tanto en lo que hace a la aplicación (interpretación) del derecho y la valoración de la prueba (lo cual presupone –a la vez- una interpretación de los hechos sobre los cuales recae la prueba); como en la

120

Fallos: 345:1150 y 1312, 346:25 (en derechos humanos); Fallos: 345:1174, 347:1218, 1250 y 1620 (en salud); Fallos: 347:947, 952, 1254, 1259, 1463, 1709 y 1834 (en laboral), etc. 329:23616, 343:2583, 345:1184, entre otros. Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *El derecho en acción*. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022. Berizonte, Roberto O., *Tendencias evolutivas del proceso civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2024, t. I, pp. 18-19.

¹⁹ Zannoni, Eduardo A., “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ideología de género y derecho de familia”, La Ley 2011-B, 742. El gran jurista mendocino analiza la perspectiva de género, su origen en el feminismo y su evolución. Sostiene que la perspectiva de género surge como reacción al machismo y busca la igualdad entre hombres y mujeres. El feminismo ha sido clave en esta lucha, aunque el autor señala que también ha servido para incorporar mano de obra al sistema productivo. La perspectiva de género propone –en su entendimiento- una nueva forma de ver al ser humano, cuestionando los roles tradicionales y las desigualdades entre hombres y mujeres. El género se entiende como una construcción social que influye en las relaciones de poder. El autor critica las visiones extremistas que buscan eliminar la distinción entre hombre y mujer, argumentando que esto desnaturaliza la perspectiva de género y confunde sexo con sexualidad. Se menciona la idea de que la liberación de la mujer implica la desaparición de la familia tradicional y la adopción de una sexualidad polimorfa.

²⁰ Se denuncia que la función del proceso civil no se limita a la simple resolución de controversias entre privados. Si bien esta es una función importante, Taruffo sostiene que el proceso también tiene una función pública: la correcta y eficaz aplicación de las normas del derecho (Taruffo, Michele, “Ideologías y teorías de la justicia civil”, en Proceso judicial y cultura. Una mirada global, trad. D. M. Ramírez Carvajal, Universidad de Medellín, FUTC, Medellín, 2013. Montero Aroca, Juan -coord.-, Proceso civil e ideología, Valencia, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; idem, “La ideología de los jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra”, LLOnline estoy0003/010528).

elección y uso de los métodos o metodologías judiciales; en el uso de las reglas y principios jurídicos; en la determinación del rol de los sujetos procesales; etcétera²¹.

En contra de una idea sostenida, más o menos consciente, entre los operadores jurídicos de que el proceso civil es un mecanismo neutral, desde hace tiempo se viene denunciando que el proceso no es ideológicamente indiferente, sino que está intrínsecamente ligado a ideologías, entendidas como conjuntos de valores, principios y opciones que determinan la forma en que se concibe y se administra la justicia civil²².

Taruffo critica la idea de que el proceso sea un objeto dado en la realidad empírica, observable de manera objetiva. En cambio, él lo ve como un constructo social y cultural que varía en el tiempo y el espacio, influenciado por factores históricos, económicos, políticos y culturales²³.

En los últimos tiempos se han cristalizado diferentes concepciones sobre la función del proceso civil, incluyendo la concepción adversarial de otras familias jurídicas como, por ejemplo, la dominante en la cultura procesal estadounidense, y la concepción liberal clásica, que enfatiza la autonomía de las partes. Ambas concepciones tienen profundas raíces ideológicas, reflejando valores y principios específicos sobre el rol del Estado, la justicia y el derecho²⁴.

²¹ Bidart Campos, Germán J., Interpretación del sistema de derechos humanos, Ediar, Bs. As., 1994, p. 107 y ss. Sagüés, Néstor P., Manual de derecho constitucional, Astrea, Bs. As., 2007, pp. 157-158. Kennedy, Duncan, Izquierda y derecho, trad. G. Moro, Siglo Veintiuno, Bs. As., 2010, p. 27 y ss. Cfr. Badeni, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, 2^a ed., La Ley, Bs. As., 2006, t. I, pp. 126-127 y 439-463, nn. 57 y 149-153. Rosatti, Horario, Tratado de Derecho Constitucional, 2^a ed., Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, pp. 23-32 y 55-64. Este último, en su enfoque personal, sentencia que: "...el Derecho no es un instrumento neutro sino que debe expresar algo más que lo que ve en la realidad; "...tener una actitud crítica respecto de las instituciones, evitando que se generen o conviertan en instrumentos al servicio de unos pocos" y "...que su función es contribuir a lograr la convivencia social, asumiendo como un dato de la realidad la heterogeneidad" (p. 31).

²² Cappelletti, Mauro, Proceso, ideologías, sociedad, trad. S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1974. Damaska, Mirjan R., Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal, trad. A. Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000. Cárcova, Carlos M., La opacidad del derecho, 2^a ed., Trotta, Madrid, 2006. Taruffo, Michele, "Ideologías y teorías de la justicia civil", en Proceso judicial y cultura. Una mirada global, trad. D. M. Ramírez Carvajal, Universidad de Medellín, FUTC, Medellín, 2013. Bidart Campos, Germán J., El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, 1995, p. 114 y ss. Berizonce, Roberto O., "Ideologías y proceso", Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, Ano 11, Vol. 18, Nº 2, Maio a Agosto de 2017, pp. 470-515. Oteiza, Eduardo, "Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil", en Cachón Cadenas, Manuel – Arias, Just Franco (coords.), Derecho y proceso. Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez, Atelier, 2018, Barcelona, t. III, pp. 1895-1908.

²³ Taruffo, Michele, "Ideologías y teorías de la justicia civil", en Proceso judicial y cultura. Una mirada global, trad. D. M. Ramírez Carvajal, Universidad de Medellín, FUTC, Medellín, 2013.

²⁴ De la Oliva Santos, Andrés, El papel del Juez en el Proceso Civil. Frente a la ideología, *prudentia iuris*, Civitas, Madrid, 2012; idem, "El papel y los poderes del juez en el proceso civil", Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, Tirant lo Blanch, N^o 7, 2010, Valencia, pp. 43-47. Gozalí, Osvaldo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Editorial Jusbaires, Bs. As., 2020, t. I, p. 272, n. 92.

III.2. Algunos ejemplos paradigmáticos

Para ilustrar la influencia de las ideologías en el proceso civil, autores como Taruffo, Montero Aroca, etc., ofrecen ejemplos históricos de cómo diferentes sistemas jurídicos han reflejado diferentes concepciones ideológicas²⁵.

En la Unión Soviética, la ideología comunista promovió la búsqueda de la “verdad material” en el proceso civil, con el objetivo de proteger los derechos de los ciudadanos y asegurar la aplicación objetiva del derecho.

En la Alemania nazi, se plantearon reformas para someter la justicia civil al principio del Führer, reflejando la ideología autoritaria del régimen.

En los Estados democráticos de derecho, las constituciones garantizan los derechos fundamentales del proceso, como el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía de la defensa y la independencia e imparcialidad de los jueces.

III.3. Aspectos estructurales del proceso

La discusión tradicional se entabla entre admitir que el proceso es solo cosa entre partes que debaten con reglas conocidas e invariables (visión liberal-privatista), o bien que en la búsqueda de soluciones justas y efectivas (visión social-publicista), pueden los jueces aligerar las rigideces técnicas y hasta dogmáticas²⁶.

Las diferentes ideologías afectan la estructura misma del proceso civil.

- a) *Estructura fundamental del proceso*: las ideologías liberales tienden a favorecer la autonomía de las partes, mientras que las ideologías publicísticas otorgan al juez un rol más activo en la dirección del proceso.
- a) *Presencia o ausencia de impedimentos*: los procesos inspirados en ideologías liberales tienden a tener menos impedimentos, permitiendo a las partes mayor libertad en la presentación de sus argumentos y pruebas. Los procesos publicísticos, en cambio, suelen tener más impedimentos para asegurar la eficiencia y la rapidez.
- a) *Disponibilidad de las pruebas*: las ideologías liberales tienden a dar a las partes el monopolio de los medios de prueba, mientras que las ideologías publicísticas otorgan al juez un rol más activo en la adquisición de pruebas.

²⁵ En Italia, también es conocido el ideario fascista, con una clara tendencia publicista, autoritaria e inquisitiva (cfr. Cipriani, Franco, “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, en Montero Aroca, Juan -coord.-, Proceso civil e ideología, Valencia, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 89 y ss. Montero Aroca, Juan, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, N° 6, pp. 15-50).

²⁶ Gozaíni, Osvaldo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Editorial Jusbaires, Bs. As., 2020, t. I, p. 268, n. 88. Cfr. Cipriani, Franco, Batallas por la Justicia Civil, tr. E. Ariano Deho, Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 52.

IV. Ideologías en las prácticas jurídicas

Las ideologías, como hemos visto, no son meras ideas abstractas, sino que se manifiestan de forma concreta en las prácticas jurídicas. A veces de manera evidente, otras de forma sutil, influyen en las decisiones y acciones de los operadores del derecho, configurando el modo en que se crea, interpreta y aplica el derecho.

Veamos algunas formas en que las ideologías se presentan en las prácticas jurídicas. En primer lugar, tal como hemos indicado, la ideología de los legisladores se refleja en las leyes que promulgan. Un legislador conservador puede promover leyes que restrinjan el aborto o el matrimonio igualitario, mientras que uno progresista impulsará leyes que amplíen derechos sociales o protejan el medio ambiente. Los grupos de presión también ejercen influencia, promoviendo leyes que favorezcan sus intereses ideológicos. Organizaciones empresariales pueden presionar por leyes que reduzcan impuestos o desregulen el mercado, mientras que sindicatos buscarán leyes que protejan los derechos laborales.

En segundo lugar, en la argumentación jurídica²⁷. Abogados y jueces utilizan argumentos que se apoyan en valores e ideas conectadas con ideologías. Un abogado que defiende a una empresa puede argumentar sobre la libertad de empresa y la importancia de la seguridad jurídica para atraer inversiones, mientras que un abogado que representa a un trabajador puede enfatizar la justicia social y la necesidad de proteger los derechos laborales. La interpretación de conceptos jurídicos ambiguos, como “interés superior del niño” o “orden público”, puede variar según la ideología del juez.

En tercer lugar, en la toma de decisiones judiciales. “En el tránsito hacia el caso, el operador tiene que interpretar, comprender, corregir, valorar y, sobre todo, elastizar la literalidad normativa en una ‘re-creación’ que conduzca a lograr la justicia en concreto, o lo objetivamente justo del caso, como lo define el derecho judicial de nuestra Corte Suprema”²⁸. Por otra parte, la ideología puede influir en la valoración de la prueba y en la determinación de la pena. Un juez con una ideología más punitiva tenderá a imponer penas más severas, mientras que uno con una ideología más rehabilitadora priorizará medidas alternativas al encarcelamiento.

²⁷ Gil Cremades, Juan J., “Derecho e ideología”, Revista de estudios políticos, N° 157, 1968, pp. 107-110. Bermeo, William B., “Ideología y argumentación: análisis crítico del discurso”, Praxis Filosófica, nueva serie, N° 27, Julio-Diciembre, 2008, pp. 141-171.

²⁸ Bidart Campos, Germán J., Interpretación del sistema de derechos humanos, Ediar, Bs. As., 1994, pp. 107-109. Y añade que luego de esa tarea: “La valoración del intérprete del sistema normativo necesita confrontar la respuesta general que le da la norma con las modalidades singulares y circunstanciales del caso concreto que es susceptible de ser encuadrarse y subsumirse en la norma, para así elaborar la norma individual con la que, desde la general, y en función del operador del sistema, va a resolver el caso concreto”.

En casos de discriminación, la ideología puede influir en la credibilidad que se otorga a la víctima.

En cuarto lugar, en la práctica profesional liberal. La ideología puede influir en el tipo de casos que un abogado decide tomar. Un abogado con una ideología de derechos humanos puede dedicarse a defender a personas vulnerables, mientras que uno con una ideología más comercial se especializará en asesorar a empresas. La forma en que un abogado interactúa con sus clientes y con la contraparte también puede estar influenciada por su ideología.

Finalmente, en la cultura jurídica. La ideología dominante en una sociedad influye en la forma en que se percibe el derecho y el rol de los operadores jurídicos. En una sociedad con una fuerte ideología individualista, se tenderá a ver el derecho como un instrumento para proteger la libertad individual y la propiedad privada. La ideología también influye en los debates sobre reformas legales y en la evolución del sistema jurídico.

V. Ideologías en la decisión judicial

El momento crucial donde la teoría se encuentra con la práctica, donde las ideas se transforman en acciones con consecuencias reales para las personas. Las ideologías, esos espectros que acechan en el trasfondo, se manifiestan de diversas formas en el dictado de las decisiones judiciales, influyendo en la forma en que los jueces interpretan las leyes, valoran las pruebas y, finalmente, resuelven los conflictos²⁹.

Veamos algunos de los aspectos más relevantes.

²⁹ Son significativas las palabras de Malem: “La pregunta acerca de qué ideología es incompatible para que un juez cumpla con sus funciones de un modo técnicamente aceptable no es fácil de contestar ni ha recibido una respuesta homogénea en todos los sistemas políticos, ni en todas las épocas. Las diferentes soluciones planteadas han diferido radicalmente y no solo en matices. Y la cuestión se complica, aún más si cabe, si se toma en consideración el papel que ha de jugar el juez en una democracia pluralista con ciudadanos que participan de credos, religiones, costumbres o concepciones de la vida y de la sociedad, disímiles. Interrogarse así sobre la personalidad que debería tener un juez o magistrado no es un asunto baladí y cobra plena actualidad.

El punto de partida para abordar esta cuestión supone pensar que los jueces y magistrados son reclutados de entre los ciudadanos de la misma sociedad donde ejercerán su jurisdicción. Los jueces constituyen, pues, un reflejo no muy distorsionado de la parcela social a la que pertenecen. Pero es que, además, como individuos son hacedores de su propia personalidad, con sus creencias, valores, deseos o preferencias, todos ellos idiosincráticos.

De tal manera que es imposible pensar en una persona que cumplirá la función jurisdiccional, que vive en sociedad y que mantenga un punto de vista aséptico, neutral o indiferente hacia todo lo que le rodea. Resulta inimaginable, en ese sentido, un individuo, juez o no, que carezca de cualquier ideología” (Malem Seña, Jorge F., Los jueces: ideología, política y vida privada, Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 23).

V.1. Interpretación del derecho

Las leyes, aunque buscan ser objetivas, siempre están sujetas a interpretación. La ideología del juez puede influir en cómo interpreta las normas, especialmente en casos complejos o donde la ley no es clara. Por ejemplo, un juez con una ideología más conservadora puede tender a favorecer la estabilidad contractual y la autonomía de la voluntad, mientras que un juez con una ideología más progresista podría priorizar la protección de la parte más vulnerable en un contrato³⁰.

