sin sospechar que parecía una réplica a lo que Ana [illegible] pensando.

«Evitar lo que le molesta», repitió mentalmente, mirando de reojo a la pareja. Sin duda, [illegible] ocultaba un alma superior, incomprendida por su cónyuge, que no le hacía ningún caso. [illegible] interesaba la psicología de tales personajes, [illegible] reflexionando.

A los pocos minutos se detuvo el tren en la estación donde Ana debía bajar. Se apeó y aguardó en el andén el desfile de la gente hacia la salida, sin acertar a decidir qué hacer. Al fin se le ocurrió preguntar a un empleado si sabía algo de un criado del conde Wronsky que debía de estar por allí con un mensaje para ella.

—¿Se refiere usted al conde Wronsky? Hace un rato vino el coche de la condesa Wronsky a buscar a la princesa Sorokin y su hija... ¿Qué señas tiene el criado a quien se refiere la señora?

Mientras hablaba el empleado, Ana vió venir hacia ella a Miguel, el mensajero portador de su carta, quien le presentó un sobre con la respuesta, muy satisfecho de demostrar que había cumplido el encargo.

Abrió el sobre, temblando; desdobló el papel que iba dentro y leyó la respuesta, en dos líneas, visiblemente trazadas a toda prisa:

«Siento no haber recibido tu esquela en Moscú. Regresaré a las diez.»

—Naturalmente... Lo que era de esperar—murmuró para sí con una sonrisa sarcástica.

Mandó al criado regresar a Moscú y ella echó a andar despacio a lo largo del andén. El corazón le saltaba dolorosamente dentro del pecho. «¡No toleraré por más tiempo que me hagas sufrir así!», le dijo mentalmente al que acusaba como autor de todas sus torturas.

Seguía andando hacia el extremo del [illegible], sin prestar atención a los [illegible] que su aspecto iba suscitando [illegible]. El jefe de estación le preguntó [illegible] próximo tren. Contestó con un gesto [illegible]

[illegible]nio?», se preguntaba desalentada. [illegible] el andén, desde donde unos [illegible] hasta el nivel de las vías.

la crítica del derecho
año 2, Vol. 10 – octubre de 2026

Contenido

DEBATES

Sobre reglas y resultados 5
Gabriel Bouzat

El ruido y la furia (de algunos intelectuales) 9
Federico Orlando

En defensa de la mesa de discusión (del derecho) 13
Nahuel Maisley

Más sobre CECIM 19
Agustin Colque

La remontada constitucional 23
Wallace Corbo

ENSAYOS

Un decreto no puede derogar una ley 25
Roberto Gargarella · Laura Clérico · Raúl Gustavo Ferreyra

Por qué la nueva derecha jurídica argentina no tiene quién le escriba 28
Nahuel Maisley

Una interpretación leguleya de la Constitución 33
Alberto Binder

Con los DNU no hay caso 35
Sebastián Guidi

El adiós a un gran jurista 38
Martín Farrell

No hay coloquio sin espaguetis 39
Laura Clérico

La libertad retrocede 42
Emiliano Vitaliani

Robert Alexy como influencer 46
Gustavo Arballo

Un Banco Central independiente. ¿Y democrático? 49
Federico Orlando

Un jurista de principios 55
Virgílio Afonso da Silva

Una Corte que perdió la sensibilidad contextual 60
Roberto Gargarella

Nadie esta legitimado 62
Alejandro Calzetta

Ley de Tierras: el ambiente no viene al caso 71
María Florencia Saulino

Todo vuelve 74
Ramiro Álvarez Ugarte

Tres hurras para la Convención Plebeya 77
Roberto Gargarella

Cuando el litigio estratégico no es ni litigio ni estratégico 85
Juan Jesús Garza Onofre

ENTREVISTAS

Entrevista a Sebastián Guidi 88
Sebastián Guidi

Entrevista a Julieta Lemaitre: ”Me parece bajo y cruel lo que están haciendo” 98
Redacción

RESEÑAS

Quien gobierna la casa 104
Quimey Báez Sevilla

El otro lado de la constitucion 109
Déborah González Area

El federalismo como un conjunto de problemas 113
Pedro Caminos

SIMPOSIOS

¿Metáfora mecánica o analogía biológica? 121
Yanina Welp

La madurez del constitucionalismo deliberativo 125
Constanza Núñez Donald

El sueño deliberativo ante los retos contemporáneos 129
Marcos de Armenteras Cabot

Sobre la objeción contramayoritaria, de nuevo 135
Aída Kemelmajer de Carlucci

La democracia deliberativa y el riesgo del maximalismo 143
Gonzalo Scivoletto

Los derechos como artefactos 152
Tania Busch Venthur

Una conversación abierta 154
Roberto Gargarella · José Luis Martí

Réplicas a mis comentaristas 160
Ignacio Giuffré

Sobre reglas y resultados

por Gabriel Bouzat

A propósito del fallo CECIM.

9 de octubre de 2026

La circunstancia de que el DNU 70/2023 se encuentre vigente a pesar de haber sido rechazado por el Senado constituye una anomalía constitucional. Resulta cuestionable que se mantenga la modificación de leyes en contra de la voluntad de una de las cámaras del Congreso y que el poder ejecutivo prevalezca sobre el legislativo violando el principio de supremacía constitucional. La raíz de esta anomalía reside en la Ley 26122 que exige el rechazo expreso de ambas cámaras para tener al DNU por derogado. Esta ley es claramente inconstitucional porque viola lo dispuesto en el Art. 99 inciso 3) de la constitución nacional.

Frente a esta anomalía constitucional se han levantado distintas voces cuestionando la sentencia de la Corte Suprema del 29 de septiembre de 2026 en "CECIM La Plata c/ PEN", que rechazó la demanda contra el artículo 154 del DNU 70/2023 —derogatorio de la ley 26.737 de Tierras Rurales— por falta de legitimación y de caso o controversia.

Una de las exigencias fundamentales del Estado de Derecho es que las decisiones judiciales sean consecuencia de reglas previamente establecidas, y no que las reglas se adapten para obtener el resultado que consideramos deseable. La diferencia no es meramente formal. Una regla de legitimación debe aplicarse del mismo modo cuando conduce al resultado que preferimos y cuando conduce al que rechazamos. Si ampliamos la legitimación porque una cuestión nos parece demasiado importante para quedar sin respuesta judicial, dejamos de aplicar una regla y comenzamos a usarla como instrumento para alcanzar un resultado previamente elegido.



Esta consideración es especialmente relevante en el control de constitucionalidad. Antes de determinar si una norma es constitucional, el juez debe determinar si existe un caso que pueda decidir y si quien promueve la acción está legitimado para hacerlo. La importancia de la cuestión de fondo no crea jurisdicción.

Desde esta perspectiva debe analizarse la sentencia de la Corte cuestionada que no declaró constitucional el DNU, tal como lo dice en el considerando 9. Decidió algo previo; que la demanda no reunía las condiciones necesarias para habilitar un pronunciamiento sobre el fondo. En consecuencia, el fallo no convalidó el DNU. El rechazo por falta de legitimación significa que la cuestión no podía decidirse en ese proceso y a pedido de esa parte. El DNU sigue sometido

a control y nada impide que quien acredite un agravio concreto obtenga un pronunciamiento sobre el fondo. Que todo rechazo por falta de legitimación deje vigente la norma impugnada no lo convierte en una decisión sobre su validez.

Sin caso no hay jurisdicción

El artículo 116 de la Constitución limita la jurisdicción federal al conocimiento y decisión de "causas". El mismo criterio sigue el Art. 2 de la Ley 27 de organización de la justicia nacional que dispone que esta "Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte". No se trata de una formalidad sino de una condición constitucional del ejercicio de la jurisdicción. La exigencia de caso o controversia pone un límite a la actuación de la justicia evitando que esta se inmiscuya en cuestiones generales asignadas por la constitución a los poderes políticos.

De los antecedentes del caso surge que CECIM no acreditó un perjuicio propio ni de sus miembros, sino que invocó un supuesto bien o derecho colectivo. Por su parte, su objeto social no puede crear por sí mismo una legitimación que la Constitución no reconoce: bastaría redactar un estatuto suficientemente amplio para convertir cualquier interés general en una acción judicial.

Por eso la Corte ha insistido en que la reforma de 1994 no transformó el control de constitucionalidad en un recurso abstracto de depuración del ordenamiento. Asimismo, la gravedad institucional y el *per saltum* no suplen esa carencia: inciden en la vía o la oportunidad con que un caso llega a la Corte, pero no crean una controversia donde no existe. Lo mismo vale para el artículo 36 de la constitución: la resistencia allí prevista se refiere a los actos de fuerza que interrumpen el orden constitucional, no a cualquier decisión de gobierno que se considere inválida.

Podría objetarse que la Corte no siempre aplicó con este rigor la regla de legitimación, y que en algunos precedentes admitió acciones de asociaciones con un vínculo igualmente tenue con la cuestión debatida. La objeción es atendible, pero su conclusión es la inversa de la que se pretende: si aquellas decisiones se apartaron de la regla, son errores que corresponde corregir, no criterios que deban generalizarse. La coherencia de un sistema de reglas se recupera aplicándolas, no ampliando sus excepciones.

El requisito de caso cumple, además, una función decisiva en la división de poderes. Obliga a los tribunales a resolver controversias concretas entre partes legitimadas y evita que se conviertan en órganos de consulta general o en una tercera cámara legislativa. Un juez que, sin controversia concreta, invalida una norma con efectos generales sustituye la decisión del legislador por la propia. El riesgo es especialmente serio aquí, porque la Constitución asigna al Congreso tanto el control de los DNU (artículo 99, inciso 3) como la reglamentación de los derechos vinculados con la propiedad. La exigencia de caso no es un obstáculo al control de constitucionalidad: es una de sus condiciones.

Soberanía territorial y soberanía popular no son lo mismo

La principal confusión del razonamiento contrario al fallo consiste en convertir la soberanía territorial en un bien colectivo susceptible de ser defendido judicialmente por cualquier asociación.

La Constitución utiliza la idea de soberanía en sentidos diferentes. La soberanía popular (artículos 33 y 37) se refiere al origen y la legitimidad del poder. Es la potestad originaria del pueblo de constituir y, conforme a los procedimientos constitucionales, ejercer y controlar el poder político. La soberanía territorial es, según la doctrina que la Corte hizo suya en «Vinokur de Pirato Mazza» (Fallos: 311:2571), la facultad de hacer ejecutar la voluntad de la Nación en un ámbito espacial, con exclusión de cualquier otro Estado.

La cláusula transitoria primera de la constitución pertenece a esta segunda dimensión. Que la recuperación de las Islas Malvinas constituya un "objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino" no significa que cada ciuda-

dano o asociación sea titular de las competencias destinadas a realizarlo. El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes (artículo 22), y la Constitución asigna esas competencias al Congreso (artículo 75, incisos 15 y 22) y al presidente (artículo 99, inciso 11). Tampoco el deber de armarse en defensa de la Patria (artículo 21) convierte al ciudadano en titular de una acción judicial sobre la política de tierras: es una carga frente a la Nación, no una legitimación procesal.

La soberanía territorial no es un bien colectivo en el sentido en que lo es el ambiente. No es algo que los particulares usen o disfruten: es una potestad que ejerce el Estado. Si toda decisión estatal relacionada con el territorio pudiera ser cuestionada por cualquiera en nombre de la soberanía, la exigencia de caso desaparecería en los hechos.

La distinción entre propiedad y soberanía es también relevante. La propiedad de un inmueble pertenece al ámbito del dominio; la soberanía, al del imperio. Que un extranjero sea propietario de un inmueble no impide que siga sometido a las leyes, los tribunales, los impuestos y la potestad expropiatoria del Estado argentino (artículo 17). La transmisión del dominio privado no implica transmisión de soberanía.

El artículo 20 y la facultad reglamentaria del Congreso

El argumento según el cual la propiedad de tierras por extranjeros constituye por sí misma una amenaza a la soberanía no encuentra apoyo en la Constitución. Su artículo 20 dispone que "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos [...]".

La norma expresa las ideas del Alberdi que incorpora el texto de 1853: el Preámbulo convoca a «todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino» y el artículo 25 manda fomentar la inmigración. La propiedad extranjera de la tierra forma parte del diseño constitucional; no es una anomalía tolerada.

Esto no significa que el Congreso carezca de facultades para establecer restricciones. Los derechos se gozan conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (artículo 14), con el límite de no alterarlos (artículo 28); la regulación del dominio, la colonización de tierras y los poderes implícitos para hacerlas efectivas corresponden al Congreso (artículo 75, incisos 12, 18 y 32). Por eso la ley 26.737 podía fijar topes a la titularidad extranjera de tierras rurales. Igualmente, que el Congreso pueda restringir la propiedad extranjera no significa que la Constitución exija que esas restricciones existan. Se trata de un margen de decisión política del legislador, no de un mandato constitucional cuya modificación pueda ser impugnada por cualquier asociación.

El problema de los DNU no permite alterar las reglas de legitimación

Existe una objeción institucional atendible al fallo. Una desregulación genera daños difusos, más difíciles de traducir en un perjuicio individual que una regulación que impone una carga concreta: bajo la doctrina vigente, quien no podía vender su campo a un extranjero podía impugnar la ley 26.737, pero nadie puede impugnar su derogación. A ello se suma el debate sobre la eficacia del control legislativo de los DNU previsto por la ley 26.122, que exige el rechazo de ambas Cámaras para que el decreto pierda vigencia.

La preocupación es legítima, pero la conclusión no puede ser que las reglas de legitimación se modifiquen para lograr un determinado resultado. De lo contrario, la regla dejaría de ser neutral: sería amplia cuando queremos que una norma sea revisada y estricta cuando queremos que otra permanezca vigente. Eso es precisamente lo que un sistema de reglas debe evitar.

Tampoco es concluyente que el Senado haya rechazado el DNU. El régimen vigente exige el rechazo de ambas Cámaras y la de Diputados no lo hizo. Un proceso político incompleto no habi-

lita a los jueces a completarlo, salvo que, además, se haya planteado la inconstitucionalidad de la ley 26.122 que no parece ser el caso.

Si el mecanismo de control parlamentario resulta insuficiente, corresponde reformar la ley 26.122 o declararla inconstitucional. Si el Congreso considera inconveniente el DNU, puede rechazarlo o sancionar una nueva ley de tierras. Si existen afectados concretos, pueden acudir a los tribunales, y si una provincia considera comprometido el dominio originario de sus recursos naturales (artículo 124), dispone de las vías procesales correspondientes. Lo que no corresponde es transformar una deficiencia política o institucional en una acción popular que la Constitución no estableció.

Conclusión

La cuestión que resolvió la Corte en "CECIM" no es si la derogación de la ley 26.737 es conveniente, ni si el DNU 70/2023 es constitucional. Es otra, previa: si existe un caso y una parte legitimada para pedir a la Corte que resuelva esas cuestiones. La respuesta fue negativa, y es correcta.

Defender el fallo no significa defender el DNU, ni desconocer la importancia de la soberanía argentina, de la cuestión Malvinas o de la regulación de la propiedad extranjera. Significa defender una regla más básica: el Poder Judicial está sometido a las reglas constitucionales que determinan cuándo puede intervenir. Una causa puede ser noble y una preocupación puede ser legítima, pero ninguna de las dos crea por sí sola una acción judicial.