V. 2. Valoración de la prueba

La ideología puede influir en cómo el juez valora las pruebas presentadas por las partes. Por ejemplo, en un caso de discriminación, un juez con una fuerte creencia en la igualdad puede ser más receptivo a las pruebas circunstanciales que sugieran discriminación, mientras que un juez con una ideología más individualista podría requerir pruebas más directas y contundentes.

V. 3. Aplicación de principios del derecho

Principios como la buena fe, el abuso del derecho o el enriquecimiento sin causa, requieren una interpretación que puede estar influenciada por la ideología del juez. Un juez con una ideología más social podría aplicar estos principios de manera más amplia para proteger a la parte más débil, mientras que un juez con una ideología más liberal podría ser más restrictivo en su aplicación, priorizando la libertad individual y la autonomía de la voluntad.

125

V. 4. Rol de las partes

La ideología de las partes también influye en sus estrategias procesales. Por ejemplo, una parte con una ideología más conciliadora podría estar más dispuesta a llegar a un acuerdo extrajudicial, mientras que una parte con una ideología más litigiosa podría preferir llevar el caso a juicio.

V. 5. Concepción del rol del juez

La ideología puede influir en la concepción misma del rol del juez en el proceso. Un juez con una ideología más activista puede asumir un rol más proactivo en la búsqueda

³⁰ Lumia, Giuseppe, Principios de teoría e ideología del derecho, trad. A. Ruiz Miguel, Olejnik, Bs. As., 2017, pp. 62-69.

de la verdad y la justicia, mientras que un juez con una ideología más formalista se limitará a aplicar la ley de manera estricta, dejando la iniciativa a las partes³¹.

Es importante destacar que la influencia de la ideología no implica necesariamente una falta de imparcialidad. Los jueces están obligados a ser imparciales y a aplicar la ley de forma objetiva, pero su formación, experiencias y valores personales inevitablemente influyen en su forma de ver el mundo y, por lo tanto, en sus decisiones³².

Para mitigar la influencia de la ideología en el proceso judicial es fundamental que los jueces sean conscientes de sus propios sesgos ideológicos y se esfuerzen por superarlos. Por otra parte, la transparencia en el proceso judicial, la motivación de las decisiones y la posibilidad de revisión por instancias superiores son mecanismos que contribuyen a controlar la influencia de la ideología.

Un sistema judicial diverso, con jueces de diferentes orígenes y perspectivas, también puede ayudar a asegurar una mayor imparcialidad (sobre todo si los tribunales no son unipersonales). Sin embargo, tal pretensión no es suficiente, aunque sí necesaria, habida cuenta que lo que realmente se busca (o debería alcanzar) es la existencia de un debate o deliberación, que permita un mejor juicio, a fin de arribar a una decisión o respuesta jurídica justa, prudente o razonable.

VI. Epílogo

Como cierre de este ensayo, podemos retomar las ideas principales y reflexionar sobre sus implicaciones.

La primera, por su importancia, es la inevitabilidad de las ideologías. Como se ha demostrado a lo largo del trabajo, las ideologías son inherentes a la condición humana y, por ende, al derecho. No existen sistemas jurídicos ni operadores jurídicos “neutros”. Reconocer esta realidad es el primer paso para comprender el funcionamiento del derecho y aspirar a una mayor justicia.

La segunda es la tensión entre dos postulados: la ideología y la objetividad. Si bien la influencia de la ideología es inevitable, esto no significa que la objetividad

³¹ Berizonce, Roberto O., “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, RC D 226/2013. “En las actuales circunstancias resulta notorio que afloran fenómenos paralelos, complicados y recíprocamente influidos, cuales son la creciente judicialización de los conflictos, el activismo judicial y con ello el empeño de participar en el ‘gobierno’ a través de la incidencia en las políticas públicas. Todos ellos tienen su explicación en una serie de factores concurrentes, intrínsecamente dinámicos y por ello mutantes, que pueden resumirse en: i) la presión por el acceso efectivo a la jurisdicción; ii) creciente ‘inflación’ legislativa; iii) novedosas y cambiantes funciones atribuidas al juez; iv) ‘explosión’ de nuevas conflictividades; v) el impacto de la ‘globalización’ y de los sistemas de protección transnacionales”. Véase también Berizonce, Roberto O., “El perfil del buen juez en la ‘edad de las garantías’”, RC D 3008/2020.

³² Cancio, Sebastián, “La ideología de los jueces”, La Ley 2020-E, 121.

sea inalcanzable. La transparencia en los procesos, la motivación exhaustiva de las decisiones, la posibilidad de revisión por instancias superiores y la diversidad en la composición de los tribunales son mecanismos que contribuyen a controlar la influencia de la ideología y a asegurar una mayor imparcialidad.

La tercera es la definición del rol del juez. Los tribunales tienen la responsabilidad de ser conscientes de sus propios sesgos ideológicos y de esforzarse por superarlos. Deben buscar aplicar la ley de forma objetiva, considerando todas las perspectivas y buscando la solución más justa para el caso concreto.

La cuarta es la actitud crítica. Las teorías desempeñan un papel fundamental al develar las relaciones de poder y las desigualdades que se ocultan tras el velo de la legalidad. Esta crítica es esencial para impulsar la evolución del derecho hacia un sistema más justo o razonable.

La quinta es la consideración del derecho como instrumento de cambio social. El derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para alcanzar una sociedad más justa. Las ideologías juegan un papel clave en la transformación del derecho, impulsando cambios que reflejen los valores y necesidades de la sociedad.

La sexta consiste en vislumbrar un futuro más justo. La comprensión de la influencia de las ideologías en el derecho y el proceso civil es esencial para construir un sistema jurídico más justo y equitativo. Es necesario fomentar el debate abierto y plural, donde se confronten diferentes perspectivas ideológicas en la búsqueda de soluciones que beneficien a toda la sociedad.

Con todo ello, hemos procurado reflexionar sobre la compleja relación entre ideología, derecho y proceso civil, a partir de la tesis de que el derecho no es un campo neutral, sino un espacio donde se expresan y se confrontan diferentes visiones del mundo. Reconocer esta realidad es el primer paso para construir un sistema jurídico más justo y democrático³³.

127

VII. Referencias

Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I.

Berizonce, Roberto O., “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, RC D, 226/2013.

Berizonce, Roberto O., “El perfil del buen juez en la ‘edad de las garantías’”, RC

³³ Bidart Campos, Germán J., Los valores de la democracia, Eudeba, Bs. As., 1983, p. 11 y ss. Berizonce, Roberto O., Tendencias evolutivas del proceso civil, Rubrinal-Culzoni, Santa Fe, 2024, t. I, pp. 15-41.

D, 3008/2020.

Berizonce, Roberto O., “Ideologías y proceso”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Ano 11, Vol. 18, Nº 2, Maio a Agosto de 2017, pp. 470-515.

Berizonce, Roberto O., *Tendencias evolutivas del proceso civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2024, t. I.

Bermeo, William B., “Ideología y argumentación: análisis crítico del discurso”, *Praxis Filosófica*, nueva serie, N° 27, Julio-Diciembre, 2008, pp. 141-171.

Bidart Campos, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2008.

Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, 1995.

Bidart Campos, Germán J., *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999.

128 Bidart Campos, Germán J., *Interpretación del sistema de derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1994.

Bidart Campos, Germán J., *La re-creación del liberalismo*, Ediar, Buenos Aires, 1982.

Bidart Campos, Germán J., *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Ediar, Buenos Aires, 1999.

Bidart Campos, Germán J., *Los valores de la democracia*, Eudeba, Buenos Aires, 1983.

Cancio, Sebastián, “La ideología de los jueces”, *La Ley*, 2020-E.

Cappelletti, Mauro, *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1974.

Cárcova, Carlos M., *La opacidad del derecho*, 2^a ed., Trotta, Madrid, 2006.

Carrión, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 3^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

Chalmeta, Gabriel, *Ética social*, 2^a ed., Eunsa, Pamplona, 2003.

Cipriani, Franco, *Batallas por la Justicia Civil*, tr. E. Ariano Deho, Cultural Cuzco, Lima, 2003.

Cipriani, Franco, “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, en Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Cossio, Carlos, “Ideologías”, en *Aislamiento y Comunicación*, Sudamericana, Buenos Aires, 1966, pp. 74-80.

Dalla Vía, Alberto R., “La ideología de la Constitución económica”, LLOnline, AR/DOC/22021/2001.

Damaska, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad. A. Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

De la Oliva Santos, Andrés, *El papel del Juez en el Proceso Civil. Frente a la ideología, prudentia iuris*, Civitas, Madrid, 2012.

De la Oliva Santos, Andrés, “El papel y los poderes del juez en el proceso civil”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, N^a 7, Valencia, 2010, pp. 43-47.

129

Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 6^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2022, t. I.

Gil Cremades, Juan J., “Derecho e ideología”, *Revista de estudios políticos*, N^º 157, 1968, pp. 87-120.

Gozaíni, Osvaldo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Editorial Jusbaires, Buenos Aires, 2020, t. I.

Guzmán, Leandro, *Discrecionalidad y justificación*, Astrea, Buenos Aires, 2019.

Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho*, trad. G. Moro, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010.

Lorenzetti, Ricardo L., *El derecho en acción. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022.

Lumia, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Olejnik, Buenos Aires, 2017.

Malem Seña, Jorge F., *Los jueces: ideología, política y vida privada*, Tirant lo Blanch, México, 2017.

Manili, Pablo L., *La economía en la Constitución Nacional*, La Ley, Buenos Aires, 2023.

Manili, Pablo L., *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, La Ley, Buenos Aires, 2021, t. I.

Mannheim, Karl, *Ideología y utopía*, trad. S. Echavarría, FCE, México, 2004.

Messner, Johannes, Ética general y aplicada, tr. C. Baliñas, Rialp, Madrid, 1969.

Messner, Johannes, Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural, tr. J. L. Barrios Sevilla, J. M. Rodríguez Paniagua y J. E. Díez, Rialp, Madrid, 1967.

Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Montero Aroca, Juan, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, N° 6, pp. 15-50.

Montero Aroca, Juan, “La ideología de los jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra”, *LLOnline*.

Morello, Augusto M., *El Estado de Justicia*, LEP, La Plata, 2003.

Negri, Nicolás J., *Casos difíciles*, La Ley, Buenos Aires, 2024.

Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

Oteiza, Eduardo, “Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil”, en Cachón Cadenas, Manuel – Arias, Just Franco (coords.), *Derecho y proceso. Liber Amicorum* del profesor Francisco Ramos Méndez, t. III, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 1895-1908.

Oyhanarte, Julio, *Recopilación de sus Obras*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Pellet Lastra, Arturo, *Historia de la Corte (1930-1990)*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

Rosatti, Horario, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2^a ed., Rubinzal-Culzoni,

Santa Fe, 2017, t. I.

Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. 3.

Sagüés, Néstor P., “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, LLOnline, 0003/002204.

Sagüés, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

Santiago, Alfonso; Tanzi, Héctor; Pugliese, María R.; Calero, Luciana (coord.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Marcial-Pons, Buenos Aires, 2014.

Santiago, Alfonso, *Bien común y derecho constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.

Soriano, Ramón, *Sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.

Stopino, Mario, voz “Ideología”, en Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco (dirs.), *Diccionario de política*, 2^a ed., XXI Siglo Veintiuno, México, 2015, pp. 755-770.

Taruffo, Michele, “Ideologías y teorías de la justicia civil”, en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, trad. D. M. Ramírez Carvajal, Universidad de Medellín, FUTC, Medellín, 2013.

131

Van Dijk, Teun A., *Ideología*, trad. L. Berrone de Blanco, Gedisa, Sevilla, 2006.

Villoro, Luis, *El concepto de ideología y otros ensayos*, 2^a ed., FCE, México, 2007.

Zanger, Adolfo L., *Ideología*, e-libro.net, Buenos Aires, 2004.

Zannoni, Eduardo A., “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ideología de género y derecho de familia”, *La Ley*, 2011-B, p. 742 y ss.

The original jurisdiction of the Argentine Supreme Court and of the Supreme Court of the United States: a comparative law study

La competencia originaria de la Corte Suprema Argentina y de la Suprema Corte de los Estados Unidos: un estudio de derecho comparado

Sebastián A. Garay*

Resumen

Este artículo compara la competencia originaria de la Corte Suprema de Argentina y la Suprema Corte de los Estados Unidos. Las razones para la comparación son tanto históricas como normativas: los padres fundadores de Argentina se apoyaron en gran medida en el diseño constitucional de los Estados Unidos y en la estructura su poder judicial federal; y la competencia originaria de la Corte Suprema no fue una excepción. Se analizan las normas que otorgan dicha competencia a cada Corte Suprema, así como la interpretación que cada tribunal ha realizado de esas normas.

Palabras clave: Competencia Originaria - Estados Unidos - Argentina.

* Abogado, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. LL.M., University of Virginia School of Law. sebasgaray@gmail.com.

El presente artículo se presenta en idioma inglés por haber sido concebido en el marco de una maestría en derecho en la Universidad de Virginia, gracias a una beca de la Fundación Fulbright. El trabajo se gestó en el seminario “Constitutionalism: History and Jurisprudence” dirigido por A. E. Dick Howard.

Agradezco a Diego Dolabjian y a Mariano Vitetta por sus comentarios, correcciones y entusiasmo. También agradezco a Diego Hammerschlag, Juan Jorge y Alfredo Urteaga por sus comentarios y devolución a una versión anterior de este trabajo. Los errores que subsisten me pertenecen.

Abstract

This article compares the original jurisdiction of the Supreme Court of Argentina and the Supreme Court of the United States. The reasons for comparison are both historical and normative: Argentina's founding fathers relied heavily on the constitutional design of the United States of America and on the structure of its federal judiciary; and the Supreme Court's original jurisdiction was no exception. The rules that grant such a jurisdiction to each Supreme Court are analyzed, as well as the construction that each court has made of those rules.

Keywords: *Original Jurisdiction - United States- Argentina.*

I. Introduction

This is a work of comparative law. Its purpose is to present a portrait of the original jurisdiction of two tribunals: the Supreme Court of the United States of America and the Supreme Court of Argentina.

Such a comparison is relevant for historical and normative reasons: Argentina's founding fathers heavily relied on the constitutional model of the United States to design the system of government in the nascent Argentine nation. Specifically, and relevant for this work's purposes, they imitated the structure of the judicial branch, as will be shown in Sections I and II.

After a brief historical introduction, the paper addresses the link between the Argentine constitutional system and the one established in the United States (Section II). Section III compares normative aspects of the original jurisdiction: what do the rules granting original jurisdiction say, how they interact with each other in their respective jurisdictions. Some procedural aspects of an original-jurisdiction suit are also presented in Section III.

Sections IV through IX deal with comparative case law. The choice of cases to compare was guided by a sense of balance; in order to preserve that balance, some aspects of the Argentine original jurisdiction are purposely left out. These sections are divided thematically: Standing (Section IV), Interstate Disputes (Section V), Foreign ambassadors, consuls and ministers (Section VI), "Civil" cases (Section VII), The Power of Congress and the Original Jurisdiction (Section VIII), and The Enforcement of Rulings Against Provinces or States (Section IX). Some final remarks in Section X summarize the similarities and differences between both original jurisdictions and present avenues for future research.

Given that the business of comparative law is inevitably done from a certain perspective, it must be pointed out that this article is written from an Argentine lawyer's point of view. Such a starting point is relevant for two reasons. The first reason is a matter of legal translation: many rules, precedents, and legal institutions were translated from Spanish to English by the author. The second reason is related to the former, and it has to do with the legal culture behind the language, a more subtle aspect that this paper does not study in depth, but hopes to acknowledge. This legal-perspective cultural aspect is mitigated by reference to U.S. commentators of Supreme Court precedents and federal jurisdiction, when appropriate.

II. Argentine constitutional origins

1. Nineteenth-century Argentina in a nutshell

For more than forty years, the territory that was later to be known as the Republic of Argentina existed without a steady constitutional text and without a permanent national structure of government. After the May Revolution of 1810 and the Declaration of Independence of 1816 that sealed independence from Spanish rule, internal disputes arose as to the form of government that was to be adopted; this culminated in the division between “unitarians” and “federalists”. Unitarians favored the unification of the country with a tendency towards a more prominent role of the city of Buenos Aires in the governmental structure. Federalists opposed unification and favored local autonomism subject to little control. Unitarians represented the cities’ elites’ liberal ideas; federalists were closer to the rural areas’ customs and ideology.

In 1852, Juan Manuel de Rosas, the Governor of Buenos Aires, was defeated in battle. This favored the sanctioning of a National Constitution for the Argentine Confederation in 1853. The Province of Buenos Aires —highly relevant then and now— did not participate in the national convention that culminated with the Constitution.

Finally, in 1860 a National Constitution that included the Province of Buenos Aires was achieved. Sarmiento’s criticisms triumphed, given that the final version of the Constitution was a closer imitation to the United States Constitution than its 1853 predecessor.

Juan Bautista Alberdi was a crucial figure during that period of Argentine constitutional history. He was one of the dissident intellectuals that exiled the country due to persecution by Governor Juan Manuel de Rosas. During his exile he published a fundamental study for the concretion of the Argentine Constitution of 1853, which was an extensive and systematic approach to the form of government that best suited Argentina.¹ Alberdi’s seminal work outlined a system of government that imitated the one that had triumphed in the United States, but adapting it to the realities and the history of the Argentine territory. There is some discussion as to the degree of Alberdi’s influence in the 1853 Constitution, but there is consensus as to the fact that his ideas were indeed influential.²

Another important figure of the time was Domingo F. Sarmiento, a big admirer of the American form of government — someone who pushed for a more limited federal government than Alberdi did. One of Sarmiento’s main attacks

¹ Alberdi, Juan Bautista, “Bases y Puntos de Partida para la Organización de la República Argentina”, en *Organización de la Confederación Argentina*, vol. 1, Madrid, El Ateneo, 1913.

² García-Mansilla, Manuel J. and Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, 1st ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006. Chapter 2 is devoted to Alberdi’s influence.

to the Argentine 1853 constitution was the fact that it imitated the United States Constitution but innovated on some respects that perverted the federal model adopted by the northern country.³

2. Constitutional systems and the federal judiciary

Argentina's legal traditions have led to it being described as "a civil-law jurisdiction with a common-law touch".⁴ First, it is important to remember that Argentina was a Spanish colony before independence. Its civil or continental law heritage is also reflected in the French influence on the first Civil Code, in French, Spanish, German and Italian influence on administrative law, and in Spanish and Italian influence on commercial and procedural law.⁵

Despite this mixed heritage, the influence of James Madison's ideas in the Argentine constitutional system was significant. It is possible to single out the federal system, the separation of powers (coupled with checks and balances between branches), the bill or declaration of rights and the federal government of limited and enumerated powers.⁶ In order to get closer to this article's object, let us compare the power vested in the federal judiciary by both constitutions.

The Constitution of the United States establishes the following:

Article III.

137

Section 1.

The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

Section 2.

The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which

³ For a comparison between the ideas of Alberdi and Sarmiento, see Jensen, Guillermo E., "Una constitución, dos repúblicas: federalismo, liberalismo y democracia en el pensamiento constitucional de D. F. Sarmiento y J. B. Alberdi", Trabajo y Sociedad. Sociología del trabajo - Estudios culturales - Narrativas sociológicas y literarias XX, n.o 33 (Invierno de 2019).

⁴ Legarre, Santiago and Handy, Christopher R., "A Civil Law State in a Common Law Nation, a Civil Law Nation with a Common Law Touch: Judicial Review and Precedent in Louisiana and Argentina", 95 TUL. L. REV. 445 (March 2021).

⁵ Garay, Alberto F. "A doctrine of precedent in the making: the case of the Argentine Supreme Court's case law", Southwestern Journal of International Law 25:2, 2019, p 268.

⁶ García-Mansilla, Manuel J. and Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, p 39.

shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

On the other hand, the Argentine Constitution establishes:

Article 116: The Supreme Court and the lower courts of the Nation are empowered to hear and decide all cases arising under the Constitution and the laws of the Nation, except as provided in Article 75.12, and under the treaties made with foreign nations; all cases concerning ambassadors, public ministers and foreign consuls; cases related to admiralty and maritime jurisdiction; matters in which the Nation shall be a party; actions arising between two or more Provinces, between one Province and the inhabitants of another Province, between the inhabitants of different Provinces, and between one Province or the inhabitants thereof against a foreign state or citizen.

Article 117: In the aforementioned cases the Supreme Court shall have appellate jurisdiction, with such regulations and exceptions as Congress may prescribe; but in all matters concerning foreign ambassadors, ministers and consuls, and in those in which a Province shall be a party, the Court shall have original and exclusive jurisdiction.

The main difference between both sets of constitutional provisions as far as the original jurisdiction of the Supreme Court goes, lies in the “exclusivity” mentioned in the Argentine Constitution. This will be referred to in Section II, below.

Furthermore, the whole structure of the federal judiciary in the Argentine Constitution is very similar to the one designed by Article III, § 1 of its American counterpart.⁷ In this respect, the laws that determined the scope of federal jurisdiction were directly influenced by Section XXV of the Judiciary Act of 1789—the Argentine

⁷ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 108: “The Judicial Power of the Nation shall be vested in a Supreme Court and in such lower courts as Congress may establish in the territory of the Nation.”

government even sent a lawyer to the U.S. in 1860 to study how the Act operated.⁸

Argentina's federal judiciary was shaped by two laws. The first one is law No. 27, which regulates the organization of the federal courts, and its Articles 1 and 2 attempted to import the "case or controversy" doctrine from the U.S. legal system.⁹ The second one is law No. 48, which regulates the jurisdiction of the Supreme Courts and lower federal courts.¹⁰ Its Article 1 further clarifies original jurisdiction, while its Article 14 specifies the limited number of cases in which the Court will review the highest provincial courts.

With regards to the role that the U.S. Constitution gives to the Supreme Court's original jurisdiction, one could refer to The Federalist Papers Nos. 80 and 81. In those sections, Hamilton refers to disputes that involved States of the Union and the role of the Supreme Court as an impartial arbiter contributing to national peace.¹¹

Alberdi also referred to the need for keeping the peace within the nascent Argentine nation; though he claimed that the federal judiciary as a whole was in charge of solving conflicts between provinces—which should not take justice into their own hands. Additionally, Alberdi also referred to the need for the federal judiciary to intervene in cases where foreign diplomats were involved, so as to prevent the nation from being involved in an international conflict.¹²

III. Laws and statutes that grant original jurisdiction

139

As mentioned in the previous section, Argentina's constitution grants original jurisdiction to its Supreme Court with a very similar text to the American one;

⁸ Garay, Alberto F. "A doctrine of precedent in the making: the case of the Argentine Supreme Court's case law", p 263, see especially footnote No. 5.

⁹ Ley 27 de Organización de la Justicia Nacional, sancionada el 13/10/1862 y promulgada el 16/10/1862. "Article 1: The National Judiciary will always proceed applying the Constitution and the national laws to the decision of cases in which interests, acts or rights of Ministers, public agents, simple individuals, Provincial or National, are at stake. Article 2: It never proceeds *ex officio* and only exercises jurisdiction in the contentious cases in which it is required to do so by a party." (Translated by the author).

¹⁰ Ley 48 de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales, República Argentina, sancionada el 25/8/1863 y promulgada el 14/9/1863.

¹¹ Hamilton, Alexander, Madison, James and Jay, John, *The Federalist Papers* (New York: The New American Library of World Literature, 1961), p 475: "The power of determining causes between two States, between one State and the citizens of another, and between the citizens of different States, is perhaps (...) essential to the peace of the Union (...)" p 487: "Public ministers of every class are the immediate representatives of their sovereigns. All questions in which they are concerned are so directly connected with the public peace, that, as well for the preservation of this as out of respect to the sovereignties they represent, it is both expedient and proper that such questions should be submitted in the first instance to the highest judicatory of the nation."

¹² Alberdi, Juan Bautista, "Derecho Público Provincial Argentino", in *Obras Selectas*, XI, Buenos Aires: Librería «La Facultad» de Juan Roldán, 1920, pp 25-26.

the most relevant textual distinction is that the Argentine original jurisdiction is granted “exclusively”.¹³ Jorge Gondra has traced the inclusion of that word to earlier attempts at a national constitution in the territory: the texts of the Constitutions of 1819 and 1826 both referred to the “exclusiveness” of the original jurisdiction.¹⁴ The theory makes sense once we remember that both attempted constitutions designed unitarian forms of government, a structure that had only one system of courts: the national one. Hence, in that author’s view, the “exclusivity” referred to the other branches of the national government: the Executive and Congress.¹⁵

A somewhat relevant provision of the Argentine Constitution that grants jurisdiction to the Court is Article 127. The article states that “No province may declare nor make war to another province. Their complaints must be brought before the Supreme Court and settled by it. Its *de facto* hostilities are acts of civil war, qualified as sedition or riot, that the federal Government must extinguish and suppress according to the law.” Upon close examination, the provision does not explicitly say that the provinces have to resort to the Supreme Court at a trial level, but coupled with Article 117 it seems that they have no other court to resort to in order to seek relief. This provision is seldom invoked by parties, but the Court sometimes claims to be exercising the power given by the provision. The Court has referred to it as a special type of dispute-settlement jurisdiction,¹⁶ but whether such a type of original jurisdiction exists separate from the one granted expressly by Article 117 is open for debate.¹⁷

The provisions that specify the scope of original jurisdiction in Argentina are Article 1 of Law No. 48¹⁸ and Article 24 of Decree-Law No. 1285/1958.¹⁹ The former

¹³ The text of Article 101 (current 117) of the Argentine Constitution and Article III, § 2 of the U.S. Constitution are transcribed in Section I above.

¹⁴ Neither of those constitutions came into effect.

¹⁵ Gondra, Jorge M., *Jurisdicción Federal*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina S.A., 1944, pp 367-369.

¹⁶ For an extensive study of the role of the Court in interstate disputes, see Laplacette, Carlos J. *El Tribunal de la Federación. Los conflictos subnacionales y la competencia originaria de la Corte Suprema*, Buenos Aires, EDIAR, 2024.

¹⁷ Ramírez Calvo, Ricardo “¿Existe una competencia dirimente especial de la Corte Suprema en los conflictos interprovinciales?”, *LA LEY*, n.o 2018-A (2018).

¹⁸ Ley 48, Artículo 1: “The National Supreme Court will know in the first instance: 1º Cases between two or more Provinces, and civil cases between a Province and a neighbor of another Province or a person subject to a foreign State. 2º Cases between a Province and a foreign State. 3º Cases concerning Ambassadors or other foreign diplomats, persons within the legation, members of their family, or their domestic employees, in such a way that a Court of Justice may proceed according to public international law. 4º Cases that deal with privileges and exemptions of Consuls and Viceconsuls in their public character.” (Translated by the author).

¹⁹ Decreto-Ley 1285/1958, B.O. 7/2/1958, Artículo 24: “The Supreme Court of Justice will know: 1º) Original and exclusively, in every case dealing between two or more provinces and civil cases between a province and a neighbor/s of another province or foreign subjects; in cases between a

says that the Court will exercise its original jurisdiction “In cases between two or more Provinces, and civil cases between a Province and a neighbor of another Province or of a foreign State (...).” Article 24 of Decree-Law No. 1285/1958 repeats the words quoted above and adds criteria to determine when someone is a “neighbor of another Province.”²⁰ In this respect, what is most relevant about these provisions is the fact that they both seem to require determination of a person’s vicinity as a threshold condition for suing a province in all “civil cases”. After reading these provisions, the fact that the Argentine Provinces cannot be sued by any plaintiff and in any possible case seems to be self-evident. But cases show that the Court has not always been clear as to the limits of its original jurisdiction.²¹

The U.S. Congress directly intervened in the “exclusivity” of the Supreme Court’s original jurisdiction. 28 United States Code § 1251 only gives the Court exclusive jurisdiction over disputes between States, and concurrent jurisdiction with lower federal courts in cases between a State and the Federal government, cases involving foreign ambassadors or consuls, and cases between a State and a citizen of another State.²²

A brief note on “Acordadas” and Supreme Court Rules

In Argentina, the Supreme Court issues instruments called “Acordadas”²³ on a regular basis, in addition to judgments and resolutions. They have been issued since the Court’s inception in 1863 and govern a wide spectrum of matters. For example, they can relate to various organizational aspects of the Court; they create offices within the Court or increase salaries within the federal judiciary, and they have

141

province and a foreign State; in cases concerning ambassadors or other foreign ministers (...).

For the first subsection aforementioned, neighbors are: (a) Physical persons domiciled in the country for 2 (two) or more years prior to the lawsuit’s commencement, whatever their nationality; b) legal public entities according to national law; c) other legal persons constituted and domiciled in the country; d) corporations and associations without legal personhood, when all of their members are in the situation foreseen by subsection (a).” (Translated by the author).