Si el resultado que producen las reglas no nos satisface, existen mecanismos constitucionales para cambiarlas. Lo que no corresponde es modificar su significado para alcanzar de antemano el resultado que consideramos correcto. En un Estado de Derecho, las reglas deben producir los resultados y los resultados buscados no deben alterar las reglas. ■



R. Gargarella, Panamá (2026)

El ruido y la furia (de algunos intelectuales)

por Federico Orlando

Pedir que la nueva derecha tenga escribas es—quizás—pedir demasiado, desde una posición de superioridad poco propicia al diálogo.

16 de octubre de 2026

Leí la columna de Nahuel Maisley con la particular incomodidad que producen los textos inteligentes con los que uno no termina de estar de acuerdo. Quizás también porque conozco y admiro a su autor, y sé que detrás de su propuesta -provocadora- hay una preocupación genuina: cómo discutir seriamente con una nueva derecha que ha adquirido una enorme capacidad de incidencia política e institucional pero que no parece haber producido todavía, al menos en el campo jurídico argentino, un corpus teórico comparable en sofisticación y densidad con el que acompañó a otros proyectos políticos. Sin embargo, mientras leía la columna no podía dejar de preguntarme si parte del problema no estaba ya contenido en la pregunta que la motiva: ¿y si la nueva derecha jurídica argentina no tiene quién le escriba porque, sencillamente, no considera demasiado importante tenerlo? Quizás solo sea que no le interesa.

Y quizás -¿lamentablemente?- tenga algo de razón.

Mi propio interrogante no pretende celebrar esa ausencia ni afirmar que la nueva derecha carezca de ideas. Al contrario de ello, pretendo cuestionar algo, si se quiere, previo: ¿por qué suponemos que un proyecto político que aspira a transformar profundamente la sociedad -y con ella al derecho como práctica social- debería producir necesariamente una élite intelectual y jurídica capaz de justificar esa transformación *en los términos reconocibles para las élites académicas existentes*?

La columna de Maisley -o al menos una lectura razonable de ella- permite advertir la presencia de una suerte de expectativa según la cual una transformación política intelectualmente seria debería recorrer un camino más o menos reconocible, una suerte de *check list,* de *cursus honorum*: desarrollar ideas, convertirlas en una teoría relativamente sistemática, producir una doctrina jurídica, disputar esa doctrina en universidades, revistas y congresos y, finalmente, traducirla en instituciones. Una secuencia que, al menos desde dentro del campo jurídico académico, resulta casi natural -o, al menos, naturalizada-.

Pero quiero proponer otra cosa: yo creo que una de las características más visibles de muchas expresiones de la nueva derecha -aunque no sólo de éstas- es, precisamente, su impugnación a la autoridad de las élites tradicionales para determinar los términos legítimos de la conversación pública. Profesores universitarios, expertos, periodistas, científicos sociales, juristas académicos y organismos técnicos aparecen frecuentemente cuestionados no sólo por las posiciones que sostienen, sino por la pretensión de que sus credenciales, lenguajes e instituciones les confieran una autoridad especial para establecer qué afirmaciones merecen ser tomadas en serio. La casta, digamos.

Si esto es así, quizás resulte problemático diagnosticar como una carencia de la nueva derecha su incapacidad para construir aquello cuya autoridad ella misma pretende poner en cuestión. Porque no se trataría, entonces, de que a la nueva derecha "*no le interesen las ideas*", o de que carezca de intelectuales. Se trataría de preguntarnos si no estamos confundiendo la ausencia de producción intelectual con la ausencia de una *determinada forma de producción intelectual*.

Porque ideas, evidentemente, produce. Las produce en libros de enorme circulación, videos de YouTube, podcasts, redes sociales, fundaciones, medios de comunicación, intervenciones políticas y también, como señala el propio Maisley, en normas, sentencias y dictámenes.

Paso ahora a una segunda perplejidad. Maisley parece sugerir en su columna que muchos de ese material sería intelectualmente pobre, contradictorio o superficial. Pero eso no resuelve una pregunta previa: ¿quién decide cuáles son los lugares y formatos en los que una idea debe formularse para adquirir el estatuto de producción intelectual? De hecho, hay una frase en su columna que me parece particularmente reveladora: Maisley propone reconstruir "*a su mejor luz*" los argumentos jurídicos que la nueva derecha *"no formula"* y que *"apenas se adivinan en videos de YouTube, en decisiones judiciales, en normas, en dictámenes y, también, en silencios"*.

Podemos interpretar ese gesto como uno intelectualmente generoso: no combatir una caricatura del adversario, sino construir la mejor versión posible de su argumento antes de discutirlo. No puedo poner en duda la caridad filosófica de la columna, sobre todo teniendo en cuenta las credenciales intelectuales y éticas del autor. Pero, obviando eso, sí quiero remarcar una asimetría que merece ser examinada y que nos hace releer esa afirmación bajo otra "luz": los argumentos de la nueva derecha no estarían propiamente formulados allí donde ella los produce dado que *apenas podrían adivinarse*. Correspondería entonces a quienes disponen de las herramientas del campo jurídico académico "progresista" (¿quienes formamos o participamos de "La Crítica del Derecho", por ejemplo?) reconstruirlos, sistematizarlos y convertirlos en una versión intelectualmente digna de ser discutida.

Y tal vez el problema sea que una parte de la nueva derecha no reconoce esa operación como intelectualmente neutral o alejada de intereses no necesariamente transparentes. Y tal vez tenga un punto. Pongámoslo en estos términos: un conjunto de instituciones y actores que durante décadas establecieron los estándares de aquello que cuenta como conocimiento jurídico "serio" observa sus nuevas formas de producción intelectual y las considera poco sofisticadas; constata luego la ausencia de una teoría que satisfaga esos estándares; y finalmente se ofrece a reconstruir por sí mismo la mejor versión de aquello que el adversario no habría sido capaz de formular.

Pero hay algo más; una, digamos, tercera perplejidad, un último desplazamiento de la columna que introduce una dificultad adicional: una vez reconstruidos esos argumentos, dice Maisley, habrá que *"derrotarlos con la fuerza del mejor argumento, que —no me cabe duda— está de nuestro lado"*. Y aquí aparece quizás mi mayor incomodidad. Porque ¿qué tipo de invitación a una conversación estamos generando? ¿Qué conversación intelectual se le está proponiendo exactamente al otro? ¿Qué incentivo tiene alguien para ingresar en una discusión cuyas reglas, lenguaje, estándares de sofisticación y, finalmente, resultado parecen haber sido establecidos de antemano por su interlocutor?

La paradoja es algo llamativa: se le reclama a quienes están inscriptos dentro de la nueva derecha -sea quienes fueren...- que produzcan argumentos mejores; escriban; elaboren una doctrina; abandonen las consignas; construyan una teoría jurídica sofisticada y discutamos seriamente. Pero al mismo tiempo se anuncia que, cuando finalmente esa teoría haya sido construida —incluso si tenemos que construirla nosotros, los progresistas, en su mejor versión—, será derrotada porque no hay dudas acerca de dónde se encuentra el mejor argumento. O para decirlo en criollo: entren a nuestra conversación para que podamos demostrarles -correctamente- por qué están equivocados.

No estoy diciendo que las ideas de la nueva derecha sean correctas -ni siquiera persuasivas-, ni que todas sus producciones merezcan idéntica consideración intelectual -no son lo mismo Patrick Deneen, Nick Lando o Gabriel Zanotti que Nicolás Márquez o Agustín Laje-. Tampoco

estoy proponiendo dejar de lado o abandonar las propias convicciones para poder conversar. Pero tomarse realmente en serio intelectualmente a quien piensa de modo radicalmente diferente -*a la Dworkin*- exige, me parece, una disposición mínima: admitir la posibilidad de que la confrontación con la mejor versión de sus argumentos pueda obligarnos a revisar algo de los nuestros. De otro modo, la reconstrucción *"a su mejor luz"* corre el riesgo de convertirse en un ejercicio sofisticado cuyo desenlace conocemos antes de haberlo comenzado. No cuestiono la honestidad de la propuesta; sólo que me parece, finalmente, poco estimulante para la conversación que se supone es presentada como un convite.

Hay, además, otra posibilidad que me resulta todavía más incómoda, porque ya no interroga solamente a la nueva derecha, sino también nuestra propia representación de lo que debería ser un intelectual político. Tengo la sensación de que detrás de la pregunta por quién le escribe a la nueva derecha -y su respuesta- haya cierta nostalgia por un mundo en el que los grandes proyectos políticos parecían encontrar su correlato en élites intelectuales reconocibles, enfrentadas entre sí dentro de un espacio relativamente común de discusión.

Es una imagen poderosa de la vida intelectual: frente a una élite progresista, una élite conservadora; frente a una teoría constitucional -sofisticada-, otra teoría constitucional -un poco menos sofisticada-; frente a unos profesores, otros profesores; frente a unas revistas, otras revistas. Las disputas políticas tendrían así una suerte de traducción intelectual en la que adversarios radicalmente enfrentados podrían, sin embargo, reconocerse recíprocamente como interlocutores porque compartían lenguajes, instituciones y ciertos criterios acerca de qué significaba producir un argumento serio. Algo así como una suerte de nostalgia por construir y tener nuestro propio Carl Schmitt al que responderle airosa, pero elegantemente, cuán equivocado se encuentra. Y entonces si nuestros deseos más nostálgicos se cumplen entonces tendremos una nueva derecha capaz de disputar seriamente el poder, sostenida en su gran teoría jurídica, sus profesores y sus libros. De allí el interés que producen figuras como Adrian Vermeule: permitirían restablecer una geografía intelectual conocida, en la que a cada proyecto político corresponde una élite capaz de formularlo con la suficiente sofisticación como para que otra élite -la correcta, la poseedora de los argumentos inderrotables- pueda discutir con ella -y necesariamente derrotarla- en un lenguaje compartido.

Y, a decir verdad, yo no creo que tengamos que estar tan seguros de que el mundo intelectual contemporáneo siga organizado de ese modo, porque quizás una de las transformaciones que acompañan el surgimiento de estas nuevas derechas consista precisamente en haber puesto en crisis esa relación entre proyectos políticos y élites intelectuales. No necesariamente porque los intelectuales hayan dejado de importar -aunque tal vez sea conveniente que para controvertir esto salgan por un rato de "X" y sus griteríos incesantes-, ni porque la política pueda prescindir de ideas, sino porque se ha debilitado la pretensión de que determinadas comunidades —la universidad, los juristas, los expertos, los intelectuales públicos— ocupen una posición privilegiada como mediadores entre las ideas y la política.

Visto desde allí, la ausencia del gran intelectual de la nueva derecha podría producir una especie de nostalgia involuntaria: querríamos encontrar del otro lado a alguien con quien volver a discutir como sabíamos discutir. Un adversario que hablara nuestro idioma aunque dijera exactamente lo contrario; que escribiera libros que pudiéramos reseñar, papers que pudiéramos refutar, teorías que pudiéramos reconstruir y congresos en los que pudiéramos enfrentarnos. En definitiva, alguien que, aun desde el extremo opuesto, reconociera las mismas instituciones y procedimientos mediante los cuales nosotros aprendimos a otorgar autoridad intelectual. Alguien, al final, cuya presencia e inter-

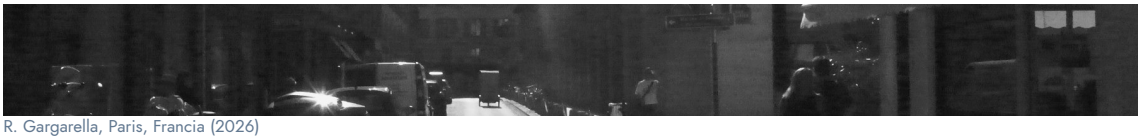
pelación le de sentido y hasta legitime lo que nosotros hacemos.

Pero ¿qué ocurre si una característica de la nueva derecha consiste precisamente en no reconocer esa autoridad del mismo modo? ¿Qué sucede si la disputa no enfrenta simplemente a una élite intelectual de izquierda con una élite intelectual de derecha, sino que cuestiona el lugar mismo que las élites intelectuales ocupaban en la organización de la conversación pública?

Y esto conduce, finalmente, a una cuestión que me parece más amplia que la discusión entre derecha e izquierda. Tal vez una de las disputas políticas centrales de nuestro tiempo no sea solamente acerca de qué ideas son verdaderas o correctas, sino también acerca de quién tiene autoridad para producirlas, mediante qué lenguajes, en qué espacios y conforme a qué criterios una sociedad decide que una idea merece ser considerada seriamente. Lo que está en juego no es sólo el contenido de las ideas, sino las condiciones de producción y legitimación del conocimiento político. Desde esta perspectiva, YouTube, los podcasts, las redes sociales y las demás formas que tendemos a considerar intelectualmente menores adquieren otro sentido: quizás no sean simplemente vehículos más rudimentarios para transmitir ideas que, en su versión verdaderamente sofisticada, deberían encontrarse en otra parte. Tal vez formen parte de una modificación más profunda de las relaciones entre conocimiento, autoridad y política: otros productores, otros intermediarios, otros públicos y, sobre todo, otros mecanismos para decidir a quién se escucha.

Por eso, antes de concluir que la nueva derecha carece de una producción intelectual suficientemente sofisticada, quizás convenga preguntarnos si no estamos intentando encontrarla exclusivamente allí donde *nosotros* aprendimos que debía encontrarse. Y es eso precisamente lo que se está poniendo en crisis. Y quizás entonces la pregunta de Maisley pueda invertirse: en lugar de preguntarnos por qué la nueva derecha argentina no ha construido todavía una élite jurídica capaz de disputar intelectualmente con el progresismo, podríamos preguntarnos por qué *debería querer* hacerlo en esos términos, por qué debería considerar que la legitimidad intelectual de su proyecto depende de producir profesores, revistas, doctrinas, congresos y teorías sistemáticas capaces de obtener reconocimiento dentro de un campo cuyas propias reglas de validación se encuentran, al menos parcialmente, entre las cosas que pretende cuestionar.

Al fin y al cabo, quizás aquello que estamos interpretando como la ausencia de un interlocutor sea, en realidad, el síntoma de una transformación bastante más profunda y compleja. Mientras Maisley pregunta quién ocupará la silla vacía del otro lado, me pregunto si el problema no es otro: quizás no se trate de que falte alguien del otro lado de la mesa, sino que lo que está desapareciendo es la mesa en la que estábamos acostumbrados a discutir. Y tal vez sea eso, precisamente, lo que todavía llamamos ruido. Y, tengo que reconocerlo, lamento no tener ninguna solución o respuesta para proponer. El mundo cambió demasiado, demasiado rápido. Tal vez, sólo tal vez, ésta sea la premisa de la cual partir a la hora de pensar no sólo lo que la nueva derecha hace o dice -o cómo lo hace o dice-, sino también cómo operamos nosotros, quienes sea que seamos ese nosotros. ■



R. Gargarella, Paris, Francia (2026)

En defensa de la mesa de discusión (del derecho)

por Nahuel Maisley

Una réplica a Federico Orlando.

16 de octubre de 2026

Federico Orlando es una de las personas que me enseñaron a pensar como pienso. Buena parte de lo que creo sobre el derecho como una práctica de dar razones, y sobre la obligación de tomarse en serio a quien piensa distinto, lo aprendí de él (y de aquel glorioso curso que daba los miércoles a la mañana con Silvina Ramírez, Nico Tauber, y otros). Por eso, leí su respuesta a mi columna con la alegría de encontrarme con mis propias ideas discutidas por alguien que me ayudó a formarlas. Y también con la incomodidad de siempre, porque Orlando volvió a hacer lo que hizo conmigo tantas veces, lo que hace un buen maestro: tomar algo que yo creía tener claro y obligarme a pensarlo de nuevo, y mejor.

Quiero poner en el centro de esta réplica una imagen que él presenta al final de su texto. Según su reconstrucción, en mi columna yo me preguntaba quién iba a ocupar la silla vacía del otro lado de nuestra conversación pública, dada la emergencia de una nueva derecha que no parece querer sentarse a dar ese debate. Él, en su texto, sospecha que el problema es otro, y que "lo que está desapareciendo es la mesa en la que estábamos acostumbrados a discutir". Ahí está, creo, el núcleo de nuestro desacuerdo. La tesis que quiero proponer acá es que esa mesa de discusión es, en última instancia, el derecho mismo, entendido como una práctica de dar razones, y que no podemos prescindir de ella. Para defenderla voy a recorrer tres preguntas que el texto de Orlando deja planteadas: si la mesa realmente está desapareciendo, con qué disposición nos sentamos en ella y cuáles son las reglas que determinan cómo discutimos cuando estamos allí. Al final, le voy a conceder algo importante sobre quiénes quedaron afuera.

La primera pregunta es si la mesa de discusión está, efectivamente, desapareciendo. Empiezo por lo que compartimos, que es mucho. Orlando sostiene que una de las características más visibles de la nueva derecha es su impugnación a la autoridad de las élites tradicionales para fijar los términos de la conversación pública. Estoy de acuerdo, y de hecho era mi primera hipótesis: siguiendo el programa que Murray Rothbard trazaba en 1992, la nueva derecha es populista y, por lo tanto, antielitista, y es lógico que no busque interlocutores con sofisticación profesional ni quiera sentarse a discutir con ellos. Por eso tampoco me sorprende que, incluso en Estados Unidos o en el Reino Unido, quienes intentan darle a esta agenda una forma jurídica sofisticada sean tan pocos y tan elusivos. Tampoco discuto que los medios cambiaron, como recordaba en la columna al señalar que Agustín Laje es un fenómeno de YouTube y Olavo de Carvalho, de los blogs.

Hay, sin embargo, un dato que en mi columna quedó apenas sugerido y que el antielitismo no alcanza a explicar. Esta es mi sutil diferencia empírica con Orlando. Creo que los juristas que podrían defender las medidas del actual gobierno argentino no son una entelequia, ni una especie nueva que se expresa en formatos que nosotros no sabemos leer. Son, en muchos casos, personas que conocemos, que estuvieron siempre a nuestro alrededor y que ahora, simplemente, resulta que están de acuerdo con "las ideas de la libertad" (sic), como las llama nuestro pre-

sidente. Son personas que tienen cátedras, escriben libros, dirigen revistas, firman dictámenes y litigan en los tribunales. Conocen la mesa de discusión de memoria, porque se sentaron en ella durante décadas, y no parecen haber perdido el respeto por sus reglas cuando se trata de otros temas. Y, sin embargo, sobre el DNU 70, sobre la reforma migratoria o sobre la salida de la OMS, callan. Mi intuición es que en ese silencio hay más cobardía que transformación radical de los términos del debate.

En los tribunales pasa algo distinto, aunque con el mismo resultado. Ahí, porque le conviene, el gobierno sí se sienta y habla, pero para sostener, por ejemplo, que las razones de necesidad y urgencia son cuestiones políticas no justiciables, es decir, para no dar razones de fondo. Y la Corte, con su agenda de no decidir, completa el cuadro. En las últimas semanas mostró que puede resolver rápido cuando quiere: después de tener más de dos años el caso del CECIM, tardó diez días en suspender la derogación de la Ley de Tierras en el de Árbol de Pie, aunque ni así dijo una palabra sobre la validez del DNU 70. Si no decide, es porque elige —cobardemente, una vez más— dejar la silla vacía o sentarse en ella y callar.

Comparto, entonces, la preocupación de fondo de Orlando: la mesa de discusión por momentos se vacía, por momentos sus participantes se quedan callados a propósito, y corremos el riesgo de quedarnos hablando solos. Lo interesante, creo, es que nadie se anima a decir abiertamente que se va, o a intentar romper la mesa a patadas. Nadie impugna la existencia de la mesa; se hacen los que la ignoran, pero siguen defendiendo su relevancia cuando les conviene. (Recuerdo que con Orlando leímos en aquel curso mítico a Jon Elster, que elogiaba la "fuerza civilizadora de la hipocresía": quien finge respetar unas reglas queda, en parte, atado a ellas.) Aunque critiquen a los republicanos, no prescinden del todo del derecho, y mientras sigan usándolo, siguen sentados a la mesa, y podemos exigirles que hablen. Por eso, creo que la mesa de discusión no está desapareciendo, sino que la usan cuando les conviene y la esquivan cuando no. O eso quiero creer, quizás.

La segunda pregunta es con qué disposición nos sentamos a la mesa de discusión, y ahí aparece la objeción que apunta al final de mi columna. Yo escribí que el mejor argumento —no me cabía duda— estaba de nuestro lado. Orlando lee esa frase como una clausura, una invitación tramposa que en criollo diría "entren a nuestra conversación para que podamos demostrarles por qué están equivocados". Le concedo que la frase, así sola, puede sonar de ese modo, pero no es lo que quise decir. En este punto hablo desde dentro del debate, como participante y no como árbitro, y no creo tener acceso privilegiado a una única respuesta correcta que los demás no ven. Creo en la discusión, y entro a ella con ideas claras y con convicciones que pienso poner sobre la mesa. Tener convicciones no es lo contrario de estar dispuesto a revisarlas, sino la condición para que haya algo que revisar. De eso se trata, en definitiva, la mesa de discusión: de que haya voces que articulen sus verdades parciales y las pongan en diálogo con las de los demás.

Dworkin es, una vez más, el mejor ejemplo. Pocos defendieron con tanto énfasis que en el derecho hay respuestas correctas, y pocos se tomaron tan en serio a sus adversarios. Para él, decir que una posición era la mejor no implicaba pararse fuera de la discusión, sino que era la forma misma de participar en ella. Reconstruir los argumentos del adversario no es apropiarse de su voz, sino la única forma de averiguar si uno tiene razón. La invitación, además, es sincera: si alguien escribe una defensa del DNU 70 mejor que la que yo puedo imaginar, quiero leerla y estoy dispuesto a que me convenza. Que hoy no crea que eso vaya a pasar no le quita sentido a la invitación; al contrario, se lo da.

Dicho esto, le agradezco a Orlando la insistencia, porque señala algo que la mesa de discusión necesita para funcionar: humildad y amplitud a la hora de sentarse. Iris Marion Young lo pensó con especial lucidez. Criticó a las teorías de la deliberación por privilegiar un único modo de

hablar, sereno, argumentativo y desapasionado, que deja afuera a muchos, y propuso abrir la conversación a otras formas, como el relato, la retórica o el simple saludo. También insistió en que escuchar de verdad al otro exige cierta humildad, la de aceptar que nunca podemos ponernos del todo en su lugar y que su perspectiva puede sorprendernos. Pero Young no quería patear la mesa, sino agrandarla.

Algo parecido nos enseñó, a Orlando y a mí, Silvina Ramírez, a quien ambos admiramos y queremos tanto. Desde la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, Silvina insistió durante años en que el derecho no puede pensarse desde una sola cultura, y señaló los límites de la "matriz liberal" de nuestra Constitución para proteger a los pueblos originarios. Pero tampoco ella pateó la mesa: nos enseñó, más bien, a ampliarla para que entren tantas sillas como sea posible. Esa capacidad de revisar constantemente las propias creencias, incluso (y especialmente) frente a desafíos radicales, no es incompatible con la mesa de discusión tal como la conocemos. Es esa mesa, en definitiva, creo, la única que puede garantizarla.

La tercera pregunta es en qué términos deberíamos discutir, una vez sentados a la mesa de discusión. Es una pregunta parecida a la anterior, pero con la perspectiva menos subjetiva, enfocada en las reglas de la conversación y no en la sensibilidad de las y los participantes. Acá aparece la objeción más fuerte de Orlando. ¿Quién decide, se pregunta, "cuáles son los lugares y formatos en los que una idea debe formularse para adquirir el estatuto de producción intelectual"? Y sugiere que la nueva derecha quizás "tenga algo de razón" al desconfiar de una conversación cuyas reglas fijamos otros (nosotros). En otras palabras, su análisis pasa de lo descriptivo a lo normativo, y plantea que quizás debamos cuestionar la mesa de discusión misma o, como mínimo, sus reglas.

Coincido con la parte descriptiva: esa desconfianza existe y ayuda a entender por qué una parte de la nueva derecha ni siquiera se sienta a la mesa, como dije más arriba. Pero que algo explique un fenómeno no quiere decir que lo justifique. Para saber si esa desconfianza está justificada, conviene distinguir dos cosas que creo que el texto de Orlando tiende a juntar. Una es el medio, y sería absurdo negar que discutir en YouTube, en podcasts o en Twitter cambia la forma de argumentar, o lamentar que aparezcan nuevos formatos, nuevos públicos y nuevos intermediarios. Otra cosa muy distinta es la exigencia de dar razones, que no depende del medio, porque se puede argumentar bien en un video de tres minutos y mal en un libro de mil páginas. Desconfiar de nuestros formatos puede ser legítimo; desconfiar de la exigencia de dar razones, en cambio, no lo es.

Orlando sospecha, además, que detrás de mi diagnóstico puede haber cierto fetichismo de las formas, y se pregunta si no estaremos "confundiendo la ausencia de producción intelectual con la ausencia de una *determinada forma* de producción intelectual". Es una pregunta que vale la pena tomarse en serio. Creo, de todos modos, que lo que añoro no es tanto una forma como un contenido. Por eso en la columna proponía buscar esos argumentos en todos lados, también en videos de YouTube, en decisiones judiciales, en normas, en dictámenes y hasta en silencios, y por eso en mi trabajo sobre antiglobalismo me tomé en serio lo que Laje y Olavo de Carvalho dicen en YouTube y en blogs. Lo que todavía no encontré, en ninguno de esos lugares, es una explicación de por qué estaría bien que el Ejecutivo haga lo que hace. Si aparece en un video de tres minutos, me encantará discutirla.

Habermas tiene una propuesta que sirve para pensar esto. En sus trabajos sobre religión y esfera pública sostiene que no hay que excluir de la conversación democrática a quienes argumentan desde sus convicciones religiosas, aunque sus razones no resulten accesibles para todos. Lo que hay que hacer es traducirlas, es decir, encontrar en esos lenguajes razones que cualquiera pueda discutir. Y esa traducción es una tarea compartida, que no recae solamente sobre

los creyentes. Mi propuesta de reconstruir "a su mejor luz" los argumentos de la nueva derecha va en esa línea. No pretende imponerle a nadie un formato, sino ser un ejercicio de traducción, generoso y amplio, que solo exige que al final haya algo para discutir. Tampoco le quita la palabra a nadie: si la nueva derecha cree que la reconstruí mal, puede decirlo, y sería de hecho la mejor noticia.

En el fondo, me parece, nuestra discusión repite una más clásica, la de los límites del proyecto de la modernidad. Y la versión más seria de la objeción de Orlando no es la del relativismo, sino una crítica mucho más difícil de responder. Amy Allen, en su discusión con Habermas, mostró que buena parte de la teoría crítica descansa en un supuesto que rara vez se explicita: que las formas modernas de argumentar son el resultado de un aprendizaje y que, por eso, son mejores que las que vinieron antes. Pero la modernidad es, al fin y al cabo, el producto contingente de una época y de un lugar, la Europa de los últimos siglos, y elevarla a parámetro universal tiene algo de provinciano. Esa me parece que es, en última instancia, la pregunta central de Orlando. ¿Por qué deberíamos aferrarnos a las formas de discusión que aprendimos, si no son universales sino el reflejo de un tiempo y un lugar determinados? ¿Por qué no estar abiertos a que lleguen otras, quizás mejores, como llegaron en otros momentos? Creo que la pregunta es certera y que hay que tenerla presente todo el tiempo, sobre todo cuando discutimos con quienes sienten que esas reglas nunca fueron del todo suyas. Por eso le agradezco a Orlando, una vez más, el recordatorio, que me parece absolutamente necesario.

Aun así, todavía no encontré nada mejor que lo que Habermas llamó el proyecto inacabado de la modernidad. Quizás yo sea un iluminista fuera de época, que argumenta en sepia mientras el mundo se transforma en technicolor (o en HD, 4K, o como se llame ahora) a su alrededor, pero sospecho que Orlando tampoco lo encontró, y este mismo debate es prueba de ello. En una conferencia de 1980, Habermas sostenía que, en lugar de dar ese proyecto por perdido, había que aprender de los errores de quienes intentaron negarlo. Esa es, más o menos, mi posición: aferrarse a sus principios y revisar una y otra vez sus prácticas. Las críticas posmodernas (la sospecha frente a las credenciales, la atención a quién habla y desde dónde, la conciencia de que las reglas de una conversación nunca son del todo neutrales) sirven justamente para eso, pero no autorizan un relativismo sobre los procedimientos con los que gobernamos nuestra vida en común. Bruno Latour, que hizo tanto por desconfiar de la autoridad de los expertos, lo advirtió con alarma hace ya más de veinte años, cuando vio que las herramientas de la crítica habían pasado a manos de quienes negaban el cambio climático o creían en conspiraciones. Podemos criticar todo lo que queramos, incluso los términos en que se da la discusión, pero seguimos necesitando alguna idea de racionalidad compartida para poder dar la conversación. El propio Orlando usa esta idea cuando nos advierte que no son lo mismo Deneen o Zanotti que Nicolás Márquez o Laje.

En el derecho, además, esa racionalidad compartida no es un capricho de los académicos, sino algo que está en su naturaleza misma. A diferencia de la pura fuerza, el derecho aspira a ser legítimo, es decir, pretende que quienes están sujetos a él lo obedezcan porque tienen razones para hacerlo, y no solo por miedo. Por eso, cada vez que manda, explica: el DNU tiene que acreditar las circunstancias excepcionales que lo habilitan, el acto administrativo tiene que estar motivado y la sentencia tiene que estar fundada. Un derecho que renuncia a dar razones deja de intentar convencer y se conforma con imponerse. Eso es, creo, lo que está en el fondo de esta discusión. La mesa de discusión de la que habla Orlando no es la academia, ni las revistas, ni los congresos. Es el derecho mismo. La academia, en todo caso, puede ayudar a que esa mesa funcione mejor, a que las razones que circulan en ella sean más claras, más consistentes y más fáciles

de discutir. Reconozco que esa convicción puede ser un sesgo profesional (al fin y al cabo, soy académico), aunque prefiero leerla, a su mejor luz, como una vocación genuina. Pero, sesgo o vocación, la mesa no depende de nosotros, y de ella no podemos prescindir, porque sin ella lo que queda ya no es derecho.