²⁰ Notably, the article refers to physical persons (as opposed to corporations) and their domicile in the country, and not in a certain province. The other three criteria are for different types of corporations, but they will not be explored in depth in this article.

²¹ Section IV.a) below will analyze two Argentine cases that illustrate this lack of clarity: “Domingo de Mendoza”, and “Avegno”.

²² United States Code, United States (1926). 28 U.S.C. §1251 “(a) The Supreme Court shall have original and exclusive jurisdiction of all controversies between two or more States. (b) The Supreme Court shall have **original but not exclusive** jurisdiction of: (1) All actions or proceedings to which ambassadors, other public ministers, consuls, or vice consuls of foreign states are parties; (2) All controversies between the United States and a State; (3) All actions or proceedings by a State against the citizens of another State or against aliens.” (Emphasis added).

²³ The literal translation of “Acordada” into English would be something like *agreed upon*; in this context, “Acordada” appears to stem from the consensual nature of the Supreme Court’s weekly meetings, called “Acuerdos de Ministros” (a suitable translation to English can be *agreements among Justices*).

even regulated the way of filing an appeal²⁴ for the Court to hear a case.²⁵ A notable “Acordada” was issued in 1952 and it established rules for Argentina’s federal courts.²⁶

The sources for these normative powers are twofold: the Argentine Constitution and Law No. 48. Article 113 of the Constitution provides that “The Supreme Court will issue its internal rules and will appoint its employees”.²⁷ In turn, Law No. 48 establishes that “The Supreme Court will be able to establish the necessary rules for the orderly conduct of proceedings, insofar as they do not contradict the Law of Procedure.”²⁸

In the United States, litigation before the Court is mainly governed by the Supreme Court Rules. The power to issue these rules stems from the Rules Enabling Act, where Congress delegated its rulemaking function to the Supreme Court and to lower federal courts created by Congress itself under Article III of the U. S. Constitution. The delegated matters are “rules of practice and procedure and rules of evidence for federal courts.”²⁹

One of the greatest differences between the Argentine court’s “Acordadas” and the Rules is that the Rules are regularly updated by the U.S. Supreme Court and issued in a single normative body.³⁰ On the other hand, “Acordadas” are issued on an individual basis and are not compiled in such a unified manner.³¹

IV. The decision to hear an original-jurisdiction case

142

These types of cases are filed at the trial level with the Supreme Court and, if the Court decides to hear the case, decided by it. Every aspect of an adversarial judicial process takes place in the Supreme Court.

In the U.S. Supreme Court, filing of these suits is governed by Supreme Court Rule 17,³² which stipulates that a “motion for leave to file” and an initial pleading

²⁴ In Argentina —as in many Spanish-speaking countries— it is common to refer to “recursos”. Broadly speaking, a “recurso” is the procedural mechanism to appeal of a decision in court or other branches of government.

²⁵ “Acordada” 4/2007 regulated formal requirements for the filing of writs to require the Supreme Court’s intervention such as number pages, number of lines per page, among others. Many petitions are denied yearly on the basis of non-compliance with any of those requirements. CSJN, Acordada No. 4/2007, (16 March 2007).

²⁶ In Spanish, “Reglamento para la justicia nacional.”

²⁷ Constitución de la Nación Argentina, “Artículo 113: La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados”.

²⁸ Ley 48, artículo 18.

²⁹ 28 U.S.C. § 2072 (a).

³⁰ The latest version of the Rules became effective on January 1 2023. Previous versions are available at <https://www.supremecourt.gov/ctrules/scannedrules.aspx>.

³¹ However, they can be searched on an individual basis at the Argentine Supreme Court’s internet site, under the headline “Decisiones”: <https://www.csjn.gov.ar/decisiones/acordadas>.

³² Supreme Court Rules (effective since 1 January 2023), Rule 17: “Procedure in an original

have to be filed with the clerk. The decision to hear a case has been described by the Court to be within its discretionary power. An important case in the matter is “Ohio v. Wyandotte Chemicals Corp.”³³, where the Court explained the reasons for refusing to hear a case that fell squarely within the constitutional grant of original jurisdiction. Ohio had brought the case in order to stop pollution in an interstate river. The majority of the Court based its refusal to hear the case on two main reasons: (1) the huge fact-finding burden that the case would impose on the Court would affect its appellate function, which society (and the Court) considered to be more important, and (2) the suit was a “nuisance” case grounded on state law, and Ohio could sue defendants in state courts.³⁴

But the “Ohio v. Wyandotte” way of proceeding has its critics. Whether an original-jurisdiction case is a decision that is within the Court’s discretion or not was heavily contested by the dissenting vote on the “Nebraska *et. al.* v. Colorado.”³⁵ The majority of the Court disallowed without further explanation the plaintiffs’ motion to file an original-jurisdiction suit based on federal law against Nebraska. Although dissenting Justices Thomas and Alitto recognized that, as a matter of precedent, the decision to hear an original-jurisdiction case was within the Court’s discretion, they made a textualist argument against it. They distinguished the statutes granting jurisdiction to the Court: while §1254(1) established that cases from appellate courts “may be reviewed” by the Supreme Court, §1251(a) stated

143

action: 1. This Rule applies only to an action invoking the Court’s original jurisdiction under Article III of the Constitution of the United States. See also 28 U. S. C. § 1251 and U. S. Const., Amdt. 11. A petition for an extraordinary writ in aid of the Court’s appellate jurisdiction shall be filed as provided in Rule 20. 2. The form of pleadings and motions prescribed by the Federal Rules of Civil Procedure is followed. In other respects, those Rules and the Federal Rules of Evidence may be taken as guides. 3. The initial pleading shall be preceded by a motion for leave to file, and may be accompanied by a brief in support of the motion. forty copies of each document shall be filed, with proof of service. Service shall be as required by Rule 29, except that when an adverse party is a State, service shall be made on both the Governor and the Attorney General of that State. 4. The case will be placed on the docket when the motion for leave to file and the initial pleading are filed with the Clerk. The Rule 38(a) docket fee shall be paid at that time. 5. No more than 60 days after receiving the motion for leave to file and the initial pleading, an adverse party shall file 40 copies of any brief in opposition to the motion, with proof of service as required by Rule 29. The Clerk will distribute the filed documents to the Court for its consideration upon receiving an express waiver of the right to file a brief in opposition, or, if no waiver or brief is filed, upon the expiration of the time allowed for filing. If a brief in opposition is timely filed, the Clerk will distribute the filed documents to the Court for its consideration no less than 10 days after the brief in opposition is filed. A reply brief may be filed, but consideration of the case will not be deferred pending its receipt. The Court thereafter may grant or deny the motion, set it for oral argument, direct that additional documents be filed, or require that other proceedings be conducted.”

³³ “Ohio v. Wyandotte Chemicals Corp.” 401 U.S. 493 (1971).

³⁴ “Ohio v. Wyandotte Chemicals Corp.”, 401 U.S., 505.

³⁵ “Nebraska *et al.* v. Colorado”, 577 U.S. 1211 (2016).

that the Court “shall have” jurisdiction over controversies between States.³⁶

Once the U. S. Supreme Court decides to hear a case under its original jurisdiction, it tends to appoint a “Special Master” to deal with the process of fact-finding and recommend possible solutions. In practice, the Special Master “gathers evidence, conducts a trial-like proceeding and evidentiary submissions from the parties.”³⁷

Returning to original jurisdiction in Argentina, the Supreme Court issued “Acordada” No. 51 in 1973 to create the Original-Jurisdiction Clerk’s Office, a permanent office within its chambers, in order to handle the daily procedure of these cases. The Court expressed that the “Acordada” was issued for two main reasons: (a) original jurisdiction cases had not been subject to “adequate regulation” until then,³⁸ and (b) the “single instance” feature of such cases coupled with the collegiate nature of the Supreme Court contradicted the provisions of the Federal Code of Civil Procedure.

The “Acordada” allocates power between the Clerk’s Office and the Court. The Court kept for itself the following decisions: on precautionary measures, on its jurisdiction to hear a case, on the distribution of fees after a case is finished, on parties’ appeals against the Clerk’s decisions or orders,³⁹ on the need for joint treatment of cases⁴⁰ and on third-party requests for intervention.⁴¹ The Clerk has a status equivalent to a federal trial judge⁴² and has authority to decide on some matters without the Court’s intervention.⁴³ No “Acordada” has been issued in order to regulate the procedure of an original-jurisdiction suit,⁴⁴ which has led the Court to use the Federal Code of Civil Procedure for most procedural issues.

³⁶ “Nebraska et al. v. Colorado”, 577 U.S. 1212.

³⁷ Pfander, James E., *Principles of Federal Jurisdiction*, 3rd ed., St. Paul (MN), West Academic Publishing, 2017, p 88.

³⁸ The Court offered no reason as to why that precise moment was an appropriate one to do so, or why it had delayed such a regulation for more than one hundred years since its establishment.

³⁹ Point No. 2.b) refers to two different routes that the National Procedural Code offers to parties for appealing simple orders or judgments (articles 238 and 242 of said Code).

⁴⁰ In Spanish, “litisconsorcio”. The Argentine Federal Code of Civil Procedure regulates this vehicle for joint multiple plaintiffs and/or defendants in a single procedure (Articles 87 to 89). An analog mechanism, in the United States, is the institution of joinder.

⁴¹ CSJN, Acordada No. 51/1973, República Argentina (10 July 1963), point 2. Point 3 delegates some decisions to the Court’s president or the substitute judge (generally, the Court’s vice president): designation of experts before the Court, imposition of disciplinary measures to lawyers, orders for money transfers, and the final say on cases “abnormally” finished (according to the language of the Procedural Code’s Title V).

⁴² Point 4.

⁴³ Acordada No. 51/1973, point 5.

⁴⁴ This point must be nuanced: Acordadas Nos. 64/1973 (31 July 1973), 45/1984 (5 July 1984), 4/1987 (21 April 1987), 28/1993 (1 June 1993), 36/2013 (1 October 2013) dealt with some issues arising before the Court’s original jurisdiction, but their scope is limited.

The Clerk's Office recommends decisions on the jurisdiction and the merits to the Justices, although the Court, when deciding a case, speaks through its own voice — without referring to what the Secretariat recommended. The Court usually issues at least two separate decisions: one on its jurisdiction and, if it decides that it has the power to decide the dispute brought to it, another on the merits.

Despite their importance, the Argentine Court rarely references the “Acordadas” that regulated its original jurisdiction.⁴⁵ Regarding the decision to hear a case, it is unclear whether it is a matter of the tribunal’s discretion or not. Something is certain: if it exercises discretionary power, the Argentine Court is not as explicit as its U.S. counterpart is. Upon analyzing a province’s standing to sue⁴⁶ and the concept of a “civil case”⁴⁷ some aspects of the question of discretion will be touched upon.

V. Standing

1. States and provinces as parties

Two cases from the early periods of each Court are useful to illustrate the different starting points of both original jurisdictions: “Chisholm v Georgia”⁴⁸ and “Domingo de Mendoza c. San Luis”⁴⁹. Whereas the latter case set the foundations for a more limited original jurisdiction in the United States Supreme Court, the “Domingo de Mendoza” decision might have released the Argentine Court from the constraints imposed on its original jurisdiction.

In “Chisholm”, the American Court allowed the plaintiff to sue the state of Georgia — a State different from her own — through a writ of assumpsit.⁵⁰ However, this decision was nipped in the bud: Congress intervened before the Court reached the

145

⁴⁵ The “Administración de Parques Nacionales c/Neuquén” case is an exception worth mentioning. The defendant, when answering the plaintiff’s complaint, presented a type of “cross-claim”; after the Original-Jurisdiction Clerk decided to notify the plaintiff of such a claim, the defendant opposed on the grounds that such a decision belonged to the Court as a whole — not to the Clerk’s Office. The Court remembered the reasons behind the “Acordadas” that shaped the original jurisdiction, and ultimately upheld the Clerk’s decision. CSJN, “Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del y otros s/ ordinario”, 10 December 2013, available at <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByldLinksJSP.html?idDocumento=7074611>.

⁴⁶ Section IV.a).

⁴⁷ Section VII.

⁴⁸ “Chisholm v. Georgia”, 2 U.S. 419 (1793).

⁴⁹ CSJN, “Domingo de Mendoza y Hermano c. Provincia de San Luis s/derechos de exportación-cuestión de competencia”, 3 May 1865, Fallos: 1:485.

⁵⁰ Such a writ is defined by Black’s Law Dictionary as: “1. An express or implied promise, not under seal, by which one person undertakes to do some act or pay something to another (...). 2. A common-law action for breach of such a promise or for breach of a contract (...).” *Black’s Law Dictionary*, 12th ed., St. Paul (MN), Thompson Reuters, 2024.

merits and amended the Constitution to make clear that State parties to a dispute for original jurisdiction purposes did not mean States as defendants in that jurisdiction. The Eleventh Amendment has been since construed to mean that a private party cannot sue a State before the original jurisdiction of the U.S. Supreme Court.

In a way, the Argentine Court's understanding of its original jurisdiction was frozen in time before the enactment of the Eleventh Amendment in the U.S. This was evidenced in the "Domingo de Mendoza c. San Luis" and "Avegno"⁵¹ cases. The former was the first original jurisdiction case in the history of the Court: it involved a provincial tax that the plaintiff had paid under protest due to its unconstitutionality (by alleging it was an export tax to be collected by the Federal Government). Domingo de Mendoza brought suit before the Argentine Court in order to recover the amount that it had paid. The Court expressly mentioned "Chisholm" as a valid precedent for assuming jurisdiction, but it also pointed towards the absence of an Eleventh Amendment-like text in the Argentine Constitution.

An interesting feature of this case is the Court's treatment of the jurisdictional question. Although Article 1 of Law No. 48 specified that a Province could be brought before the Court by a "neighbor of another Province", there was no inquiry as to the plaintiff's domicile or place of residence.⁵² The Court even said that "in the present case the nature of the parties doesn't have to determine the venue, so even if the circumstance of the plaintiffs being domiciled in San Luis [the defendant Province] was proven, *it would not be sufficient to deny federal jurisdiction.*"⁵³ Further, the Court explains that, since the plaintiff's ground to sue is Article 17 of the Constitution⁵⁴, and Article 100 [current Article 116]⁵⁵ granted it jurisdiction over "*all* cases arising under the Constitution and the laws of the Nation" without exception.

The argument seems to be that if the Court could have heard the case under its appellate jurisdiction, then it would not bother too much with jurisdictional boundaries because of the subject matter of the dispute. This way of reasoning

⁵¹ CSJN, "Don José Leonardo Avegno c. Provincia de Buenos Aires s. reivindicación de una finca", 11 April 1874, Fallos: 14:425.