Queda para el final la concesión que anuncié al principio y que vengo presentando de a poco. Hay algo en lo que Orlando tiene toda la razón y que mi columna dejó afuera: la pregunta por lo que nosotros (ese "nosotros" difuso con el que vengo trabajando, un poco a propósito) podemos aprender de todo esto, que es mucho. En el trabajo sobre antiglobalismo que citaba en la columna sostuve que estos discursos prenden porque recogen un malestar genuino (que en aquel texto asociaba a la impotencia de nuestras instituciones democráticas para cumplir sus promesas en un mundo cada vez más interdependiente), aunque después lo devuelvan en una imagen distorsionada. Y el mundo del derecho no es inocente en esto. Las credenciales funcionaron muchas veces como peaje, y la mesa de discusión fue, durante mucho tiempo, más chica de lo que debería haber sido. Si la nueva derecha desconfía de nosotros, no es solamente por culpa de Rothbard. La lección, me parece, no es abandonar la mesa, sino hacerla más grande.

Para cerrar, vuelvo sobre una sospecha de Orlando: que detrás de mi pregunta hay cierta nostalgia. Puede ser, aunque no se trata de nostalgia por un adversario elegante al que derrotar en un congreso, sino de la convicción de que, si esa mesa de discusión desaparece, lo que nos queda para resolver nuestros desacuerdos es bastante peor: la fuerza, el número o, en el mejor de los casos, el algoritmo.

Tengo, además, una desconfianza más de fondo, y es que no creo que ese mundo sin mesa sea posible. La mesa puede degradarse, achicarse o llenarse de sillas vacías, pero no conozco ningún esquema de poder que haya podido prescindir del todo del derecho (entendido como esa aspiración mínima a argumentar racionalmente). Hasta el poder más descarnado necesita, para durar, presentarse como algo más que fuerza, y para eso tiene que dar razones, aunque sean malas. Los gobiernos de facto dictaban actas y estatutos; este gobierno dicta decretos de necesidad y urgencia y manda a algún pobre abogado/a a poner cara de piedra y litigar para defenderlos. En la Argentina, además, esa necesidad pesa todavía más. Aun en este momento libertario, quedan entre nosotros resabios de aquella pulsión igualitaria que alguna vez nos caracterizó, y una sociedad así no se deja mandar sin que le expliquen por qué. Esa exigencia, por más debilitada que esté, es la que mantiene la mesa en pie.

Al final de su texto, Orlando reconoce que el mundo cambió (¿está cambiando?) demasiado, demasiado rápido, y que no tiene una solución para proponer. Yo coincido con esa preocupante lectura, y tampoco tengo una solución, pero sí creo que, si la mesa de discusión está en peligro, la tarea no es describir su desaparición, sino defenderla. La mesa puede estar endeble, pero que se caiga o no depende de si se la abandona o se la sostiene. Y la forma de sostenerla es la de siempre, la que aprendí, entre otros, de él: sentarse, dejar libre la silla de enfrente y seguir discutiendo. Con esta respuesta, Orlando hizo exactamente eso. Le agradezco que, una vez más, me haya obligado a pensar mejor. ■



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)

Más sobre CECIM

por Agustin Colque

La oportunidad constitucional que el caso deja.

16 de octubre de 2026

Una crisis política e institucional recorre la Argentina, y no parece haber indicios de que invocar la Constitución Nacional sea suficiente para acorralarla. La reciente decisión de la Corte Suprema en el caso "CECIM"1 parece haber dejado al descubierto las limitaciones de los mecanismos constitucionales como instrumentos útiles para que los ciudadanos de a pie puedan ejercer un control efectivo sobre los poderes del Estado. En este contexto, incorporar a la Carta Magna una vía judicial directa para impugnar en abstracto la constitucionalidad de normas o actos de alcance general podría ser la respuesta a esta falencia de nuestro diseño constitucional.

El 20 de diciembre de 2023, Javier Milei dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023, que modificó y derogó alrededor de 300 leyes sancionadas por el Congreso de la Nación.23 Esta medida se denominó "Bases para la reconstrucción de la economía argentina" para evocar (o más bien distorsionar) la conocida obra de Juan Bautista Alberdi y, como nunca en 40 años de democracia, dejó al descubierto ciertas falencias normativas para establecer límites efectivos a los excesos del presidencialismo.4

En una coyuntura como la actual, caracterizada por un ejercicio indiscriminado de poder por parte de la extrema derecha, es posible que exista un problema de diseño constitucional que torne impotentes los esfuerzos para contrarrestarlo. En particular, los mecanismos previstos por la Constitución para efectuar el control judicial de constitucionalidad han demostrado ser limitados e ineficaces para controlar excesos extremos del Poder Ejecutivo. La reforma constitucional de 1994 parece haber declamado la promesa de una mayor distribución de poder y de mayores frenos y contrapesos, pero a través de herramientas rígidas, tibias y salomónicas, que terminan por frustrar los intentos de materializar dicha promesa en los hechos.

Sin dudas, estas reflexiones no hubieran sido posibles sin ayuda de la decisión tomada por la Corte Suprema en el caso "CECIM". En este fallo, el Centro de Ex Combatientes de las Islas Malvinas de La Plata solicitó, a través de un amparo colectivo, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 154 del DNU 70/2023, que derogaba la ley 26.737, mejor conocida como "Ley de Tierras". El Máximo Tribunal, en oportunidad de su intervención, rechazó la demanda bajo dos argumentos.

Primero, esgrimió que la soberanía territorial que invoca el CECIM, entendida como "la facultad de manifestar y hacer ejecutar la voluntad de la Nación"5, es una competencia del Estado y no un "bien colectivo" en los términos del artículo 43 –aunque nos obliguen a armarnos en defensa de la patria y de la Constitución (artículo 21), y aunque la Constitución también invoque la "soberanía del pueblo" (artículo 33)–. Segundo, sostuvo que sin un derecho de incidencia colectiva sobre un bien colectivo no hay caso ni legitimación activa, según los artículos 116 de la Constitución y 2° de la ley 27.6

Ahora bien, todo esto puede parecer una estéril discusión procesal y legalista. La actora esgrime que el DNU es inconstitucional, la Corte le responde que no tiene caso ni legitimación activa. El resultado obliga a ciertos actores sociales y políticos a instar al Congreso a que tome cartas en el asunto y... fin de la discusión. La Constitución Nacional, dirán algunos, ha otorgado a las

instituciones herramientas suficientes para controlarse entre ellas.

Pero esta postura es solo ingenuidad disfrazada de institucionalismo. En los más de 30 años que estuvo vigente la reforma del 94, el Congreso rechazó DNUs solo en dos oportunidades.7 Mientras tanto, numerosas disposiciones manifiestamente inconstitucionales continúan de pie, sin que nadie pueda reclamar su nulidad absoluta e insanable, sea por falta de voluntad legislativa o por no cumplir con el requisito de caso o causa.

Sin embargo, las consecuencias sociales y políticas del pronunciamiento de la Corte son imprevisibles y parecen estar todavía en desarrollo. Por ello, pese a todas las frustraciones mencionadas, no sería un desvarío imaginarse que este episodio pueda desembocar en una crisis constitucional que culmine con otra reforma, una que permita una interpelación mucho más directa y ecuánime por parte de la sociedad civil hacia los poderes públicos.

En el derecho constitucional comparado regional y provincial, la acción directa de inconstitucionalidad ha servido para entablar reclamos judiciales contra normas infra constitucionales de alcance general contrarias a la Constitución sin la necesidad de acreditar la existencia de un caso o causa. No existe un único modelo aplicable, pues todos varían en al menos uno de los siguientes elementos configurativos: a) quiénes están legitimados para interponerla, b) cuál es el órgano judicial competente para entender en dicha acción, y c) qué normas pueden impugnarse a través de ella.

Dado que las constituciones se valen más de la creatividad que de la uniformidad para alcanzar sus objetivos (y que este escrito es un ensayo y no un artículo académico), realizaré una comparación libre de cuatro jurisdicciones, dos nacionales y dos locales, para ilustrar las diferencias en la regulación de este instituto. Concretamente, contrastaré el modo en que se encuentran reguladas las acciones directas de inconstitucionalidad de Colombia8 9, República Dominicana10, Salta11 y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires12 13 14.

La legitimación activa puede ser más o menos amplia según la jurisdicción. Por ejemplo, mientras que la Constitución de República Dominicana otorga legitimidad al "presidente de la República, una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados, y cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido", la Constitución colombiana legitima de manera amplia (es decir, sin exigir interés alguno) a "todo ciudadano" para interponer la acción directa de inconstitucionalidad.

En cuanto al órgano competente, las jurisdicciones siguen dos modelos. En Salta y en la CABA, la acción se atribuye al máximo tribunal del poder judicial ordinario (la Corte de Justicia y el Tribunal Superior de Justicia, respectivamente) y convive con el control difuso que ejercen todos los jueces. En Colombia y República Dominicana, en cambio, la conoce en única instancia un tribunal constitucional especializado (la Corte Constitucional y el Tribunal Constitucional, respectivamente).

Por último, existe incluso mayor heterogeneidad si analizamos contra qué tipo de normas de alcance general pueden interponerse acciones directas de inconstitucionalidad: 1) contra normas de alcance general, en el caso de Salta; 2) contra leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades, en el caso de la CABA; 3) contra leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, en el caso de República Dominicana; 4) contra leyes o decretos con fuerza de ley, en el caso de Colombia.

Si dispusiéramos la creación de una acción de similares características, podríamos fortalecer la defensa de la Constitución Nacional y reivindicar el espíritu que inspiró la sanción de la reforma de 1994. Y aunque típicamente se podrá argumentar que cualquier modificación de este estilo puede acarrear costos, como el incremento en la litigiosidad, una propuesta razonable y clara puede generar un esquema de benefi-

cios que superen a aquellos. Se podría, por ejemplo, limitar su interposición solo contra DNUs, o bien otorgar legitimación activa solo a asociaciones y fundaciones.

De esta manera, contaríamos con un recurso mucho más directo para ejercer un control real y efectivo contra los excesos de los poderes públicos, sin la necesidad de acreditar el requisito del caso frente a actos manifiestamente ilegítimos e inconstitucionales. Finalmente, será necesaria una sociedad civil activa y en permanente vigilia dispuesta a cumplir con estos objetivos.

A modo de epílogo, quisiera compartir una anécdota y una reflexión. Recuerdo que hace algunos días el periodista Jorge Fontevecchia citó el concepto del "efecto mariposa" para describir el fenómeno jurídico y político que reseñé en los primeros párrafos. Mediante la metáfora del aleteo de una mariposa en Brasil que provoca un tornado en Texas, Fontevecchia explicaba cómo un fallo que definió una simple cuestión procesal provocó un cimbronazo político en nuestro país. El tiempo dirá si las mariposas, además de causar tornados, son capaces también de catalizar reformas constitucionales.

1 Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2026, 29 de septiembre). "C.E.C.I.M. La Plata c/ PEN s/ amparo ley 16.986" (Expte. FLP 47574/2023/CS1) (*Fallos*: 349:1209).

2 Antes de ser atacado en redes sociales por perfiles anónimos muy probablemente creados por una granja informática,tengo que reconocer que es bien conocido (al punto del aburrimiento) que el abuso de la utilización de los DNUs no es nuevo. La intención de la Convención Constituyente de 1994 era, precisamente, atenuar el presidencialismo argentino mediante reglas estrictas que impidieran al Poder Ejecutivo sustituir indiscriminadamente la voluntad parlamentaria. El efecto esperado de estos cambios que se plasmaron en la Constitución era que el Congreso de la Nación tuviese un mayor protagonismo en la política nacional, como una suerte de "parlamentarización a medio camino". A pesar de ello, ningún mandatario, desde la sanción de la reforma hasta la fecha, ha cumplido con los estrictos requisitos exigidos para el dictado de los DNU.

3 El exorbitante número de normas derogadas y modificadas por este decreto constituye un indicio en sí mismo de que la medida muy difícilmente podría superar un control de constitucionalidad. Véase el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y la interpretación que de este artículo realizó la Corte Suprema en los casos "Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo" (19/08/1999) (*Fallos*: 322:1726) y "Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986" (19/05/2010) (*Fallos*: 333:633).

4 El caos jurídico que sobrevino luego constituye ya un ingrediente más de las recetas típicas de las ultraderechas en las democracias occidentales. No lo digo yo, sino que lo dicen autores como Giuliano da Empoli y Michael Lewis. Es parte de la estrategia ideada por Steve Bannon de "inundar la zona con mierda", una táctica política utilizada para desorientar a los detractores de la extrema derecha y evitar así que tengan capacidad y tiempo de respuesta.

5 Sigo un poco perplejo con relación al uso de palabra "facultad" en este contexto, más aun sabiendo que algunos juristas de mucho renombre parecen cuestionar que exista una equiparación precisa de esta noción con la de "obligación" o "deber". Así, por ejemplo, pareciera ser que el Congreso, al estar "facultado" para dictar los códigos de fondo, podría renunciar a hacerlo si esta fuese su voluntad. El peligro que anida en el corazón de este razonamiento es el de vaciar de contenido la parte orgánica de la Constitución y de distorsionar el objetivo para el que se creó el sistema republicano de gobierno.

6 Más allá de los cuestionamientos con respecto a la decisión de abrir el recurso relativo a la impugnación constitucional de la ley de tierras (que comparto), la Corte tenía razón al esgrimir que el Poder Judicial debe verificar, aun de oficio, la existencia de un caso y que, en el caso "CE-

CIM", no estaba del todo claro que ese requisito formal estuviese acreditado. Incluso si se reconoce la existencia de un derecho a la soberanía, el requisito del agravio concreto sigue quedando de pie, pese a que el DNU siga siendo inconstitucional.

7 Me refiero al rechazo de los DNUs656/2024y340/2025, que fue posible gracias a que hubo voluntad política para hacerlo y no tanto por la inexistencia de un estado de necesidad y urgencia. Una suerte similar corrieron los decretos delegados345/25, 351/25, 461/25 y 462/25.

8 Artículo 40 de la Constitución Política de Colombia: "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: [...] 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley".

9 Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...] 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación".

10 Artículo 185 de la Constitución de República Dominicana: "El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido".

11 Artículo 92 de la Constitución de Salta: "Todo habitante puede interponer la acción popular directa para que se declare la inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución. Los firmantes de una demanda manifiestamente improcedente son sancionados de acuerdo a la ley".

12 Artículo 113 de la Constitución de la CABA: "Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: [...] 2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior".

13 Artículo 18 de la Ley 402 de la CABA: "La acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa constitución o a la Constitución Nacional".

14 Artículo 19 de la Ley 402 de la CABA: "Se encuentran legitimados para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad: 1) Las personas físicas; 2) Las personas jurídicas; 3) La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 4) Los/las titulares de cada uno de tres organismos que componen el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". ■

La remontada constitucional

por Wallace Corbo

Sobre el inesperado triunfo electoral de Lula en la segunda vuelta de Brasil.

27 de octubre de 2026

Una vez más, la democracia y la Constitución fueron llevadas a las urnas en Brasil. No es, claro, señal de normalidad política. En unas elecciones se espera una disputa entre proyectos políticos distintos, pero que se inscriban en el campo democrático y respeten los parámetros constitucionales básicos. En Brasil, al menos desde 2018, esa premisa viene siendo, como mínimo, tensionada. Jair Messias Bolsonaro, que gobernó entre 2019 y 2022, tuvo un mandato marcado por ataques a las instituciones, a los derechos fundamentales y a la democracia – el núcleo de lo que identifica a la Constitución de 1988. En 2022, en busca de la reelección, traía la promesa propia de los nuevos autócratas de consolidar, en un segundo mandato, un poder absoluto con el apoyo de las Fuerzas Armadas. Aquel año, Brasil tuvo que dar una respuesta profunda sobre qué identidad proyectaba hacia el futuro – la del retroceso autocrático, representada por Jair Bolsonaro, o la identidad emancipatoria traída en 1988 y encarnada en Luiz Inácio Lula da Silva.