⁵² It was, nonetheless, claimed by the representative of the Province of San Luis before the Court, along with the argument that the case dealt with a local question, and not one of a federal subject matter. Fallos: 1:489.

⁵³ "Domingo de Mendoza c/ San Luis", point 8 (emphasis added). (Translated by the author).

⁵⁴ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 17: "Property may not be violated, and no inhabitant of the Nation can be deprived thereof except by virtue of a judgment based on law. Expropriation for reasons of public interest must be authorized by law and previously compensated. Only Congress levies the taxes mentioned in Section 4. No personal service can be required except by virtue of a law or sentence based on law. Every author or inventor is the exclusive owner of his work, invention, or discovery for the term granted by law. The confiscation of property is hereby abolished forever from the Argentine Penal Code. No armed body may make requisitions nor demand assistance of any kind."

⁵⁵ Section I.(2) above.

represents a larger idea that survives to this day: one can litigate a case before the Court's original jurisdiction not only due to the nature of the parties to a dispute, but mainly when the case is of a federal subject matter.

Nine years later, the doctrine of the “Domingo de Mendoza” case was further elaborated in the “Avegno” case. The Court referred to the difference between the text of the Argentine Constitution of 1853 and the final text of the Constitution of 1860, and said that if the founders had decided not to include the Eleventh Amendment’s text into the Constitution, they must have had a reason for doing so.

The lack of an 11th Amendment in the Argentine system and a broader acceptance of federal subject matter to assert original jurisdiction has led the Court to elaborate other doctrines to limit the cases in which the Provinces can be brought as defendants. One of these tools is the doctrine that requires a Province to be “substantially a party to the dispute” in order to be sued directly in the Supreme Court.⁵⁶

The 11th Amendment to the U.S. Constitution, however, did not bar states from being parties to an original jurisdiction suit; it merely prohibited a private party to sue a state directly in the Supreme Court. The Argentine doctrine mentioned in the previous paragraph—a province has to be “substantially a party to a dispute”—has its counterpart in the United States Supreme Court’s “real party in interest rule”, which denies States standing to sue “when it is merely sponsoring the claims of a small number of citizens.”⁵⁷ This doctrine is the perfect introduction for a more difficult line of cases, the *parens patriae* one.

147

2. ‘*Parens patriae*’ as a basis for original jurisdiction

The doctrine’s origins are rooted in the English common law, where the State would take on the legal guardianship of people without natural guardians.⁵⁸ In the context of federal courts in the United States, the term came to describe the interest of a State in representing the interests of its citizens as a plaintiff to a case.⁵⁹

Some cases can be easily distinguished from *parens patriae* ones: when a State exercises a proprietary right, or when it attempts to settle a border dispute or an

⁵⁶ The doctrine goes back to the “Walker” case of 1892 and it has been used as recently as 2007, in the “Lanari” case (*Fallos*: 49:74; 330:5095).

⁵⁷ Fallon, Richard H. Jr. et al., *Hart and Weschler’s The Federal Courts and the Federal System*, 7th ed., University Casebook Series, St. Paul (MN), Foundation Press, 2015, p 279.

⁵⁸ Unsigned, “The Original Jurisdiction of the United States Supreme Court”, *Stanford Law Review* 11, n.o 4 (1959): 665-719. Footnote 47: “*Parens patriae* under the original jurisdiction is a broad application of the term traditionally used to describe a government’s legal position as guardian of persons not *sui juris* or without natural guardians.”

⁵⁹ “*Hart and Weschler’s Federal Courts...*”, p 281: “The basic notion, however, seems to be that the state is suing to protect public interests that concern the state’s citizens at large.” These have also been referred to as “quasi-sovereign interests”, see p 280.

interstate river one through litigation. In such cases, the State is either asserting its own right or it is bringing a suit that no other party could bring. But in other situations, a State may seek that a Court render a judgment in favor of its citizens. And this begs the question: can a State assert the interests of its citizens in court?

The United States Supreme Court has not been too clear about the convenience of this basis for State standing in original-jurisdiction cases. For example, in the “Maryland v. Louisiana” case, the Court recognized that, in cases when each individual citizen’s claim would be so small as to discourage private litigation, it would be desirable to allow State standing to sue in the name of those citizens.⁶⁰ Such a language and reasoning resemble the world of aggregate litigation in the United States,⁶¹ where it is clearer that citizens’ future suits would be barred by the rules governing preclusion.⁶²

In Argentina, provinces rarely invoke this doctrine in an explicit manner to justify standing to sue. Recently, the Argentine court rejected the Province of La Rioja’s claim to represent the interests of its citizens at large.⁶³ The suit challenged an executive decree issued by the Executive Power in December 2023; one of La Rioja’s claims sought to prevent the effects of the executive decree on its population.⁶⁴ However, the Court was not persuaded, so it rejected La Rioja’s claims. Specifically, with regards to its *parens patriae* arguments for standing, the Court said that “[the Province] has not defined an interest that belonged to it [as a legal person distinct from its own citizens] that was harmed in an actual and concrete manner.”⁶⁵

⁶⁰ “Maryland v. Louisiana”, 451 U.S. 725 (1981).

⁶¹ An example is Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure, which regulates class actions. Rule 23.a.3) establishes that “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:... the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.” Federal Rules of Civil Procedure, United States (December 1st 2024).

⁶² Nagareda Richard et al., *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*, 2nd ed., St. Paul (MN), Foundation Press, 2013, p 45: “One might say in colloquial terms that claim preclusion operates on the intuition ‘You already had your chance,’ whereas issue preclusion operates on the notion ‘Been there, done that.’ Stated less colloquially, claim preclusion prevents a party from splitting up a single dispute into more than one lawsuit, whereas issue preclusion prevents a party from relitigating an issue that has already been litigated and determined. Thus, claim preclusion can bar new legal causes of action and remedies that were never raised as long as they could have and should have been raised in the first suit (...). Issue preclusion, by contrast, bars litigation of only those issues that were actually raised, litigated, and determined in a previous suit.”

⁶³ CSJN, “La Rioja, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de certeza”, 16 April 2024, Fallos 347:321.

⁶⁴ Point VII.7 of La Rioja’s suit, available at <https://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=BtUMzCjtszKgygztLJmLSmVYGqAAUvQglEJ8yIIPZl%3D&tipoDoc=despacho>.

⁶⁵ Fallos: 347:321, point 4.

VI. Interstate disputes

1. Disputes between states or provinces

Before thinking about this category of cases it is useful to remember the purpose envisioned by both the United States and Argentina's founding fathers for the original jurisdiction: to have a tribunal keep the national peace. Such a concern is typically present in cases of natural resources that affect more than one state or province. This subsection will compare the "Kansas v. Nebraska" decision of 2015 (U.S.)⁶⁶ and the "La Pampa c/ Mendoza" of 2017 (Argentina)⁶⁷, two cases that deal with disputes over interstate rivers.

In the "Kansas" decision, the U.S. Court described its power to adjudicate as "equitable in nature" and accepted the Master's recommendation: partial disgorgement of Nebraska's gains by its violation of the Settlement in favor of Kansas, and a reformation of the measurement of water mechanism in favor of Nebraska. The Court justified the remedies adopted by construing the Compact of 1943 as federal law;⁶⁸ the dissent construed it as something closer to a contract by arguing that water apportionment was still within the power of the States, and it accused the majority of construing its equitable powers too broadly.⁶⁹

Meanwhile, the Argentine Court claimed to exercise the jurisdiction as regulated by Article 127 of the Constitution⁷⁰ in the "La Pampa c/ Mendoza" case. The Court

149

⁶⁶ "Kansas v. Nebraska", 574 U.S. 445 (2015). The *Kansas* decision goes back to a 1940's agreement between Kansas and Nebraska, which had been consented by Congress (as required by the Constitution's Art.I, §10, cl.3). In that compact, water that originated in the Republican River Basin was apportioned between Kansas, Nebraska and Colorado. In 1998, Kansas brought an original jurisdiction suit alleging that Nebraska's activities were in violation of the pact; the Court agreed with the Special Master's recommendation. In 2002, a settlement was reached between the contending States, establishing mechanisms for compliance with the 1943 Compact. Kansas brought the lawsuit under analysis before the Court alleging that Nebraska was now breaching the Settlement agreed upon in 2002, thus affecting its rights under the Compact.

⁶⁷ CSJN, "La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", 1 December 2017, Fallos: 340:1695.

⁶⁸ "Kansas v. Nebraska", note 27, at p 455: "Two particular features of this interstate controversy further distinguish it from a run-of-the-mill private suit and highlight the essentially equitable character of our charge. The first relates to the subject matter of the Compact and Settlement: rights to an interstate waterway. The second concerns the Compacts status as not just an agreement, but a federal law."

⁶⁹ *Id.* at 476: "Kansas, Nebraska, and Colorado have presented us with what is, in essence, a contract dispute. In exercising our original jurisdiction in this case, we have a responsibility to act in accordance with the rule of law and with appropriate consideration for the sovereign interests of the States before us."

⁷⁰ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 127: "No Province shall declare or make war against another Province. Their claims must be submitted to and settled by the Supreme Court.

inquired as to “the legal meaning of ‘basin’” in order to determine the scope of the jurisdiction it was exercising,⁷¹ and it decided that its essential concept was of “unity”. This recommended, in the majority’s eyes, the need for an “Integral Management of the Basin”. With this idea in mind, it exhorted the Provinces involved in the case and the National Government (which had been summoned as a third party) to give life to a preexisting Interprovincial Committee of the Atuel River and present an appropriate flow of water in the basin to “recompose the affected ecosystem in La Pampa Province.”

The U.S. Court broadly construed its equitable power to fashion a remedy for a violation of federal law, while recognizing the need for adapting the measurement mechanisms. Conversely, the Argentine case had a different configuration, and the Court was looking more broadly at the environmental impact of the use of water in the Atuel River basin. What seems to be common between both solutions is the care with which they tell States what to do: while the U.S. Court gave something to each party, the Argentine Court ordered the parties to negotiate while maintaining control over what was being settled.

2. Disputes between states or provinces and the federal government

150 The Argentine Supreme Court accepts to hear these cases because it concludes that it is the only way “to reconcile the prerogative that the Federal Government has to litigate before federal courts with the provinces’ right to litigate before the Supreme Court’s original jurisdiction”, as it has claimed in many cases.⁷²

In the United States, the United States Code provides for original but not exclusive jurisdiction over disputes between a State and the United States.⁷³ In order for the Court to hear a case brought by a State against the Federal Government, the latter has to give its consent.⁷⁴

Their de facto hostilities are acts of civil war, considered as sedition or rebellion, which the Federal Government must suppress and punish in accordance with the law”. See also Section II above.

The La Pampa Province brought suit alleging that Mendoza breached: its obligation to negotiate the uses of the Atuel River established in a 1987 Supreme Court precedent, its obligations under agreements of 1989 and 1992, and to other constitutional and international norms that it deemed applicable to the legal relationship between the two Provinces. La Pampa also alleged environmental damages and reparations.

⁷¹ *Id.* at point 13, 3rd paragraph.

⁷² CSJN, CSJ 2394/2022, “Estado Nacional (Ejército Argentino) c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ impugnación de acto administrativo” 16 April 2024, TR LALEY AR/JUR/39152/2024.

⁷³ 28 United States Code, § 1251, (b).2.

⁷⁴ Shapiro, Stephen M., et al. (2010): *Supreme Court Practice*, pp 630-631.

VII. Foreign ambassadors, consuls, and ministers

As described in Section I, we already know that the original jurisdiction was designed with the idea of keeping the peace. The jurisdiction arising for cases related to “ambassadors, foreign consuls and ministers” is important to keep that peace between the country and other foreign powers. Both the Federalist Papers⁷⁵ and Alberdi’s ideas⁷⁶ reflect this concern.

In the United States, however, the role of the Supreme Court’s original jurisdiction in this respect seems to have waned over time. Evidence of this is that nowadays, cases involving foreign ambassadors, other public ministers and consuls, belong to the Court’s non-exclusive original jurisdiction.⁷⁷ This means that parties can choose to file suit before the Supreme Court’s original jurisdiction or a federal district court.

On the other hand, Argentina’s Law No. 48 provides in its article 1.3 that the Court will hear as a trial court: “cases concerning Ambassadors or other foreign diplomats, people that are part of the Diplomatic Legation, members of their family, domestic household, in a way that a Court of Justice may proceed in accordance with the Law of Nations”; article 1.4 refers to “cases that deal with the privileges of Consuls and Viceconsuls in their public character.” All cases pertaining to the “private business” of Consuls and Viceconsuls are to be presented in federal district courts, according to article 2.3.

As is evident from the previous comparison, the statutes that precise the original jurisdiction in both Courts differ significantly. As a practical matter, rulings on the merits of these cases are rare in the Argentine court’s case, given the time that it tends to invest on the jurisdictional question.⁷⁸

⁷⁵ Footnote 12 above.

⁷⁶ Footnote 13 above.

⁷⁷ See 28 United States Code, § 1251, (b).1: “The Supreme Court shall have original but not exclusive jurisdiction of: All actions or proceedings to which ambassadors, other public ministers, consuls, or vice consuls of foreign states are parties...”

⁷⁸ See, for example, the “Medal”, “Espeche” and “Elsouri” cases. CSJN, CIV 12908/2013/CS1, “Medal, Ana Claudia y otro c/ Embajada de los Estados Unidos y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, 23 August 2016, available at: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByldLinksJSP.html?idDocumento=7328182&cache=1756993785315>; CSJN, CSJ 41/2010 (46-E)/CS1 “Espeche, Oscar Luis Wo1fgang s/ despido”, 14 March 2017, available at: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByldLinksJSP.html?idDocumento=7362731>; CSJN, CSJ 221/2014 (50-E)/CS1 “Elsouri, Mahmoud Gaafar Elsharif Order s/ defraudación por retención indebida -causa n° 12532/2014”, 6 November 2018, available at: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByldLinksJSP.html?idDocumento=7485801>.

VIII. “Civil” cases

In order to understand what a “civil case” is for each original jurisdiction, we must first make reference to the Judiciary Act of 1789 in the United States, to Law No. 48 and Decree-Law No. 1285/1958 in Argentina.

The first Judiciary Act in the United States provided that the original jurisdiction of the Supreme Court would include “all controversies of a civil nature”⁷⁹ That wording echoes the Argentine grant of jurisdiction of Article 24 of Decree-Law No. 1285/1958, and can be explained by the influence of American constitutional law for Argentina’s founding fathers.