La palabra "encarnada" no se usa aquí a la ligera. Es cierto, por un lado, que ninguna constitución cabe en un solo hombre. Pero pocas biografías personales y políticas pueden reflejar mejor la promesa de transformación traída en 1988 que la del hombre que nació en la miseria en el interior de Pernambuco, que migró a São Paulo en la caja de un camión, como tantos nordestinos, que fue obrero y que llegó a la Presidencia sin título universitario. Un hombre que hizo de sus propias privaciones el combustible para dar, él mismo, al proyecto de 1988 la más amplia – aunque inconclusa – implementación de la voluntad constitucional.

Lula encarnó la Constitución de 1988 incluso en sus límites (que algunos podrían llamar defectos). Así como la Constitución se caracterizó por ser profundamente compromisoria – buscando conciliar trabajo y capital, reforma agraria y latifundio, igualdad y propiedad –, también Lula fue, en palabras de algunos comentaristas, "tricampeón mundial de la conciliación". Ninguno de sus gobiernos se comprometió con agendas radicales – probablemente necesarias – de redistribución del ingreso. Avanzó conciliando élites políticas y masas trabajadoras, pero avanzó como pocos. Y no fueron avances modestos. Brasil redujo sus niveles de miseria, salió en dos ocasiones del Mapa del Hambre de la ONU y llevó la deforestación de la Amazonía a mínimos históricos, todo ello manteniendo una economía pujante.

Así, cuando Lula subió en 2023 la rampa del Palacio del Planalto acompañado de representantes de los grupos sociales que lo eligieron – indígenas, personas con discapacidad, trabajadores, personas LGBTQIAPN+, mujeres –, subía la rampa la propia alma de la Constitución de 1988. Pero la crisis constitucional, como se vio, no estaba resuelta.

El tercer mandato de Lula comenzó con un intento de golpe, respondido con dureza tanto por el Ejecutivo, que impidió su consolidación, como por el Poder Judicial, que responsabilizó penalmente a sus ejecutores y a sus líderes – en particular, a Jair Messias Bolsonaro. Pero el tono político estaba dado, y mantuvo viva la pregunta que parecía respondida en 2022. ¿Cuál es el compromiso de la comunidad política brasileña con la Constitución de 1988?

De un lado, una derecha extremista, de matriz autoritaria, reclamó a lo largo de cuatro años la amnistía de los golpistas, el juicio político de ministros del Supremo Tribunal Federal (no solo por sospechas sobre la relación de algunos de sus ministros con agentes económicos, sino sobre todo por su papel en el combate al golpe), austeridad fiscal contra los derechos sociales y populismo penal contra los derechos humanos. Del otro, una izquierda desmovilizada parecía impedida de soñar, frente a un gobierno con dificultades para gobernar ante un Congreso que lo empujaba hacia la derecha.

No intento aquí explicar las causas del resultado electoral – probablemente son múltiples, y aún queda mucho diagnóstico por hacer. Pero sí quiero formular una hipótesis sobre el significado, para el derecho constitucional brasileño, del proceso que culminó en la reelección de Lula. En esta crisis constitucional profunda – una crisis de identidad de la comunidad política brasileña – el punto de inflexión parece haber llegado en 2026, en el propio año electoral. Fue entonces cuando una reivindicación histórica de la izquierda trabajadora – la misma que forjó a Lula en el movimiento sindical de los años setenta – cobró fuerza y demostró la capacidad popular de luchar por la Constitución. En mayo de ese año, la Cámara de Diputados aprobó la propuesta de enmienda constitucional que reducía la semana laboral de seis días a cinco. Una propuesta que, al principio, no contaba con ningún apoyo en la clase política y era considerada imposible, pero que, de pronto, le dio al pueblo trabajador motivos para soñar. El propio Lula, que observaba el movimiento a distancia, lo incorporó abiertamente, con riesgos concretos de derrota política (y, por lo tanto, electoral). Tras meses de movilización popular, la propuesta sería aprobada por el Senado, por amplia mayoría, poco después de la primera vuelta.

Si en 2022 el pueblo brasileño, parado al borde del precipicio, dudó entre dar un paso adelante o retornar al compromiso emancipatorio, en 2026 la pregunta era si el camino hacia las promesas de 1988 seguía siendo una posibilidad. La respuesta que llegó en la primera vuelta – el primer lugar de Flávio Bolsonaro, hijo del expresidente encarcelado por golpismo – pareció apuntar de nuevo hacia el precipicio.

Pero tal vez de la derrota aparente haya nacido, otra vez, la voluntad de soñar. Ancianos, jóvenes, hombres, mujeres, trabajadores, empresarios – Brasil vio una movilización popular como hacía décadas no se veía, en las calles y en los medios digitales. Una movilización que no era solo por la democracia; era por la Constitución. Y que retomaba la misma promesa constitucional del trabajo digno que, meses antes, había devuelto al pueblo trabajador motivos para soñar.

Sobre los vehículos que lo llevaban por Río de Janeiro, São Paulo, Salvador, Belo Horizonte y tantas otras ciudades, Lula se ponía de pie sosteniendo la Constitución que, una vez más, parecía encarnar. No solo como un “nunca más” (al autoritarismo), sino como un “que venga más”.

Brasil nunca había visto una remontada en la segunda vuelta de una elección presidencial. Pero fue exactamente una remontada lo que ocurrió. Un grito de una comunidad política que parece haber afirmado aquello en lo que muchos no creían – que Brasil todavía sueña y cree en un compromiso celebrado hace casi cuarenta años.

Tal vez la crisis constitucional todavía no haya pasado. Pero las elecciones de 2026 confirmaron que el camino para superarla quizás esté por delante. Y ese camino está en la lucha del pueblo por su Constitución. ■

Un decreto no puede derogar una ley

por Roberto Gargarella · Laura Clérico · Raúl Gustavo Ferreyra

La Corte, por supuesto, lo sabe.

2 de octubre de 2026

El 29 de septiembre la Corte Suprema dictó sentencia en el caso "C.E.C.I.M. La Plata c/ PEN". El Tribunal no se pronunció sobre el DNU 70/2023 —dijo, expresamente, que no lo hacía—, pero dejó firme la derogación de la ley 26.737 de Tierras Rurales, dispuesta inconstitucionalmente por ese decreto. Quisiéramos decir algunas cosas sobre el fallo, sobre las varias posibles. Y quisiéramos empezar por una que, aunque parezca paradójica, nos parece importante: tanto el decreto como la sentencia son, a nuestro juicio, inconstitucionales.

Sin embargo, ambos siguen vigentes , por ahora. Es decir, rigen, se aplican, producen efectos —aunque contradigan a la Constitución—. Es esa brecha la que obliga a discutir.

Primero, diríamos que lo más importante que aquí está en discusión es el DNU 70/2023, abiertamente inconstitucional, y que la Corte tiene para decidir (y no quiere hacerlo) desde hace tres años, a partir de una demanda bien fundada, interpuesta por una asociación bien legitimada para hacerlo (caso CGT). El punto es muy importante, porque el DNU ha puesto en crisis al sistema constitucional argentino, y representa un agravio extraordinario para nuestro ordenamiento jurídico —un agravio, hasta hoy, y en los hechos, amparado inexplicablemente por la Corte—.

Segundo, diríamos que en el caso concreto (CECIM La Plata) está en juego una ley nacional —y subrayamos ley nacional—, la ley 26.737, sobre Régimen de Tierras, "derogada por un decreto" (sic), el DNU 70/2023 a través de su artículo 154. Para quienes tienen menos familiaridad con el derecho, debe aclararse que ningún decreto puede derogar, nunca, una ley nacional. Mucho menos del modo en que se lo hizo entonces, esto es, a partir de razones genéricas que aparecen en los considerandos generales del decreto (es decir, no hubo ninguna razón específica que justificara semejante —perdón por el término— abominación jurídica, promovida por el equipo económico de este gobierno). El agravio fue tal que la Cámara Federal declaró inconstitucional ese artículo 154, impugnado por el Centro de Excombatientes Islas Malvinas La Plata. Esto también importa, porque en el fondo de lo que se discutió en el fallo de la Corte del 29 de septiembre se encuentra ese hecho antijurídico extraordinario: un artículo de un decreto "derogando" una ley nacional.

Tercero, diríamos que la Corte adoptó un subterfugio legal, aparentemente técnico —la "falta de legitimación" del CECIM para impugnar el artículo en cuestión—, para revocar la sentencia de la Cámara y dejar así, en los hechos, derogada la Ley de Tierras (luego de los notables debates que tuviéramos hacia el final del Mundial, en defensa del establecimiento de límites en la materia). Una vez más, la Corte recurre a una excusa en apariencia técnica para mantener vigente una aberración jurídica: un decreto derogando una ley.

La Corte nos dice que su fallo "no supone abrir juicio" sobre el DNU 70/2023. Pero, en los hechos, lo convalida. Es lo que algunos llamarían una contradicción performativa: lo que la sentencia afirma queda desmentido por lo que la sentencia hace, y por lo que proyecta.

Dicho de manera más simple: decir que elige no pronunciarse sobre el DNU 70/2023, implica decidir que sigue vigente. Y una supuesta abstención judicial que favorece a una de las partes no es neutral —es, más bien, una decisión sin fundamento—. Vale la pena recordar, además, que la propia Constitución exige que los jueces de la Corte, al desempeñar sus tareas, administren "justicia bien y legalmente".

Cuarto, quisiéramos detenernos en el argumento central de la Corte, que tiene que ver con una interpretación antojadiza y muy restrictiva del artículo 43 de la Constitución. Ese artículo instituye una concepción muy abierta y amplia sobre la legitimación —esto es, sobre la concreta posibilidad de actuar en un proceso— frente a los derechos de incidencia colectiva: basta leer el artículo. El CECIM tiene esa legitimación en virtud del artículo 43, no por concesión graciosa de los tribunales. Y el punto tiene un interés especial, dado que los principales defensores jurídicos de esta decisión de la Corte son defensores de visiones "textualistas", es decir, muy restrictivas en materia de lo que puede hacer la Corte al interpretar la Constitución. Ellos deberían explicarnos, entonces, cómo es que aceptan la cantidad de requisitos limitativos que viene imponiendo la Corte en materia de legitimación activa en litigios colectivos cuando la letra de la Constitución dice todo lo contrario. Algo similar ocurre con la exigencia de "causa". Más allá de la opinable vigencia de esa noción —elaborada por la propia Corte en el siglo XIX—, en este caso hay, claramente, controversia constitucional.

Por un lado, una de las partes, el CECIM, se encuentra constitucionalmente legitimada para actuar en el juicio. Por otro, la materia en debate —la soberanía, bien colectivo de todas las personas argentinas— resulta razonablemente susceptible de judicialización.

Quinto, nos interesa discutir la idea de soberanía que maneja el Tribunal. La Corte reduce la soberanía territorial a un conjunto de competencias del Estado, y la presenta como uno de los elementos constitutivos de ese Estado. No compartimos esa premisa. Los elementos del Estado son el pueblo, el poder, el territorio y la Constitución.



La soberanía, en cambio, no es un elemento más: es un bien, y reside en el pueblo, en su ciudadanía, que es su único titular. No pertenece al gobierno de turno —es un bien colectivo de todo el pueblo argentino —.

Es indivisible, nadie puede apropiársela, y su afectación alcanza a toda la comunidad. Y adviértase: esos son exactamente los rasgos que el precedente "Halabi" exige para reconocer un bien colectivo. Es decir, la Corte se niega a aplicar su propia doctrina.

Además, que la soberanía territorial no es separable de la soberanía popular: el Estado ejerce sobre el territorio un poder cuyo titular es el pueblo. Separar la soberanía del pueblo contradice los artículos de la Constitución que consagran el principio de la soberanía popular. Lo que queremos decir es simple: si la soberanía fuera apenas una competencia técnica del aparato estatal, entonces quien gobierna podría disponer de ella sin rendir cuentas a quienes son sus verdaderos titulares.

Sexto, la sentencia y su resultado profundizan la gravedad institucional. Si se niega legitimación a quienes defienden un bien colectivo, la derogación de una ley sobre la tierra dispuesta por un decreto de necesidad y urgencia queda, en los hechos, fuera del control judicial. Así, la división de poderes —pensada para limitar al poder— termina protegiendo al Poder Ejecutivo y no a la Constitución.

Finalmente, agregaremos que el dato clave para distinguir entre una Corte preocupada por la justicia social y otra conservadora en la materia es el vinculado con el modo —amplio o restrictivo— en que entiende la señalada legitimación. Concepciones amplias nos refieren a tribunales abiertos a la ciudadanía en general, y a los grupos más desaventajados en particular; concepciones restrictivas o muy restrictivas, como la que viene sosteniendo la Corte, nos refieren a tribunales alineados con políticas sociales y económicas muy conservadoras.

¿Qué queda? Por lo pronto, queda el Congreso. La Cámara de Diputados debe pronunciarse sobre el DNU 70/2023. El Senado ya lo hizo, el 14 de marzo de 2024, y rechazó semejante atropello al Derecho. Falta que lo haga la otra Cámara. Porque la tierra y el territorio no pueden quedar sin control judicial ni legislativo. Y si la Corte eligió el silencio —un silencio que, como vimos, decide—, el Congreso no puede hacer lo mismo. ■



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)

Por qué la nueva derecha jurídica argentina no tiene quién le escriba

por Nahuel Maisley

Algunas reflexiones, a propósito de la presentación del libro de Dyzenhaus en la Universidad de Nueva York.

2 de octubre de 2026

Hay ideas sobre el derecho que todos escuchamos a diario y que casi nadie se anima a defender por escrito. Cosas como que a un presidente votado por la mayoría hay que dejarlo gobernar sin jueces ni congresos que le pongan palos en la rueda, que ningún organismo internacional tiene por qué decirnos cómo vivir o que a los extranjeros sin papeles hay que echarlos del país sin tanto trámite. Ustedes saben a qué me refiero: el espíritu de la época. Lo notable es que esas ideas circulan en todas partes menos en los lugares donde deberían ser pensadas y discutidas con sofisticación y paciencia profesional, como si nuestras élites intelectuales prefirieran no hacerse cargo de ellas.

Esta semana estuve en Nueva York, en la presentación de un libro que se ocupa justamente de los pocos juristas que, en el mundo, sí se animan a defenderlas: *The War Against Law*, de David Dyzenhaus. Es un libro indispensable, comprometido con entender nuestra época y con intervenir en ella. Roberto Gargarella ya le dedicó en estas páginas un análisis y un muy merecido elogio. A mí la discusión en NYU me dejó pensando en varias cosas, entre ellas una sobre la que quiero reflexionar acá: por qué en la Argentina ni siquiera tenemos esos pocos juristas dispuestos a defender abiertamente, y con alguna sofisticación, la agenda institucional de la nueva derecha, esa alianza de libertarios, conservadores y nacionalistas que nos gobierna.