Criminal cases under the Argentine Court’s original jurisdiction are unusual. They are not usually handled by the Original-Jurisdiction Clerk’s Office, but by the office that deals with criminal law cases before the Supreme Court. “Acordada” No. 28/1993 established that the initial stage of these criminal law cases are within the Supreme Court’s presiding Justice’s power, though the President can delegate that function to one of the Clerks of the Court.⁸⁰

Article 1 of Law No. 48 established that the Court would hear in the first instance “cases between two or more Provinces, and *civil cases between a Province and a citizen or citizens from another Province, or foreign subjects*”.⁸¹ Early in its establishment, the Court defined a “civil case” for original jurisdiction purposes as one arising from contract, but it later expanded the concept to all cases related regulated by private law; as Gondra pointed out, however, the concept was never defined by a simple, straightforward rule.⁸²

Central to the Court’s current understanding of “civil case” are the “Barreto”⁸³ and “Mendoza, Silvia Beatriz”⁸⁴ cases, both decided in 2006. The first one was brought by plaintiffs domiciled in the city of Buenos Aires, against the Province of Buenos Aires because their daughter had been accidentally shot by the provincial police and died; they sought damages under the Civil Code. The case appeared

⁷⁹ Judiciary Act 1789, United States (September 24th 1789), § 13. In *Hart and Weschler’s Federal Courts...*, authors note that the first Judiciary Act preceded “Marbury v. Madison”, where the Court held that the original jurisdiction derived directly from the Constitution (p 24).

⁸⁰ CSJN, Acordada No. 28/1993, (1 June 1993).

⁸¹ Added emphasis. Ley 48, Artículo 1, inciso 1: “La Suprema Corte de Justicia Nacional conocerá en primera instancia: 1. De las causas que versan entre dos o más Provincias, y las civiles que versen entre una Provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros.”

⁸² Gondra, J. *Jurisdicción Federal*, p 390.

⁸³ CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, 21 March 2006, Fallos: 329:759.

⁸⁴ CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” 20 June 2006, Fallos 329:2316.

to fall squarely in the definition of a civil case between a Province and citizens of another Province, as regulated in Law No. 48. But the Court chose this case to reshape its original jurisdiction: after recognizing that it was departing from a line of precedents where it decided similar cases on the merits, it said that this class of original-jurisdiction cases had grown steadily since 1992.⁸⁵ Ultimately, the reference to its increasing workload as a consequence of the number of “civil cases” and the expressed need to preserve its scarce resources may remind us of the “Ohio v. Whyandotte” decision, where the U.S. Supreme Court also referred to the preservation of its proper function —the appellate one.⁸⁶

The “Mendoza, Silvia Beatriz” case was also key for the development of the concept of “civil case”. Its biggest consequences for the original jurisdiction were two-pronged. First, it accepted to hear the plaintiffs’ environmental claims under its original jurisdiction; second, it decided against jurisdiction in the damages claims resulting from environmental contamination, directed against the Province of Buenos Aires and the Federal Government and grounded in the Civil Code. The case came to be known as a leading case in environmental law due to the remedies it created in a complex, multi-party case of environmental law. But it was also important in the second aspect mentioned: it continued to shape the concept of a “civil case” for the purpose of the original jurisdiction of the Supreme Court.

As practitioner Pablo Perrino said, both cases are better understood as part of a larger trend in the Supreme Court. Given the changes in the Court’s membership between the years 2002 and 2006, the “new” Court thought its current workload affected the quality of its constitutional functions, so it proceeded to reform certain aspects of its organization. Along with “Barreto” and “Mendoza”, Perrino mentions the “Acordada” No. 4/2007, which regulated the filing of extraordinary appeals before the Court, and other rulings from its appellate docket.⁸⁷

153

IX. The power of congress and the original jurisdiction

Both constitutional texts distinguish between the appellate and the original jurisdiction of each Supreme Court in a very similar way, as was shown in Section I (2) above. Article 116 and Art. III § 1 respectively grant Congress the power to regulate the appellate jurisdiction of each country’s highest court. However, neither text mentions the relationship between the power of Congress and the original

⁸⁵ “Barreto”, point 5.

⁸⁶ See Section III above.

⁸⁷ Perrino, Pablo E., “Alcance actual de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas en que son partes las provincias”, in *Cuestiones de Control de la Administración Pública - Administrativo, Legislativo y Judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010.

jurisdiction. This was an important point developed in the classic “Marbury v Madison”⁸⁸ and in the Argentine Court’s “Sojo”⁸⁹ case.

The facts of “Marbury v Madison” are well known. William Marbury was appointed as a “midnight judge” by the outgoing Federalist administration, but the commissions containing his appointment were never delivered, so he presented a writ of mandamus asking the Supreme Court to order Secretary of State Madison to do so.⁹⁰ The ruling’s backstage was the dispute between Federalists and Jeffersonian Republicans over the power of the federal judiciary after Congress had stalled the sessions of the Supreme Court, and after Republicans voted to impeach a Federalist District Judge.⁹¹ The political struggle between Federalists and Republicans is central to the understanding of “Marbury”.

Relevant for this section’s purposes, the opinion of the Court famously asserted that Congress could not expand the cases of original jurisdiction established by Art. III, §2 cl. 2 of the U.S. Constitution, and thus deemed § 13 of the Judiciary Act of 1789 void. Such a claim has been referred to as the case’s “statutory ruling.”⁹²

The “Sojo” case of the Argentine Supreme Court of 1887 is illustrative of the influence that American practice had during that period of its constitutional history. A cartoonist had been imprisoned by Congress for publishing a cartoon making fun of members of Congress, which led to the filing of a *habeas corpus* petition directly in the Supreme Court. The Court seized the opportunity to assert its power to review the constitutionality of laws and say that Congress could not expand the Tribunal’s original jurisdiction.

However different the context for both decisions was,⁹³ the Argentine court expressly recognized it was importing the “Marbury” doctrine. According to Miller, this is explained by the fact that the Argentine Supreme Court felt bound by the U.S. practice: “In holding that it lacked jurisdiction to hear the case, the Argentine Supreme Court followed U.S. practice because it felt obliged to follow U.S. law,

⁸⁸ “Marbury v. Madison”, 5 U.S. 137 (1803).

⁸⁹ CSJN, “D. Eduardo Sojo, por recurso de Habeas Corpus, contra una resolución de la H. Cámara de Diputados”, 22 September 1887, Fallos: 32:120.

⁹⁰ Mandamus is defined by *Black’s Law Dictionary* as: “A writ issued by a court to compel performance of a particular act by a lower court or a governmental officer or body, usually to correct a prior action or failure to act.”

⁹¹ Feldman, Noah R. and Sullivan, Kathleen M, *Constitutional Law*, 20th ed., United States of America, Foundation Press, 2019, pp 9-16.

⁹² *Hart and Weschler’s Federal Courts*, p 268.

⁹³ First, “Sojo” was not ruled in the midst of a power struggle for control over the federal judiciary, as MARBURY was. Moreover, there was precedent in Argentina where Congress had been ordered to release a journalist it had imprisoned. Instead of reaffirming its power over the national Congress with the facts presented by Sojo, the Argentine Court chose to use the “Marbury” mold and assert the supremacy of the Constitution, the power of the Court to have the final say on its meaning, and dismiss the case for lack of subject matter jurisdiction.

not because political convenience dictated avoiding jurisdiction.”⁹⁴

But, as we have seen in previous sections of this article, both the Argentine and the United States Congress have not remained silent with regards to the original jurisdiction. In the United States, the United States Code’s regulation of original jurisdiction has been described as “specifying” it.⁹⁵ Conversely, the Argentine court tends to refer more to the constitutional origin of its original jurisdiction than to the rules that Congress enacted; though those legal requisites resurface from time to time, like in the “Barreto” and “Mendoza” cases.⁹⁶

X. Enforcement of rulings against states or provinces

To render a decision in an original-jurisdiction case is one thing. But the enforcement of such a decision on a reluctant party is a different matter.

In the United States, it has been said that “the power of the Court to enforce its decisions against a state has been questioned almost since its inception”.⁹⁷ A 1918 decision in “Virginia v West Virginia”⁹⁸ reflects some of the problems that the Court faces when a State refuses to comply with one of its orders. The Court had already issued a decision against West Virginia in 1915,⁹⁹ but the state was refusing to comply; so Virginia —the plaintiff— asked the Court to impose on the uncompliant party the obligation to collect a tax in order to obtain the money Virginia was entitled to. The Court was faced with the problem of affecting property devoted to public purposes, so it heavily justified its power to enforce its decisions, also warning as to the dangers that lay behind not complying with them.¹⁰⁰ In the

155

⁹⁴ Miller, Jonathan M., “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”, *The American University Law Review* 46, n.o 4, 1997, 1483-1572, p 1557. See also p 1547: “In ‘Sojo’, U.S. practice was followed solely because the Argentine Supreme Court considered itself bound by the U.S. model”.

⁹⁵ Shapiro, Stephen M. et al., *Supreme Court Practice*, 10th ed., Arlington, VA, Bloomberg BNA, 2013, p 621.

⁹⁶ Section VII above.

⁹⁷ Unsigned, “The Original Jurisdiction of the United States Supreme Court”, *Stanford Law Review* 11, No.4, July 1959, 665–719.

⁹⁸ “Virginia v. West Virginia”, 246 U.S. 565 (1918).

⁹⁹ “Virginia v. West Virginia”, 238 U.S. 202 (1915).

¹⁰⁰ “Virginia v. West Virginia”, 246 U.S. 599. “(...) the conferring on this Court of original jurisdiction over controversies between states, the taking away of all authority as to war and armies from the states and granting it to Congress, the prohibiting the states also from making agreements or compacts with each other without the consent of Congress at once makes clear how completely the past infirmities of power were in mind and were provided against. (...) since it must be patent that the provisions written into the Constitution, the power which was conferred upon Congress and the judicial power as to the states created, joined with the prohibitions placed upon the states, *all combined to unite the authority to decide with the power to enforce* – a unison which could only

end, however, West Virginia complied shortly after the 1918 decision, so the Court did not have to seek a way to enforce the 1915 one.¹⁰¹

On the other hand, in Argentina, this issue is regulated in the Federal Civil Procedural Code, which dedicates a whole chapter to the enforcement of a decision.¹⁰² However, the Code does not provide for a specific way to enforce a judgment against a province or the Federal Government and the procedural vehicles that the Code offers seem better suited to litigation between private parties. This sort of mismatch between the Procedural Code and original jurisdiction echoes the Supreme Court “Acordada” that created the Original-Jurisdiction Clerk’s Office, where the Court made explicit reference to the lack of appropriate regulation for original-jurisdiction cases.¹⁰³

In cases where money is owed by a province, the Original-Jurisdiction Secretariat tends to be deferent to each province’s way of regulating their debts to the public. For that reason, it provides provinces with several opportunities for voluntarily paying its debts in the context of a case before the Court. If the non-compliance with the order persists, the Court sometimes orders the National Bank (“Banco de la Nación Argentina”) to legally withhold a sum of money and transfer it to a court-supervised bank account. Generally, the withheld sums are a part of the complex system of distribution of money between the federal government and the provinces.¹⁰⁴

156

XI. Final remarks

The justification for the comparison, as was explained in Section I, lies in the influence that the United States constitutional system had in the design of Argentina’s. Both constitutions grant the Supreme Court power to act as a trial court in certain cases, and the structure of the federal judiciary is significantly alike.

Sections II and III dealt with the normative structure for both original jurisdictions. Although the constitutional texts are remarkably similar, the reference to the “exclusivity” of the Supreme Court’s original jurisdiction in the Argentine case and the way in which both congresses intervened highlighted some of the differences. Additionally, the distinct way in which each Supreme Court handles the procedure of an original jurisdiction suit was shown to be very different.

have arisen from contemplating the dangers of the past and the unalterable purpose to prevent their recurrence in the future.” (Emphasis added).

¹⁰¹ Unsigned, “The Original Jurisdiction of the United States Supreme Court”, p 691.

¹⁰² Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, B.O. 7/11/1967. Articles 499 to 516.

¹⁰³ Section III above.

¹⁰⁴ A possible translation to English is *system of federal co-participation*. In Spanish: “sistema de coparticipación federal”.

Both Courts give some importance to the discretionary nature of its original jurisdiction. In the U.S., as the “Ohio v Whyandotte” decision points out, the exercise of discretion tends to pull towards restricting the original-jurisdiction docket—that is, to hear less original-jurisdiction cases. The most immediate consequence of the “Chisholm” case was the Eleventh Amendment to the Constitution, and this might have set the tone for the Court’s reluctance to hear every case filed under its original jurisdiction, even if the norms conferring such jurisdiction indicate otherwise.

Meanwhile, the gates of the Argentine Court’s original jurisdiction seem to have been “opened” by the “Domingo de Mendoza” case, where the Court quite explicitly said that it would not be limited by statutory requirements to hear a case if a federal question appeared. Such a statement acquired a new dimension after the “Barreto” and “Mendoza, Silvia Beatriz” cases; both decisions, by changing the meaning of a “civil case”, reshaped the Argentine Court’s original jurisdiction. It is noteworthy that the discretionary aspect of the original-jurisdiction decision is a lot more explicit in the case of the United States than in the Argentine one.

One of the historical purposes of the original jurisdiction of the Supreme Court was to keep the peace, both on an internal and an international dimension. Internally, both Supreme Courts operate similarly when they deal with interstate disputes, as the “Kansas” and “La Pampa” cases revealed. The inclusion of the National Government in the proposed remedy by the Argentine Court can be interpreted as another manifestation of the pervasiveness that the federal government still has in the relations between the Provinces. As far as the international aspect goes, the constitutional grant of original jurisdiction referred to “foreign ambassadors, ministers and consuls.” The United States Congress intervened to make this grant of jurisdiction non-exclusive, so these cases could be brought before federal district courts; the Argentine Supreme Court does not seem too keen, as a practical matter, to swiftly adjudicate these types of cases.

The “Sojo” case was the Argentine vehicle for importing the “Marbury” doctrine of judicial review. The comparison of these cases showed how much influence the American understanding of its Constitution had during Argentina’s first two decades as a nation, a time when it was more common for the Argentine Court to quote American precedents than to quote Juan Bautista Alberdi’s works. Perhaps it was Sarmiento’s advocacy in favor of adopting the American system that was indirectly embraced by the Court during this period.

Some elements were left out of the article’s comparison. A richer portrait of the Argentine original jurisdiction would include recent and important decisions. Some examples are: the protection of the “republican form” in provincial elections,¹⁰⁵ the

¹⁰⁵ CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, 22 October 2013, Fallos 336:1756.

constitutionality of provincial taxes,¹⁰⁶ the status of the City of Buenos Aires for original-jurisdiction purposes,¹⁰⁷ and the Court’s intervention in the distribution of taxes between provinces and the federal government,¹⁰⁸ among others. These topics were left out for probable lack of comparative value and are here presented for future investigation.