En el libro, Dyzenhaus usa como caso de estudio las repercusiones de una ley británica de 2024 que ordenaba deportar a Ruanda a los solicitantes de asilo y dejaba a los jueces prácticamente sin poder revisar las decisiones. Entre los juristas que salieron a defenderla se destacaron algunos profesores de Oxford, como Richard Ekins y John Finnis, agrupados en el *Judicial Power Project* del *think tank* Policy Exchange. Ellos, y sus aliados en Estados Unidos, con Adrian Vermeule a la cabeza, son la excepción a la regla que sugería antes: son de las pocas personas que, desde el mundo del derecho, están tratando de construir una defensa conceptual de aquello que las derechas de nuestro mundo andan haciendo con las normas. Y, aun así, sus argumentos suelen ser elusivos, genéricos y bastante descuidados, y la política que los anima aparece, como dice Dyzenhaus, de maneras "oblicuas y misteriosas" (p. 18). En la charla de NYU agregó que para entender la propuesta hay que juntar piezas que publican sueltas, lo que les da *deniability*, es decir, la posibilidad de no quedar comprometidos con nada concreto. Frente a esta ambigüedad calculada, en el libro Dyzenhaus hace lo que hay que hacer: los toma en serio de todos modos y hace el esfuerzo de reconstruir con paciencia lo que dicen y lo que evitan decir. Y luego les responde con contundencia.

Mi lectura (algo rápida y tentativa, a partir de Dyzenhaus) es que estos autores defienden dos cosas, envueltas en referencias genéricas al "bien común". La primera es un Poder Ejecutivo con cada vez más atribuciones y cada vez menos controles (en palabras de Dyzenhaus, buscan cambiar el orden político a uno en el que "se gobierna por un poder ilimitado del ejecutivo",

p. 4). La segunda es un nacionalismo a ultranza, en guerra abierta contra el derecho internacional y los derechos humanos.

Esas ideas tienen, entre nosotros, una traducción institucional bastante directa. El DNU 70/2023 es la versión jurídica del "dejen gobernar": un presidente que reforma por decreto cientos de leyes. El DNU 366/2025 endureció por la misma vía el régimen migratorio. Y la salida de la Organización Mundial de la Salud es el soberanismo en estado puro. Si tuviéramos nuestros Ekins o nuestros Vermeule, deberíamos encontrar defensas jurídicas articuladas de cada una de estas medidas. Sin embargo, casi no las hay. Muy pocos se animaron a defender la constitucionalidad del DNU 70, menos todavía defendieron el DNU 366 (que la Cámara Nacional Electoral declaró nulo), y prácticamente nadie defendió la salida de la OMS (una decisión inconstitucional y contraria al derecho internacional, como sostuve con Sebastián Guidi en La Nación y luego en Clarín).

Digo "muy pocos" y no "nadie" a propósito. Alfredo Vítolo, por ejemplo, escribió a comienzos de 2024 que, desde una visión estricta, el DNU 70 no superaba el test constitucional. Pero concluyó que, a la luz de la jurisprudencia y de la práctica, "el decreto 70/23 sí supera el test de validez". En los tribunales, las y los abogados del Estado sostuvieron que las razones de necesidad y urgencia eran cuestiones políticas no justiciables. Y algunos otros ensayaron argumentos de un tenor similar. Nada de todo eso llega siquiera a lo que intentan, con todas sus elusiones, Ekins o Vermeule: explicar por qué el Ejecutivo *debería* poder hacer lo que hizo.

La ausencia de argumentos jurídicos sofisticados llama especialmente la atención si se la contrasta —como sugería antes— con la resonancia que una buena parte de estas ideas tiene en una parte importante (aunque, espero, decreciente) de la población argentina. Me consta, además, que una cantidad no despreciable de las mentes jurídicas más prominentes del país votó a este gobierno y lo apoya en términos generales. ¿Por qué nadie escribe en su defensa? No tengo una respuesta clara, pero quiero proponer cuatro hipótesis. Quizás nos ayuden a entender el fenómeno y, siguiendo el ejemplo de Dyzenhaus, a enfrentarlo mejor.

La primera hipótesis es que lo nuestro es apenas la reverberación local de un fenómeno global. Se nota en el esfuerzo que Dyzenhaus tiene que hacer para reconstruir estas ideas que incluso allá (donde tienen su origen y su financiamiento) se defienden de manera elusiva y descuidada. Y no es casual. La nueva derecha es abiertamente populista y, por lo tanto, anti-elitista, así que es lógico esperar que sus discursos no apelen a interlocutores con sofisticación profesional sino a generalidades. La hoja de ruta de este movimiento la planteó con claridad meridiana, en 1992, Murray Rothbard (sí, el del nombre del perro del presidente), en un texto imperdible sobre el populismo de derecha. Su argumento es que para combatir el *statu quo* estatista no alcanza con difundir las ideas que él entiende correctas, porque las élites intelectuales se benefician del sistema que se quiere cambiar. Hay que pasar por encima de ellas y de los medios, y apelar directamente a las clases medias y trabajadoras. Entre esas élites, Rothbard incluía sin vueltas a la derecha oficial de su época. Eso podría explicar, al menos en parte, por qué Milei espanta a nuestras propias élites de derecha vernáculas—entre ellas, las jurídicas. Podría explicar, además, por qué ni siquiera la búsqueda de ciertos objetivos sustantivos que la derecha tradicional comparte con la nueva las lleva a superar ese espanto para acompañarlo y apoyarlo con argumentos jurídicos más sofisticados.

La segunda hipótesis es la que recomendaría la navaja de Occam: nuestra academia jurídica está deteriorada. Con universidades en situación precaria, muchos de los que podrían darles forma a estas ideas no tienen tiempo ni incentivos para hacerlo. Están ocupados defendiendo a sus clientes, y nada más.

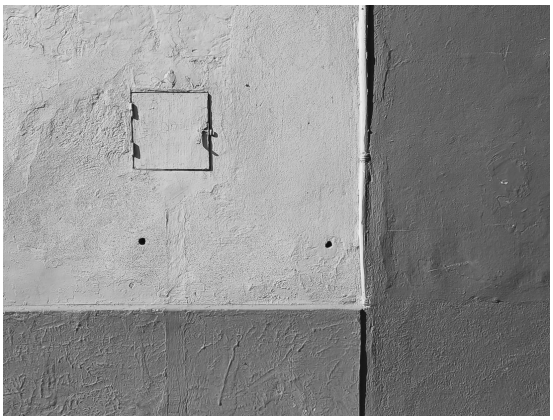
El problema es que la precariedad afecta a todos por igual, y del otro lado sí se escribió, y mu-

cho. Escribieron organizaciones como el CELS y ACIJ, y constitucionalistas que litigaron contra el DNU 70 al día siguiente de su publicación. Con un grupo de colegas armamos una declaración contra el decreto, que juntó cientos de firmas. Frente a la salida de la OMS, quince organizaciones de salud y derechos humanos le pidieron a la propia OMS que rechazara la decisión, entre otras cosas por inconstitucional. Contra la reforma migratoria, casi veinte organizaciones y grupos de investigación universitarios firmaron un documento que cuestionó el DNU 366 por restringir derechos que la Constitución reconoce a todos los habitantes y por reformar, sin pasar por el Congreso, una ley aprobada por unanimidad. Si esta hipótesis es correcta, tiene que serlo en una versión más específica. Buena parte de la élite jurídica afín al gobierno trabaja en grandes estudios, donde estas medidas se defienden en escritos judiciales, no en revistas ni diarios. Y no tenemos nada parecido a Policy Exchange: los *think tanks* que acompañan al gobierno producen economía, no derecho público.

La tercera hipótesis tiene que ver con nuestra historia. Gobiernos anteriores, de distinto signo político, también expandieron el poder del Ejecutivo. Ahí están el festival de decretos de los años noventa y la ley 26.122, impulsada por Cristina Fernández de Kirchner, que en 2006 blindó los DNU al exigir que ambas cámaras los rechacen para dejarlos sin efecto. Esa ley habilitó a que el gobierno de Alberto Fernández gobernara de forma abiertamente inconstitucional la respuesta a la pandemia de COVID-19 (como advertimos tempranamente con colegas del Instituto Gioja, y como luego analicé en este trabajo). Muchos de los juristas que hoy apoyan al gobierno se opusieron en alguna de aquellas ocasiones, a veces por genuinas razones republicanas, a veces por el solo hecho de oponerse a aquellos gobiernos (gorilismo, que le dicen). Defenderlo ahora los obligaría a contradecirse, y por eso quizás prefieren callar.

Pero el caso de Vítolo muestra que la historia también puede jugar a favor del gobierno. Su argumento es, en el fondo, un *tu quoque*: si todos los gobiernos gobernaron por decreto, ¿por qué este no podría hacerlo? Y los números lo acompañan. Como mostró Gustavo Arballo en estas páginas, entre 1995 y 2025 se dictaron 971 DNU, y la Corte declaró inconstitucionales apenas 17, en su mayoría cuando el presidente que los había firmado ya no estaba en funciones. Es cierto que, desde *Verrocchi*, en 1999, la Corte repite en los papeles que el DNU es una excepción. Pero la práctica dice otra cosa, y para defender al gobierno alcanza con señalarla, como quien dice "yo siempre dije que los DNU eran una patología, pero todos lo hicieron". El problema es que el argumento comete el viejo pecado que denunció Hume, el de pasar sin mayor explicación de lo que *es* a lo que *debe ser*. Que todos lo hayan hecho no dice nada sobre si está bien hacerlo. Lo llamativo es que nadie haya intentado explicar por qué esa práctica sería buena, y no solamente habitual.

La cuarta hipótesis es que el silencio de los defensores del gobierno es, en parte, estratégico, y que se apoya en el silencio, más atronador todavía, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Laura Clérico describió con precisión la agenda de no-decidir del tribunal: la Corte acelera algunos casos, como *Levinas*, y deja quietos casi todos los que implicarían controlar al Ejecutivo actual. Cuando tuvo que pronunciarse sobre el DNU 70, en los planteos de La Rioja y de Rizzo, los declaró inadmisibles por falta de "caso" con una celeridad que Clérico califica de inusitada. Sobre el resto de las impugnaciones, no dijo nada. En su sistemático análisis en Lecciones y Ensayos, Leticia Vita mostró cómo para entender a esta Corte hay que prestar atención no solamente a lo que dice, sino también a lo que omite. Ese silencio les resulta muy cómodo a los defensores del gobierno. Mientras la Corte no decida, nadie los obliga a poner sus argumentos por escrito. Y les conviene que siga así, porque si la discusión se da, la pierden.



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)

Hay una razón de fondo para creer que la pierden, y se ve mejor en el segundo de los ejes, el del rechazo al derecho internacional. En un trabajo reciente sobre el "nuevo antiglobalismo latinoamericano", publicado en el International Journal of Constitutional Law (I-CON), me ocupé de dos personajes algo estrafalarios: Olavo de Carvalho, gurú de Jair Bolsonaro, y Agustín Laje, muy cercano (al menos por un tiempo) a Javier Milei. Ese trabajo puede leerse como un caso de estudio de las miradas institucionales de lo que Laje llama la "nueva derecha" latinoamericana. Mi conclusión fue que esa alianza no tiene realmente un modelo alternativo coherente que ofrecer en cuanto al vínculo de nuestros países con el mundo. Reivindica la soberanía de los Estados y, a la vez, invoca la democracia y los derechos humanos como valores universales. Su postura es sobre todo de protesta, casi berrinche, frente a la creciente e inevitable interdependencia de nuestro mundo. Una discusión abierta, de esas que obligan a decir qué se pondría en lugar de lo que se rechaza, los dejaría expuestos. Creo que algo parecido sucede con el unilateralismo ejecutivo. Para quien quiera defender una posición así, callar es lo más racional.

Que la nueva derecha jurídica argentina no tenga quién le escriba puede parecer una buena noticia, pero no estoy tan seguro de que lo sea. En el trabajo sobre antiglobalismo escribí que era poco probable que estos discursos poco sofisticados se enseñaran en las facultades o se publicaran en revistas especializadas. Laje es un fenómeno de YouTube; Olavo, de los blogs. Justamente por eso, el peligro no es una ruptura estruendosa sino una erosión lenta: el desgaste silencioso de los consensos de nuestro campo, ocurriendo delante de nuestras narices sin que lo notemos. Esa falta de articulación sofisticada de las ideas que circulan por nuestra sociedad no reduce su impacto sobre las prácticas jurídicas; en todo caso lo vuelve más lento y menos visible. Una teoría, en cambio, se puede discutir, refutar y, con suerte, derrotar. He ahí el valor del debate público.

¿Qué hacemos, entonces, si ninguno de los que creen en estas ideas se anima a conceptualizarlas con sofisticación para defenderlas? Tendremos que hacerlo nosotros, quienes no creemos en ellas. Como juristas, es nuestra responsabilidad entender qué piensan muchos de nuestros conciudadanos y conciudadanas sobre el derecho, aun cuando esas ideas nos resulten increíbles y, muchas veces, aberrantes.

Déjenme cerrar con una referencia más a la discusión del otro día en NYU. Dyzenhaus comentó que, en aquellos lugares en que los tribunales tienden a adoptar posturas más bien liberales, esta nueva derecha ha mostrado un peculiar y algo infantil ensañamiento con uno de los pensadores liberales más importantes del último siglo (liberal en serio, no como nuestro presidente), el gran Ronald Dworkin. Es el caso del Reino Unido y, tristemente, es el caso también de nuestro país, pese al férreo vínculo que Dworkin tuvo en vida con la República Argentina.

Las ideas de Dworkin son discutibles, por supuesto, como todas. De hecho, tanto Dyzenhaus como Jeremy Waldron, quien moderaba el panel, las discutieron intensamente, pese a ser ambos discípulos suyos. Pero las discusiones en el mundo del derecho deben darse de buena fe, con altura y sofisticación. Esta nueva derecha, en cambio, discute con Dworkin con chicanas y cancherreadas berretas que, quizás, buscan ocultar la falta de argumentos sustantivos. Y lo más triste es que algunas de esas ideas quizás permean,

silenciosamente, entre quienes nunca se pusieron a estudiar estos temas. Sin las herramientas para evaluarlas, las dan por buenas y terminan creyendo que Dworkin era un autor ingenuo o poco serio, y no uno de los grandes pensadores del último siglo, como fue.

Lo paradójico es que la obra de Dworkin nos enseña que siempre hay que discutir con la mejor versión del argumento, independientemente de cómo la articule quien tengamos enfrente. Mi propuesta es que, en estos tiempos aciagos, sigamos ese ejemplo, el de Dworkin y el de Dyzenhaus. Tomémonos el trabajo de reconstruir, "a su mejor luz", los argumentos jurídicos que la nueva derecha no formula y que apenas se adivinan en videos de YouTube, en decisiones judiciales, en normas, en dictámenes y, también, en silencios, para luego discutir con la mejor versión de esas ideas. Y, a esas, sí, derrotarlas con la fuerza del mejor argumento, que —no me cabe duda— está de nuestro lado. ■



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)

Una interpretación leguleya de la Constitución

por Alberto Binder

Alberto Binder, el máximo procesalista del país, y reciente Premio Konex en su área, sobre el fallo de la Corte en CECIM

3 de octubre de 2026

Esta Corte nos obliga siempre a repetir ideas simples y elementales que uno creía ya consolidadas. Pero lo peor de fallos tan primitivos como el dictado en el caso "CECIM", en el que se reclama la nulidad del Decreto 70/23, es que desparraman desorientación y dejadez institucional en una época que necesita todo lo contrario. Nunca se sabe si ello es producto del oportunismo, de la falta de respeto a la doctrina constitucional o de la ocurrencia de algún joven relator que se entusiasma con sus propias palabras. En todo caso, se trata de decisiones superficiales, muy propias de la tradición sumisa que hemos destacado, y no hacen más que aumentar el desprestigio de esta Corte.