Furthermore, the picture of both original jurisdictions depicted is certainly incomplete due to the absence of each court’s appellate jurisdiction. A feature that both legal systems share is that their Supreme Courts —notwithstanding dissents— speak with one voice, so there is no “appellate Court” separate from an “original-jurisdiction Court”. There is only one Supreme Court. The original jurisdiction does not exist nor operate in a vacuum.

Nevertheless, the comparison undertaken allows us to see that the struggles of each court with the constitutional text, the decisions on how to allocate their resources, and the interpretation of their role in the legal system are especially present in original-jurisdiction cases. For such reasons, the comparison should be worthy of attention by legal scholars and practitioners alike — and, more broadly, by anyone interested in the exercise of power.

¹⁰⁶ CSJN, “Bayer S.A. c/Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, 31 October 2017, Fallos: 340:1480.

¹⁰⁷ CSJN, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal”, 4 April 2019, Fallos: 342:533.

¹⁰⁸ CSJN, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad – cobro de pesos”, 21 December 2022, Fallos: 345:1498.

XII. Bibliography

Alberdi, Juan Bautista, “Bases y Puntos de Partida para la Organización de la República Argentina”, in *Organización de la Confederación Argentina*, Vol. 1., Madrid, El Ateneo, 1913.

Alberdi, Juan Bautista, “Derecho Público Provincial Argentino”, in *Obras Seleccionadas*. XI, Buenos Aires, Librería «La Facultad» de Juan Roldán, 1920.

Black's Law Dictionary, St. Paul (MN), Thompson Reuters, 12.^a ed., 2024.

Fallon Jr., Richard H. et al., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, University Casebook Series, St. Paul (MN), Foundation Press, 7th ed., 2015.

Hamilton, A., Madison, J. and Jay, J., *The Federalist Papers*, New York, The New American Library of World Literature, 1961.

Garay, Alberto F., “A doctrine of precedent in the making: the case of the Argentine Supreme Court’s case law”, *Southwestern Journal of International Law* 25:2, 2019.

159

García-Mansilla, Manuel José y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

Gondra, Jorge M., *Jurisdicción Federal*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina S.A., 1944.

Jensen, Guillermo E., “Una constitución, dos repúblicas: federalismo, liberalismo y democracia en el pensamiento constitucional de D. F. Sarmiento y J. B. Alberdi”, *Trabajo y Sociedad. Sociología del trabajo - Estudios culturales - Narrativas sociológicas y literarias* XX, n.^o 33, 2019.

Laplacette, Carlos J., *El Tribunal de la Federación. Los conflictos subnacionales y la competencia originaria de la Corte Suprema*, Buenos Aires, EDIAR, 2024.

Legarre, Santiago and Handy, Christopher R., “A Civil Law State in a Common Law Nation, a Civil Law Nation with a Common Law Touch: Judicial Review and Precedent in Louisiana and Argentina”, 95 TUL. L. REV. 445, March 2021.

Miller, Jonathan M. “The Authority of a Foreign Talisman: a Study of U.S. Cons-

titutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith", *The American University Law Review* 46, n.º 4 , 2019, pp. 1483-1572.

Nagareda, Richard A. et al, *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*. St. Paul (MN), Foundation Press, 2nd ed., 2013.

Perrino, Pablo E, "Alcance actual de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas en que son partes las provincias", in *Cuestiones de Control de la Administración Pública - Administrativo, Legislativo y Judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010.

Pfander, James E., *Principles of Federal Jurisdiction*. 3.^a ed. St. Paul (MN), West Academic Publishing, 2017.

Ramírez Calvo, Ricardo, "¿Existe una competencia dirimente especial de la Corte Suprema en los conflictos interprovinciales?" *LA LEY*, n.º 2018-A.

Shapiro, Stephen M. et al, *Supreme Court Practice*, Arlington, VA, Bloomberg BNA, 10th ed, 2013.

160 Unsigned, "The Original Jurisdiction of the United States Supreme Court", *Stanford Law Review* 11, n.º 4, 665-719, 1959,

Reseñas

Reseña normativa

Janice Balanian

Durante el segundo semestre del 2024, el Congreso de la Nación sancionó 39 leyes. El tema predominante en la agenda legislativa fue relaciones internacionales, con la aprobación de numerosos tratados bilaterales y multilaterales, acuerdos de cooperación, convenios de seguridad social y diversas normas vinculadas al Mercosur. También se dictaron leyes en materia de seguridad y justicia y sistema electoral, destacándose en este último ámbito la sanción de la Boleta Única Papel. En el mismo período, el Poder Ejecutivo vetó totalmente dos normas: la Ley 27.756, sobre movilidad previsional, y la Ley 27.757, referida al financiamiento de las universidades nacionales.

A continuación, se detallan las leyes sancionadas entre julio y diciembre de 2024:

- Ley 27.744 - Declaración de Duelo Nacional en homenaje a las víctimas del atentado terrorista del 18 de julio de 1994 contra la AMIA.
- Ley 27.745 - Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República Checa (Praga, 2019).
- Ley 27.746 - Acuerdo sobre Servicios Aéreos entre la República Argentina y el Reino de los Países Bajos (Ámsterdam, 2017).
- Ley 27.747 - Acuerdo de Cooperación en el Sector de la Defensa entre la República Argentina y la República Italiana (Roma, 2016).
- Ley 27.748 - Convención I de 1907 para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales (La Haya, 1907).
- Ley 27.749 - Acuerdo de Cooperación Técnica entre la República Argentina y la República de Filipinas (Buenos Aires, 2011).
- Ley 27.750 - Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil (Brasilia, 2019).
- Ley 27.751 - Tratado de Extradición entre la República Argentina y Rumania (Nueva York, 2017).
- Ley 27.752 - Enmiendas al artículo 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Ley 27.753 - Convenio para la Represión de Actos Ilícitos relacionados con la Aviación Civil Internacional (Beijing, 2010).
- Ley 27.754 - Acuerdo con la República de Turquía para evitar la doble

imposición y prevenir la evasión fiscal.

- Ley 27.755 - Institución del 4 de agosto como Día de los Derechos de Soberanía sobre la Plataforma Continental.
- Ley 27.756 - Modificaciones al régimen de movilidad previsional y seguridad social (Vetada).
- Ley 27.757 - Financiamiento de las Universidades Nacionales (Vetada).
- Ley 27.758 - Día Nacional por la Memoria de los 44 Héroes y Heroína del submarino ARA San Juan.
- Ley 27.759 - Ampliación del Registro de Datos Genéticos relativo a delitos contra la integridad sexual.
- Ley 27.760 - Convención relativa a la Organización Internacional de Ayudas a la Navegación Marítima.
- Ley 27.761 - Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech – Acuerdo sobre Subvenciones a la Pesca.
- Ley 27.762 - Acuerdo de Ciudad del Cabo de 2012 sobre seguridad de buques pesqueros.
- Ley 27.763 - Convenio Internacional del Aceite de Oliva y las Aceitunas de Mesa (2015).
- Ley 27.764 - Acuerdo de cooperación con la República Popular China para la prevención y lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.
- Ley 27.765 - Acuerdo para la protección mutua de las indicaciones geográficas originarias en los territorios de los Estados Parte del Mercosur.
- Ley 27.766 - Acuerdo sobre Facilitación del Comercio del Mercosur.
- Ley 27.767 - Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur.
- Ley 27.768 - Acuerdo sobre Comercio Electrónico del Mercosur.
- Ley 27.769 - Enmienda al Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del Mercosur.
- Ley 27.770 - Convenio de Seguridad Social entre la República Argentina y Canadá.
- Ley 27.771 - Convenio de Seguridad Social entre la República Argentina y la República de Corea.
- Ley 27.772 - Convenio Constitutivo del Fondo Común para los Productos Básicos.
- Ley 27.773 - Enmiendas a la Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones.
- Ley 27.774 - Acuerdo con el Gran Ducado de Luxemburgo sobre exención recíproca de impuestos para la operación de aeronaves en transporte internacional.
- Ley 27.775 - Acuerdo sobre Servicios Aéreos entre la República Argentina y el Estado de Israel.

- Ley 27.776 - Acuerdo sobre Servicios Aéreos entre la República Argentina y la República Checa.
- Ley 27.777 - Autorización para desempeñar cargos de cónsules y vicecónsules honorarios.
- Ley 27.778 - Modificación de la Convención relativa a responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.
- Ley 27.779 - Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y los Emiratos Árabes Unidos.
- Ley 27.780 - Convenio con la República Popular China para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal.
- Ley 27.781 - Modificaciones al Código Electoral Nacional. Implementación de la Boleta Única Papel.
- Ley 27.782 - Emergencia ambiental, económica y habitacional en zonas afectadas por incendios en la provincia de Córdoba.

Reseñas bibliográficas



Boto Álvarez, Alejandra, *La reconfiguración del Derecho Administrativo. Un estudio comparado España- Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 2024, 178 pp.
Reseña bibliográfica por Marcelo A. López Alfonsín

El libro “La reconfiguración del Derecho Administrativo. Un estudio comparado España-Argentina” (Ediar, 2024) es la última obra de la profesora española Alejandra Boto, académica correspondiente de esta Revista. La monografía es fruto del programa de posdoctorado de la Facultad de Derecho de la UBA y se adentra, de la mano del profesor Carlos F. Balbín, su director en tal programa, en un campo que la propia autora reconoce semi desconocido para los administrativistas europeos, pues el Derecho argentino no suele estar entre los ámbitos de comparación habituales en los estudios de Derecho público español, aunque aquel sí tiene en cuenta a este. Su trabajo tiene, como destaca en el prólogo el profesor Leandro A. Martínez, Subdirector de Posgrado de aquella misma Facultad, “una doble virtud paradojal” por ser de utilidad tanto para una primera aproximación a los rasgos característicos de los Derechos públicos de cada uno de los países, como para profundizar sobre conocimientos previos y reflexionar en particular sobre el devenir del Derecho Administrativo de nuestros tiempos.

En cuatro capítulos, desde las perspectivas española y argentina, se reflexiona

sobre la idea de que estamos viviendo un proceso de transformación de la Administración pública y su Derecho, que pone en cuestión la tradicional certeza acerca de su naturaleza pública (debido a las tendencias de privatización), interna (por la globalización) e incluso jurídica (al menos en su sentido más clásico, debido a la evolución de las redes y las nuevas formas de gestión y toma de decisiones). Son “tres oleadas superpuestas de cauces de huida”, que dan lugar a nuevos perfiles del Derecho Administrativo (pág. 147).

El fenómeno de la privatización se enfoca sucesivamente en lo que se identifican como vertiente formal, material, funcional e indirecta, con consideración de la evolución en términos de organismos públicos, servicio público y colaboración público-privada. Después se presenta el fenómeno de la internacionalización, que es el gran protagonista del estudio. Partiendo de la noción de Derecho transnacional, se aborda, desde una visión europea e interamericana, la diferenciación de los términos “Derecho Internacional Administrativo”, “Derecho Administrativo Internacional” y “Derecho global”. El objetivo de la autora es definir lo que entiende por internacionalización del Derecho Administrativo y, a partir de ahí, evaluar en qué medida constituye una fuerza transformadora de la disciplina.

168
Ello llega en el tercer capítulo, donde se aborda tal objetivo dividiendo la fuerza impulsora de la internacionalización en dos dimensiones: el interés económico (mercados de capitales) y el interés humano (protección de derechos), las cuales operan de manera significativamente diferente. Esta dicotomía cobra pleno sentido dentro del marco teórico propuesto por la profesora Boto, quien sostiene que la internacionalización implica una sustitución del poder administrativo originario, lo cual se refleja tanto en el enfoque como en el contenido de sus normas y su control. Sin embargo, la autora no se centra en los aspectos subjetivos de la internacionalización (es decir, quién ejerce el poder que regula y moldea el interés general, o cómo se estructura ese poder), sino que se enfoca en su dimensión objetiva. Con este fin, propone varios principios estructurales del Derecho Administrativo como hilo conductor: legalidad, eficacia/eficiencia, responsabilidad, transparencia, participación y rendición de cuentas (págs. 107-114). La forma en que estos principios resisten la internacionalización definirá la transformación del Derecho Administrativo. Y la respuesta es distinta según la dimensión que se considere.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos impacta, pero no choca de manera frontal, con la forma en que tradicionalmente se ha entendido en España la responsabilidad administrativa o la tutela judicial efectiva. De forma similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, moldea, pero también sin fragmentar, la cultura argentina en materia de servicios públicos, discrecionalidad administrativa o rendición de cuentas. Los estándares de ambos tribunales coinciden considerablemente en materia administrativa entre sí, y la transformación de los Derechos públicos nacionales derivada de esta vía de internacionalización no es

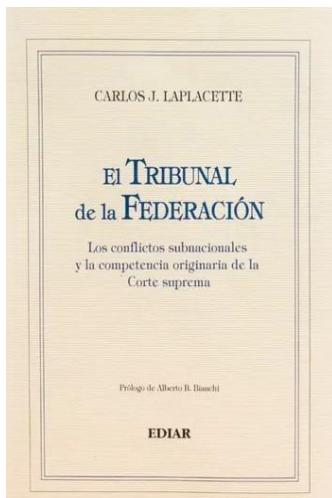
radical, ya que se basa en principios y legitimidad similares a los de los Estados sociales y democráticos de derecho. Así, no se observa una verdadera erosión, por seguir con el símil marino, sino una evolución progresiva.

La conclusión, sin embargo, es muy diferente en relación con las transformaciones derivadas de los mercados globales, que según la autora afectan negativamente a las bases del Derecho Administrativo, dejando una huella reactiva y preventiva que resulta difícilmente sostenible. Así se pronuncia tras centrar su análisis en la regulación de los acuerdos internacionales de inversión y la actividad del CIADI en materia de protección de la inversión extranjera, estudiando su impacto sobre los elementos objetivos del Derecho Administrativo que antes se habían seleccionado, y en particular la legitimidad. En este contexto, Argentina se presenta como un marco de estudio prolífico, ya que España tiene una experiencia mucho menor en lo que respecta a los arbitrajes CIADI relacionados con el Derecho Administrativo.