Pero si ajustamos la mirada, podremos ver que, en este caso, la Corte dice y omite decir cosas muy graves. En primer lugar, omite decir que lo que ha hecho el Poder Ejecutivo al derogar leyes por decreto, en contra de la opinión expresa del Congreso Nacional, es un *acto tiránico*. Ello significa realizar un acto de fuerza y arrogarse un poder de facto. Según el art. 36 dela Constitución Nacional, todo ciudadano tiene derecho de resistencia frente a esos poderes de hecho, abusivos, individualmente o bajo cualquier forma asociativa. No creo que la Corte entienda que eso significa que solo se podría utilizar la fuerza como resistencia a la opresión, mas no recurrir a *medios institucionales para frenar los actos tiránicos*. De hecho el contenido más amplio de la resistencia a la opresión (o a actos de tiranía, que es lo mismo) lo constituyen las resistencias institucionales o la desobediencia civil, no el uso de la fuerza directa. La Corte no puede aplicar seriamente un criterio de legitimación pensado para el medio ambiente, el consumo o cuestiones afines, cuando se trata de resistencia frente a actos de tiranía. En realidad, subyace una comprensión muy pobre de la gravedad de lo que está en juego, lo que queda aún más en evidencia con la aclaración posterior. Como si arrogarse directamente facultades legislativas en contra de toda la tradición republicana de la división de poderes fuera un simple incumplimiento formal. Mañana se puede arrogar el ejecutivo la facultad de encarcelarnos por tiempo indeterminado y también eso sería un acto de tiranía, que tienen la misma fuente abusiva.

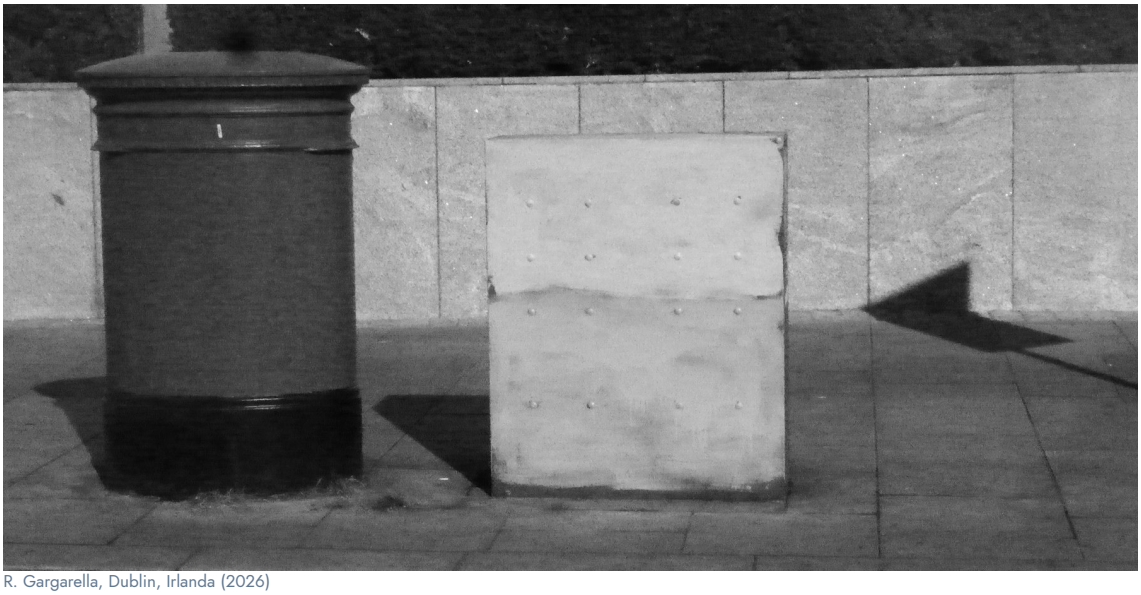
En segundo lugar, el caso que debía resolver no es un caso aislado: constituye uno más de los muchos casos en los que se ha objetado lo mismo y que la Corte omite tratar, esperando que la mora judicial desgaste a la ciudadanía. Este recurso vil es la contracara de los recursos institucionales que le permiten a la Corte decir lo que se le está pidiendo: que el abuso de las facultades del Poder Ejecutivo es *escandalosamente contrario a la Constitución Nacional*. Luego, al pasar, como argumento lateral, sostiene que la soberanía no es un bien colectivo. Es decir, el Estado nos puede obligar a morir o a matar en una guerra por algo que nos es ajeno, que no nos pertenece colectivamente. El art. 21 de la Constitución nos obliga a defender esa soberanía, pero pareciera que lo hace en nombre de algo vacío o de una abstracción y ello nos impide actuar para que se venda indiscriminadamente el recurso estratégico de la tierra a cualquier extranjero, sin límites.

La Corte tiene facultades, sin duda excepcionales, para tomar directamente un caso mediante el mecanismo de abreviación de etapas que

conocemos técnicamente como *per saltum*. Puede hacerlo prescindiendo del requisito de que exista una sentencia del tribunal superior de la causa cuando haya gravedad institucional —algo que la propia Corte define con bastante discrecionalidad, por cierto—. Si nos atenemos a la definición legal, "existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados". Sin embargo, la transgresión de la norma constitucional según la cual "el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo" (CN, art. 99, inc. 3) no parece tener para la Corte gravedad institucional ni urgencia, ni constituir el ejercicio de un poder de facto. La Corte utilizó argumentos de leguleyos, como quien se entusiasma cuando encuentra un defecto formal que le permite desconocer un contrato que claramente ha firmado.

Un cuarto y último efecto grave y negativo es que una decisión de este tipo desmoraliza y destruye la conciencia ciudadana. En lugar de respetar y hasta ensalzar el hecho de que simples ciudadanos se preocupen *sustancialmente por la vigencia de la Constitución —la virtud republicana por excelencia—*, la Corte les dice en la cara que sus esfuerzos serán en vano porque no utilizaron la frase sacramental adecuada o no supieron anticiparse a las triquiñuelas del lenguaje. No es cierto que la Corte sea rigurosa en la defensa de su competencia, porque la abre o la cierra a su gusto, y ello ha provocado el colapso del control constitucional en nuestro país.

A la república le urge tener una Corte republicana. Mientras tanto, debemos repudiar públicamente el camanduleo como forma de interpretación y decirles con claridad a los ciudadanos que no descansen: la vigencia de la Constitución es un bien colectivo que nos pertenece a todos y no debemos permitir que quede en manos de burócratas. ■



R. Gargarella, Dublin, Irlanda (2026)

Con los DNU no hay caso

por Sebastián Guidi

Cinco reflexiones sobre lo que la Corte hizo, no hizo y dejó hacer

3 de octubre de 2026

El martes, la Corte Suprema rechazó la demanda de los veteranos de Malvinas que buscaban mantener vigente la Ley de Tierras. Aclaró expresamente que no se pronunciaba sobre la constitucionalidad de su derogación, sino sobre una cuestión procesal: quienes demandaron no podían demandar. El resultado es que ya no rige el límite a la compra de tierras rurales por extranjeros.

El episodio cifra buena parte de nuestros problemas institucionales. Las reglas que nos hemos dado para controlar al poder se nos desbordan frente a la persistencia de su abuso por parte de los presidentes argentinos y la pasividad del Congreso que debería controlarlo. La razón formal que dio la Corte para rechazar la demanda es consistente con su jurisprudencia, pero tal vez no capture las necesidades de este tiempo. Intentaré brindar cinco reflexiones breves acerca de la relación entre este fallo y el ejercicio del poder en la Argentina.

1. Al César lo que es del César. La Corte no derogó la Ley de Tierras. Javier Milei derogó la Ley de Tierras, de un plumazo, en un DNU ómnibus, junto con tantas otras leyes que habían sido sancionadas por amplias mayorías de varios Congresos. La opinión pública, abrumada por un decreto kilométrico, no reaccionó en ese momento como lo haría cuando el asunto ganó visibilidad. La Cámara de Diputados se negó a tratar el DNU y lo dejó vigente, al menos hasta ahora. El Senado sí lo rechazó, pero es gracias al mismo Senado que eso no alcanza: la Ley 26.122, de 2006, exige que ambas Cámaras rechacen un DNU para que éste caiga. Los que presentan proyectos para reformar esta ley siendo oposición los olvidan siendo oficialismo.

2. Quién custodia a los custodios. La Corte no supo, no pudo o no quiso poner un límite a esta práctica consolidada. El tribunal mantiene en esta materia una ambigüedad desesperante: desde el fallo *Verrocchi* de 1999, hasta hace poco en *Cencosud*, ha sido categórica al invalidar DNUs de presidentes en pantuflas. La lección es que a un presidente en ejercicio no se lo molesta mientras está ocupado gobernando por DNU. Milei tomó nota: no firmó solamente el DNU 70 (el más extenso de la historia, por lejos), sino que firmó casi un DNU por semana. Tomó deuda por DNU. Permitió el ingreso de tropas por DNU. Puso en venta la ciudadanía argentina por DNU (el 366/25, que la Cámara Electoral ya declaró nulo y que también la Corte tiene a resolver). Todo abiertamente inconstitucional. Y aquí no ha pasado nada.

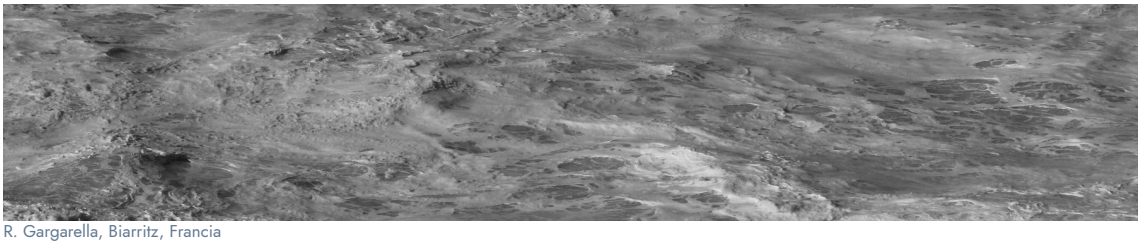
3. Mientras el lobo no está. Desde la Corte Suprema se escuchan voces que afirman buscar que la política solucione sus problemas por sí sola. Suena razonable hasta que se ve cómo ha funcionado. Los juegos, si es que la política es uno, tienen reglas, y si los jugadores las incumplen ya no están jugando. Que la política resuelva sus conflictos sola cuando un sector está abusando de su poder equivale a pedirle a un equipo que haga goles cuando los rivales se robaron la pelota. Si la intervención de la Corte ha de tener algún sentido es precisamente el de asegurar que las reglas de la política se respeten. Recién cuando ello ocurre es que se justifica la deferencia hacia sus resultados. Pensemos, si no, lo que ocurrió en este caso: con el fallo, quedó vigente una derogación que había sido rechazada por el Senado dos veces (al repudiar el DNU 70, y al negarse a siquiera morigerar la Ley de Tierras). Pa-

radójico: al dejar jugar a la política, se mantuvo vigente lo que la política había rechazado.

4. Cancha inclinada. La Corte rechazó la demanda afirmando que los ex combatientes carecían de legitimación procesal (es decir, de conexión concreta con el asunto). En esto, no innovó, sino que mantuvo una línea jurisprudencial histórica (aunque con notables excepciones, como la que permitió a una agrupación católica impedir la venta de la "pastilla del día después" o a una asociación de abogados cuestionar la conformación del Consejo de la Magistratura). A esta limitación se le atribuye una virtud democrática: al exigir una afectación concreta, dice la doctrina tradicional, se impide trasladar cualquier disputa política a la Justicia.

Sin embargo, a pesar de esta apariencia aséptica, conviene recordar que en la época actual esta doctrina tradicional sobre legitimación procesal termina por inclinar la cancha en favor de gobiernos desreguladores. Es sencillo de entender. Cuando el Estado regula una actividad, los costos caen sobre personas específicas que podrán cuestionarlos judicialmente. En cambio, cuando se desregula, se distribuyen a toda la población, sin que nadie pueda tener una afectación lo suficientemente directa para quejarse. La Ley de Tierras es el ejemplo perfecto: bajo la ortodoxia actual, alguien a quien la ley impida vender su tierra a extranjeros sin dudas podría recurrir a un juez. La ley se vuelve cuestionable, su derogación no. Lo mismo pasa con los impuestos. Si a alguien le suben los impuestos, podrá reclamar, ¿pero quién podrá quejarse de que a otro no le cobren, aunque sea, por ejemplo, con una expansión por decreto de un blanqueo a parientes de funcionarios? Por supuesto, la baja de la recaudación afectará a todo el resto, y particularmente a los sectores más vulnerables, pero a ellos la Corte los mandará con sus planteos al Congreso, donde también les cuesta entrar. A quienes se les cobre un impuesto a las grandes fortunas, en cambio, se los escuchará con atención, a pesar de que son también quienes tienen mayor acceso al Congreso. *Mateo 25:29*: al que tiene se le dará, y tendrá más; pero al que no tiene, aun lo poco que tiene se le quitará.

5. Un gran poder conlleva una gran responsabilidad. La Corte Suprema tradicionalmente ha buscado ampliar su ámbito de discrecionalidad, y el Congreso la ha ayudado en esa tarea. Desde hace mucho, la Corte elige qué causas falla (si quiere, puede simplemente negarse a expedirse sobre cualquier tema) y cuándo lo hace (no tiene plazos ni agenda). Lo que no puede es evitar las consecuencias: con semejante poder, la Corte eligió fallar esta causa y fallarla ahora, semanas después de que la derogación de la Ley de Tierras fracasara en el Senado pero antes de expedirse sobre el fondo del DNU 70. Habrá tenido sus motivos. Lo que acaso permanezca como enseñanza es que limitar la discrecionalidad de la Corte, paradójicamente, pueda legitimarla: removería las sospechas recurrentes, aunque no siempre justificadas, sobre por qué elige fallar en tal o cual momento y concentraría la atención sobre el contenido de sus decisiones. Tal vez sea hora de hacerlo. ■



R. Gargarella, Biarritz, Francia



El adiós a un gran jurista

por Martín Farrell

Una despedida al último juez de la Corte de la recuperación democrática.

4 de octubre de 2026

Augusto César Belluscio cursó una extraña carrera de Derecho: se recibió primero de procurador y luego reinició la carrera para graduarse de abogado, lo cual lo obligó a cursar dos veces la totalidad de las materias de derecho civil. En lugar de interpretar esa necesidad como un obstáculo Belluscio lo consideró un beneficio académico, pues siempre sostuvo que esa repetición que se le impusiera influyó decisivamente en su formación jurídica. Recordaba con precisión los nombres de todos los profesores de derecho civil, pero no podía mencionar los nombres de quienes le enseñaron derecho constitucional, por ejemplo.

Su especialidad fue el derecho de familia, disciplina en la que su manual fue un clásico, tal como en un espacio mayor lo fue su Código Civil Comentado. En el ámbito de la justicia fue juez federal y miembro de la Cámara Civil. Yo fui secretario de su juzgado y puedo considerar esa época como un período de vacaciones pagas, ya que Belluscio se hacía cargo de todo el trabajo. Él dividía a las personas en dos grupos excluyentes: las que quería y las que odiaba, y yo –afortunadamente - integraba el primer grupo. Era un juez incansable, erudito y eficiente.