El cuarto y último capítulo aborda las propuestas de futuro y analiza cómo puede lograrse un equilibrio, que la autora sitúa en la integración frente a la globalización, con el ejemplo de la Unión Europea. Esta no se presenta a los lectores argentinos en la perspectiva institucional habitual, sino resaltando las conquistas que ha supuesto para la ciudadanía, y cómo su aproximación y convergencia de ordenamientos crea una fuerza común que neutraliza, al menos en parte, el efecto perverso de la globalización, convirtiendo a la propia Unión Europea, en un actor global frente a los grandes conglomerados económicos. No pretende la profesora Boto exportar sin más el modelo a Latinoamérica, sólo resaltar que el Derecho Administrativo español debe muchísimo a la Unión Europea y a su Derecho, con múltiples facetas altamente indisociables y tan relevantes como la contratación o el medioambiente. Y esta idea parece ciertamente atinada, si se tiene en cuenta el rol coadyuvante que la Comisión Europea ha jugado en distintos procesos arbitrales contra el Reino de España ante eventuales condenas millonarias por un cambio regulatorio en relación con la financiación de las energías renovables en tiempos muy recientes y su decidida oposición al “arbitraje salvaje”. Además, la Comisión Europea se ha mostrado más de una vez contraria a la ejecución de este tipo de laudos, esgrimiendo su doctrina sobre ayudas de Estado. Ha sucedido por ejemplo en el caso Antin, que forma parte de la denominada “saga de arbitrajes energéticos”, que ha puesto en jaque a los servicios jurídicos del Estado español y aupado al país al primer puesto de los rankings de laudos no pagados y de disputas pendientes ante el CIADI en el marco de la Carta de la Energía, siendo el global el tercer Estado del mundo con más demandas recibidas.

Las reflexiones finales de la profesora Boto Álvarez son optimistas, aunque reconoce que se requerirán ajustes a medio y largo plazo. Algunos, como los vinculados a la transformación digital sólo se abordan en la obra de manera tentativa, abriendo la puerta para que los especialistas en esta área, tan en boga

en la actualidad, consideren también la comparación hispano-argentina. Con ese positivo reto concluye, no con un adiós, sino con un hasta pronto. Esperemos en efecto que el puente que la autora ha empezado a cimentar entre ordenamientos se afiance con más tránsito, en ambos sentidos geográficos y también desde más disciplinas. En particular y en lo que hace al Derecho Administrativo, su perpetua crisis no puede conducir sino a su constante evolución dinámica y por eso cabe, por supuesto, augurarle larga vida... contra viento y marea.



171

Laplacette, Carlos J., *El Tribunal de la Federación. Los conflictos subnacionales y la competencia originaria de la Corte Suprema*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2024, 678 págs.
Reseña bibliográfica por Florencia Ratti

El libro que aquí se reseña tiene por objetivo “establecer cuál es la relación que existe entre la competencia originaria de la CSJN que surge del art. 127 CN (dirimir quejas entre provincias) y otros supuestos de competencia originaria del tribunal” (p. 22). La hipótesis de la que parte el autor reside en afirmar que la competencia de la Corte Suprema prevista en el artículo 127 de la Constitución es de carácter jurisdiccional: que remite a (y por ende no se distingue de) la competencia originaria para conflictos que se susciten entre dos o más provincias, prevista en los artículos 116 y 117 de la Constitución.

Para justificar aquella hipótesis, Laplacette evidencia que ni la práctica de la Corte Suprema argentina ni las fuentes de los artículos constitucionales involucrados permiten distinguir una competencia “dirimente” de otra “jurisdiccional”. A tal fin, se sumerge en un riguroso análisis de la producción jurisprudencial de la Corte Suprema que le permite desarmar, uno a uno, los argumentos esbozados en favor de la distinción de competencias, tanto por la doctrina como por el propio tribunal.

Con la misma agudeza estudia las fuentes de la Constitución y el derecho comparado relevante (especialmente el estadounidense, pero también el mexicano, brasileño y canadiense) en busca de elementos que avalen o refuten la autonomía de la competencia dirimente. En ese discurrir, Laplacette generosamente nos descubre el curioso surgimiento teórico de la “tesis de la autonomía” de la competencia dirimente, así como el devenir de su recepción jurisprudencial en el discurso de la Corte. Sus profundas pesquisas revelan, como datos de color, confusiones encadenadas en la interpretación de fuentes constitucionales y erratas en la invocación de esas fuentes. Para fortuna del autor, todos aquellos caminos lo conducen a la confirmación de su hipótesis.

La obra es producto de la tesis doctoral de Laplacette, y tal circunstancia la enaltece en varios sentidos. En primer lugar, ha sido dirigida por un excelso constitucionalista, especialista en la Corte Suprema y puntualmente, en su competencia originaria, como es Alberto Bianchi. Sin duda, el libro hace honor a la sapiencia, practicidad e ingenio del director y prologuista, cualidades que ciertamente habrán Enriquecido la investigación.

En segundo lugar, el sustento metodológico y bibliográfico es inmejorable. El antes tesista y ahora Doctor —a diferencia de lo que sucede habitualmente con el escritor común y corriente— ha trazado cada palabra de esta obra visualizando un tribunal que lo evaluará con minuciosidad. En consecuencia, justifica cada afirmación, blinda sus hipótesis de toda observación posible y rebate anticipadamente múltiples cuestionamientos.

En efecto, como muestra de tal rigurosidad y honestidad intelectual, Laplacette se ocupa de desarrollar y, seguidamente, de responder, cada contraargumento que pueda planteársele a su tesis. A medida que se avanza en la lectura de la obra, se advierte que el propio autor —en una oración o nota al pie— desliza alguna que otra objeción a su postura. De inmediato uno se pregunta si no hubiera sido conveniente su refutación, pero, indefectiblemente (páginas más o páginas menos), se topa con la respuesta contundente que Laplacette ofrece. En otras palabras, nada se da por sentado ni puede ser tildado de dogmático en esta obra. Se evidencia, por el contrario, una reflexión profunda, madurada.

En tercer lugar, como toda investigación doctoral exige, su autor aborda aquí un tema específico, bien delimitado, con originalidad y exhaustividad inéditas. Quizás se piense que la acentuada especificidad del objeto de investigación podría atentar contra la amplitud de interesados en su estudio. Sin embargo, el libro se beneficia de un contenido perimetral exquisito en varios temas de teoría e interpretación constitucional, federalismos, derecho procesal constitucional, historia y derecho comparado.

De hecho, la obra goza de muchos “valores agregados”, tanto de forma como de fondo. Con relación a la forma, se trata de una edición exquisita: su textura, la tipografía

y hasta la colorimetría elegida lo convierten en uno de esos libros que embellecen la biblioteca. En cuanto al fondo, el aporte científico se nutre de la compilación del marco teórico, algunas bases de datos expuestas en forma de tablas y planillas sobre los casos jurisprudenciales relevados y sus características, otras con mayores datos y precisiones accesibles a través de códigos QR (pp. 454-457) y constantes ejemplos de las temáticas abordadas. En relación con esto último, Laplacette maneja sobradamente la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en todos los temas aledaños a la temática que ha elegido para su investigación doctoral. De modo que cualquier subtema mencionado se enriquece con ejemplos jurisprudenciales concretos. Asimismo, hay un desmenuzamiento preciso de las discusiones doctrinarias, relativas a tales subtemas, suscitadas entre los grandes constitucionalistas argentinos.

Todo ello dota al libro de un enorme caudal de citas jurisprudenciales y doctrinarias sobre tópicos como federalismos, relaciones interprovinciales, la situación de la Ciudad de Buenos Aires, interpretación constitucional, que diversifican el aporte de la obra y lo extienden mucho más allá de la competencia dirimente de la Corte.

La rigurosidad se advierte también en el método desplegado para probar la hipótesis. A pesar de que por momentos se lo presenta de un modo casi contraintuitivo, finalmente se desarrolla en el orden propicio. El autor se muestra reticente a comenzar su análisis con el texto constitucional para tomar una postura en torno a la competencia dirimente: lo relega varias veces a la categoría de argumento de confirmación. Prefiere, en cambio, partir de un marco teórico doctrinario y jurisprudencial afín a la idea de una distinción de competencias y contrastarlos directamente con la práctica de la Corte.

Sin embargo, al leer la hipótesis y el objetivo de la investigación (establecer la relación entre competencias de la Corte previstas en diversos artículos de la Constitución) podría esperarse que el primer paso del investigador fuera justamente recurrir al derecho positivo: al texto constitucional y a sus fuentes, para dilucidar si en ellos hay o no, objetivamente, una distinción entre esas competencias. Es decir, establecer como primer paso qué es lo que la Constitución manda. Y luego, en una segunda instancia, contrastar esa aspiración escrita con la realidad.

Ello por cuanto —a menos que se adhiera a una idea de Constitución como “lo que los jueces dicen que es”— aunque es importante dilucidar si en la práctica la Corte no hace lo que dice que hace ni lo que la doctrina dice que hace, más importante aún es dilucidar si la Corte hace lo que la Constitución dice que tiene que hacer.

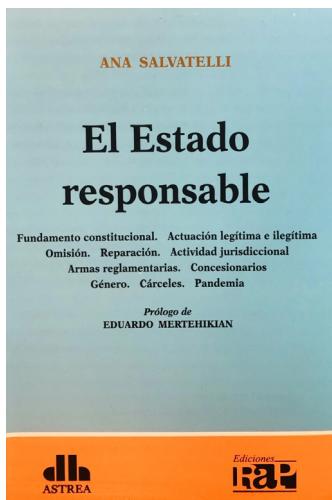
Con todo, como se mencionó más arriba, la metodología elegida y descripta por Laplacette diverge con el orden en el que, en última instancia, se presentan los argumentos en el libro: precisamente, el autor explica que “con el fin de lograr una mejor exposición del tema” ofrecerá primero un análisis del texto constitucional y de sus fuentes, para luego adentrarse en el estudio de la jurisprudencia (cfr. p.

43). Ciertamente, la disposición final que adoptan los capítulos es un gran acierto.

Laplacette se cuida, en repetidas ocasiones, de indicar que su obra no se afilia a la historiografía ni a la teoría constitucional pura, sino que tales herramientas constituyen vías de ratificación de la tesis expuesta. Aun así, uno de los mayores aportes colaterales de la tesis consiste en derribar mitos y sanear errores consolidados, que se han venido arrastrando durante décadas, en lo que a las fuentes históricas del artículo 127 de la Constitución Nacional respecta. Se trata de joyas con las que se ha ido encontrando el autor, que aportan luz a la historia e interpretación de nuestra Constitución y de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Tal como todo tesista aspira, la aparición de esta obra marca un antes y un después en el estado de la cuestión sobre competencia dirimente. El marco teórico anterior, que el autor detalladamente estudia y describe, muestra una cuestión insuficientemente debatida, con una biblioteca dividida y un escenario jurisprudencial escaso y confuso. En este contexto, Laplacette se ubica sin temor en una postura ciertamente contradictoria de la retórica jurisprudencial vigente, que si bien parece sellar la discusión desde todas las aristas posibles, hacia el final abre el juego a futuras construcciones jurisprudenciales en torno a los conflictos interprovinciales y sus peculiaridades.

Quien conoce al autor, sabrá que no teme defender posturas controversiales e, incluso, minoritarias. Pero quizás su rasgo más característico es la fortaleza y claridad argumental con la que emprende tal labor. Así las cosas, obras como la que aquí se reseña enaltecen el debate académico y muestran que es posible realizar ciencia jurídica en serio.



175

Ana Salvatelli, *El Estado Responsable*, Astrea, 2024, 648 págs.
Reseña bibliográfica por Agustina Castro

El libro “*El Estado Responsable*”, de la Dra. Ana Salvatelli, constituye una valiosísima contribución al campo del Derecho Administrativo argentino, al ofrecer un abordaje sistemático y exhaustivo sobre la responsabilidad del Estado. En un contexto donde la materia adquiere creciente centralidad en la protección de derechos fundamentales y en la definición de los límites al poder público, contar con un trabajo que reúna y organice la vasta –y muchas veces dispersa– normativa y jurisprudencia sobre el tema, representa un aporte verdaderamente significativo para la formación académica y profesional.

En palabras de la Dra. Salvatelli, “*la responsabilidad se construye sobre la base de la dignidad de la persona humana, como presupuesto esencial de los Estados constitucionales y sociales de derecho, y nos enfrentamos hoy al desafío de conciliar este fundamento, de base constitucional y convencional, con la realidad de nuestros Estados, con el límite posible de sus deberes de garantía para la satisfacción de los derechos de las personas*”.

Resulta especialmente destacable el hecho de que se trate de una obra enteramente dedicada a la responsabilidad estatal, una temática que, si bien ha sido objeto de

numerosos estudios parciales, rara vez ha sido tratada con la profundidad, amplitud y coherencia que ofrece este libro. Proporciona no sólo un análisis técnico-jurídico muy abarcativo, sino también una lectura crítica y actualizada que dialoga con los principales desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, poniendo el foco en el desarrollo de las diferentes funciones estatales para analizar, a través de ellas, los daños que podría ocasionar el Estado a los particulares.

La obra centraliza, concretamente, los principales temas y problemáticas de la responsabilidad estatal analizando cuestiones como: las funciones estatales, sus requisitos de procedencia, la omisión estatal y el tratamiento de tanto la responsabilidad legítima como ilegítima del Estado. Lejos de limitarse a una exposición meramente descriptiva, la autora examina las diversas interpretaciones posibles de temas relevantes y presenta un marco argumentativo que permite comprender los alcances y límites de cada uno de estos elementos. De tal manera, en su primera parte, el libro se divide en los siguientes capítulos: 1) Caracterización: visión integrada de la responsabilidad estatal, fundamento y, encuadre jurídico; 2) Base conceptual; 3) Requisitos comunes de procedencia; 4) Actuación ilegítima; 5) Omisión o inactividad; 6) Actuación legítima y finalmente; 7) Alcance de la reparación.

En su parte especial, el libro extiende este enfoque general a supuestos concretos y especialmente relevantes: responsabilidad por actuación judicial, por hechos de concesionarios y contratistas de servicios públicos, daños ocasionados por el uso de armas reglamentarias por fuerzas de seguridad, hechos ocurridos en establecimientos carcelarios o de detención, responsabilidad estatal vinculados a violencia por razones de género, y situaciones derivadas de la emergencia sanitaria. En todos estos casos, la autora propone una reflexión ajustada al marco normativo vigente, pero sin perder de vista las particularidades fácticas y la jurisprudencia relativa a cada tema en particular.

En síntesis, *El Estado Responsable* es un libro de lectura obligatoria para quienes se interesan en el Derecho Administrativo. Su estructura clara, su profundidad conceptual y su enfoque sistemático, lo convierten en una obra de referencia. El hecho de que su autora —con la solvencia académica y la experiencia profesional que la caracteriza— haya reunido, ordenado y desarrollado esta temática de modo integral, constituye no solo un aporte valioso, sino una verdadera contribución a la academia jurídica argentina.