Pero cuando alguien llega a la Corte Suprema todo el juicio acerca de su carrera pasa a depender de su actuación en ese tribunal, y este caso no es una excepción. Belluscio integró la primera Corte Suprema del retorno de la democracia, la Corte de la primavera liberal, la Corte de Alfonsín. Y no desentonó en ella porque sus simpatías eran liberales, como cabía esperar de un simpatizante del radicalismo, y como muestra, por ejemplo, el voto en el caso *Bazterrica*. Su asombrosa erudición jurídica, por otra parte, garantizaba su calidad como juez de la Corte.

Pero no fue un liberal consistente, y quiero mostrarlo con tres ejemplos. En *Comunidad Homosexual Argentina* su profundo conocimiento, y evidente predilección, por el derecho civil lo llevó a descartar la obvia implicancia constitucional del caso para el derecho de asociación, y en *Peralta* fue su profundo conocimiento del derecho procesal el que lo condujo a ignorar el impacto del caso en el derecho de propiedad. Finalmente en *Sejean* prefirió que fuera el Parlamento el que resolviera el tema del divorcio, olvidando que el fallo de la Corte era – precisamente- lo que iba a provocar la actuación del Congreso.

Todo esto no implica que no fuera un miembro caracterizado de una Corte Suprema liberal, la corte de los cinco que recordamos con nostalgia, especialmente cuando la comparamos con la Corte conservadora de los nueve que nos proveyó más tarde Carlos Menem: el balance de la carrera académica y judicial es amplia y definitivamente favorable a Augusto Belluscio. Lo despido con cariño personal y respeto intelectual. ■

No hay coloquio sin espaguetis

por Laura Clérico

Una conmemoración situada de la vida y obra de Alexy.

6 de octubre de 2026

Muy probablemente, Alexy implica para muchas personas, una extensa obra bibliográfica estructurada por tres líneas de investigación representadas por sus tres libros básicos. En orden de aparición: La *teoría de la argumentación jurídica* que sostiene la tesis del derecho como un caso especial del discurso práctico general. La t*eoría de los derechos fundamentales* que reconstruye la estructura de los derechos y sus modos de adjudicación de acuerdo con la estructura de la norma como regla o como principio; y además sostiene que todos los derechos pueden tener la estructura de derechos de no-intervención, de prestación y de organización y procedimiento. El *concepto y validez del derecho* que discute varias líneas del positivismo y del no-positivismo; y se inclina por esta última a la luz de la tesis de la pretensión de corrección que elevaría el derecho. Todo lo demás, son desarrollos de estas líneas de investigación. Sus artículos y libros son muchos. Fácil perderse en esas lecturas. El autor creó un atajo articulador de su obra en el texto corto *Mi filosofía del derecho* y en *La construcción de los derechos fundamentales*.

Pero a mi se me hace raro conmemorar su vida y obra limitándolas a sus producciones bibliográficas. Por lo demás, seguramente ya hay varios artículos que en estos momentos lo están haciendo y, por supuesto, mucho mejor de lo que podría hacerlo yo. Por eso, aquí van algunas instantáneas sobre Alexy en Kiel durante 1994-2000. Quienes por ese tiempo estudiaban o estaban realizando una investigación bajo la supervisión de Alexy en la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel, muy probablemente conocen éstas y otras instantáneas.

La primera. El paisaje. Llueve. Sigue lloviendo. Cuándo dejará de llover. Viento. Mucho viento. Un continuo cielo gris apizarrado. Fiordos. Puerto de aguas profundas. Una ciudad en la pampa de *Schleswig Holstein*. Kiel. Alguna vez escuché decir a Alexy que las cosas más interesantes pasaban en el *Juristisches Seminar* (Facultad de Derecho). La frase ganaba sentido a la luz del clima de Kiel.

La segunda. Alexy era profesor de dedicación exclusiva de teoría y filosofía del derecho y derecho público. Cada semestre tenía que dar ocho horas semanales de clases en el formato de tres clases magistrales (*Vorlesungen*) y un seminario. Por lo general, en el primer semestre daba Teoría del Derecho, Derecho Constitucional I (organización del poder), Lógica y un Seminario en el que se discutía un libro a partir de las ponencias que realizaban las y los estudiantes sobre cada uno de los capítulos. En el segundo semestre, Derecho Constitucional II (derechos fundamentales) que equivalía a cuatro horas semanales, Ejercicios para la resolución de casos de derecho público, Metodología del Derecho y un seminario. La pregunta que suele rodar por los pasillos, es si una/a profesor/a es más de clase magistral o de seminario. Y qué en el caso de Alexy? Su vocación por las clases magistrales saltaba a la vista tanto en el empeño que ponía en la claridad de la estructura argumentativa como en la modulación de los tonos de su voz para sostener la atención del estudiantado. Y parecía que tenía eco en su público. En la *Vorlesung* no se toma lista, la presencialidad no es obligatoria. Se queda quien quiere. Alexy siempre daba clase con aula repleta. Especialmente, fue impresionante ver el *Audimax* de la Universidad de Kiel en el que da-

ba Derechos Fundamentales durante cuatro horas.[1] Era una de sus grandes *hits*. Alguna vez algunas/os estudiantes de grado me dijeron que la solían escuchar más de una vez. Por lo demás, en los seminarios, Alexy escuchaba con atención la ponencia y luego hacía preguntas y comentarios. Y si bien se abría la discusión a las personas participantes, siempre me quedó la duda si sus preguntas y comentarios no terminaban "copando" todas las intervenciones posteriores. En suma (*Kurz um*, frase con la que le gustaba empezar para cerrar alguna parte de sus intervenciones), me parece que tenía fuerte vocación por la clase magistral.

Tercera. Comienzo por el final de la segunda. En cualquiera de todas de sus clases hacía uso detallado de los varios pizarrones que existían en las aulas de Kiel. Estructuraba los contenidos con números romanos en combinación con arábigos, por ejemplo: *Römisch* I, *Arabisch* 3. No solo los escribía sino que los decía en voz alta. Hacía una entonación teatral porque sabía que de esa forma le robaba una sonrisa al estudiantado. Y lo del pizarrón le encantaba por eso y otras razones más. Una vez nos contó que, en los ochenta durante una de sus clases en una Academia de Ciencias para un público selecto, una de las personas invitadas, un artista plástico de renombre internacional, en forma espontánea empezó a escribir en ese mismo pizarrón. No importa el nombre del artista, es conocido por sus obras en las que usa pizarras escritas con fórmulas.

Cuarta. Hege Stück, una de las asistentes de la cátedra de Alexy, realizó una estancia de investigación en Alicante en 1992 o 1993. Volvió llena de ideas. Entre otras, la de organizar un coloquio permanente de investigación. Y así nació el conocido coloquio de doctorandas/os de Alexy. Los coloquios eran mensuales, creo que los martes, seguro a las 18:00 hs. Solo podían asistir doctorandos/as y doctores que estaban haciendo la habilitación, bajo su supervisión, e investigadoras/es formadas/os visitantes. Cada encuentro implicaba la discusión de una ponencia sobre los avances de alguna tesis de doctorado/habilitación. El coloquio era cerrado. Alexy decía que tenía que servir para discutir duro las presentaciones y que eso no iba a ocurrir si venían oyentes de otras cátedras. En todo caso, el coloquio tenía para Alexy la función de supervisión de los trabajos a través de sus comentarios y los de las/os pares (siempre comentarios muy agudos para ver si la tesis que se sostenía resistía el escrutinio de preguntas realizadas con microscopio). De vez en cuando había sesiones especiales convocadas para discutir la ponencia de algún/a investigador/a invitado que venía de otro país a hacer una estancia corta en Kiel. Pero el coloquio no terminaba a las 19:45, horario en el que teníamos que dejar el aula. Seguía en la casa de Alexy. Invitaba a todas y todos a su casa después del coloquio. El menú era fijo. Surgió en ocasión de la visita de Massimo La Torre: espaguetis con salsa boloñesa o filetto (y mucho queso rallado para quien quisiera). Todo el mundo participaba cortando cebollas, abriendo latas de tomates, haciendo la salsa o cuidando que los fideos no se pasaran del punto de *al dente*. Bebidas: vino por lo general tinto o agua. El menú no incluía postre. Se usaban dos mesas. La ovalada del comedor y la redonda de la cocina. Alexy se sentaba en la ovalada. Era el dueño no solo de la casa sino de la conversación. Solía contar historias de su vida de estudiante en Göttingen o de las charlas que daba en el exterior. Y tenía miles. Con el tiempo, era obvio que se repetían. Pero como parte del público se renovaba ...

En suma, las instantáneas continúan. Sin embargo, con éstas alcanzan para ilustrar que el legado de Alexy está también en las prácticas que supo generar. No hay investigación si a su vez no hay una comunidad de discusión y de investigación. Y la comunidad no se lograba solo en el coloquio, en el seminario o en la clase sino comiendo espaguetis en su casa y almorzando en grupo en la *Mensa*.

[1] Con una pausa de 15 minutos que a partir de 1995 le era fundamental porque le alcanzaba para ir y volver en bicicleta para dar los medicamentos a su mujer que muy joven había quedado convaleciente.

...

A partir de 1995 su vida estuvo atravesada por una fuerte tristeza. Su mujer, Edith, quedó con movilidad reducida, convaleciente como consecuencia de una mala praxis durante una operación. Desde entonces Alexy se dedicó *full time* no solo a la docencia sino al cuidado de su mujer, su hijo Georg y su hija Julia. Su mujer murió luego de varios años. Luego, Julia vivió en coma como fruto de un episodio diabético, murió hace unos años. Esto lo partió.

...

5 de septiembre de 2026, a cuatro días de haber podido cumplir 81 años, muere Alexy. En su casa.

16 de septiembre de 2026. Entierro en Kiel.[2]

Están presentes su familia, la comunidad de quienes realizaron maestrías, doctorados, estancias de investigación y habilitaciones bajo su dirección y hay estudiantes. Todos tiran tierra sobre el cajón. Una escena conmueve profundamente. Una estudiante arroja su ejemplar de la *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

Lo que resta, es silencio. ■



R. Gargarella, Barcelona, España (2026)

[2]Agradezco a Jorge Alejander Portocarrero y a Jan Sieckmann por haberme relatado esta instantánea. No pude estar en el entierro, estaba dando clases en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

La libertad retrocede

por Emiliano Vitaliani

O los liberales más locos del mundo. Los problemas de libertad de expresión de una de las últimas aventuras legislativas del gobierno de Javier Milei.

6 de octubre de 2026

El gobierno de Javier Milei está cerca de entrar a su cuarto año de gestión, y después de un cierto tiempo podemos ver algunas de las políticas que se mantienen constantes a pesar de los vaivenes políticos. Milei, por ejemplo, se enorgullece de haber conseguido tener superávit fiscal desde el principio, y de no haber escuchado los "cantos de sirena" que le sugerían romperlo. Ya pasado un cierto tiempo, sin embargo, podemos también observar otras constantes mucho más preocupantes. En particular, me interesa señalar la problemática aproximación a la libertad de expresión que caracterizó a este gobierno desde sus inicios.

Hace algunas semanas, Milei aprovechó la centralidad que la cuestión nacional adquirió en los últimos meses y anunció en cadena nacional una serie de medidas vinculadas a Malvinas. Algunos días después, envió al Congreso el proyecto de "Ley de Defensa de la Soberanía Nacional", en donde se plasman muchas de las propuestas del gobierno vinculadas a esta cuestión. El art. 111 del proyecto propone incorporar como art. 225 bis del Código Penal una pena de cinco a doce años de prisión a quien, por cuenta o financiamiento extranjero, procure alterar procesos electorales, manipular la opinión pública mediante campañas de desinformación o promueva o financie actos de violencia o sabotaje contra el Estado argentino o sus habitantes.

El proyecto es, a todas luces, preocupante desde el punto de vista de la libertad de expresión. No quiero extenderme demasiado sobre su análisis, pero es posible destacar algunos aspectos que ponen sus problemas de relieve. En primer lugar, procurar alterar procesos electorales es algo que muchos hacemos en cada una de las campañas. Si creemos que un candidato es claramente mejor que los demás, o que algún otro es inaceptable, procuraremos convencer a quienes podamos de que tengan esto en cuenta a la hora de decidir, así alterando el resultado electoral. Todos aquellos que reciban financiamiento desde el extranjero, es decir gran parte de las organizaciones de la sociedad civil, y realicen una actividad de este tipo, por lo tanto, podrían caer bajo los supuestos del proyecto del gobierno. Es cierto que tal vez el artículo no sea interpretado de este modo, o que tal vez no haya sido la intención de sus propulsores criminalizar un espectro de acciones tan amplio. Estos problemas, sin embargo, surgen de la propia redacción del proyecto que presentó el gobierno.

En segundo lugar, tanto 'violencia' como 'sabotaje' son términos demasiado vagos, lo que genera que abarque discursos que generalmente consideramos constitucionalmente protegidos como una crítica a los argentinos o el rechazo del reclamo sobre Malvinas. Si tenemos en cuenta que el reclamo tiene estatus constitucional, una norma que pueda castigar el rechazo de esta cláusula resulta por demás problemática al impedir que discutamos sobre los acuerdos políticos que plasmamos allí. Por supuesto, si estos términos abarcan o no discursos protegidos dependerá de la interpretación que se les dé, pero su vaguedad abre la puerta a interpretaciones expansivas que entren en conflicto con la libertad de expresión.

Es posible observar dos continuidades en el proyecto. La primera de ellas aparece cuando se lo mira a la luz de una serie de proyectos presen-

tados en los años previos al gobierno de Milei. En estos proyectos, al igual que en el de Milei, se proponía castigar ciertos discursos sobre la base de términos tan amplios que inevitablemente abarcaban discursos constitucionalmente protegidos. Entre estos proyectos podemos pensar en el proceso de aprobación de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, así como una serie de proyectos para castigar el 'negacionismo' de la pandemia, de la dictadura y, en un sentido similar al del proyecto de Milei, el 'negacionismo' de la soberanía argentina sobre Malvinas. En estos últimos casos, la continuidad se extiende también al tipo de problemas que abordan estos proyectos, ya que tanto el reclamo de la soberanía argentina sobre Malvinas como la discusión sobre la dictadura y sobre la política sanitaria correcta durante la pandemia son temas eminentemente políticos, por lo que su regulación debería ser incluso más cautelosa.



La segunda continuidad del proyecto del gobierno es no ya con los proyectos de otros gobiernos, sino consigo mismo. Como dije al principio, el tiempo que pasó desde la asunción de Milei nos permite observar algunas continuidades, y el vínculo problemático con la libertad de expresión es una de ellas. Desde sus primeros meses en el gobierno hasta el proyecto de defensa de la soberanía nacional, el gobierno ha tomado una serie de decisiones que resultan alarmantes desde el punto de vista de la libertad de expresión. Por lo tanto, vale la pena repasarlas para ejercitar la mirada de largo alcance.

Al poco tiempo de asumir, el gobierno firmó un decreto reglamentario de la ley de acceso a la información pública que excluye a toda aquella información que el propio gobierno considere privada del conjunto de la información que el gobierno debe entregar. Al hacerlo, el gobierno contradijo los principios que guían el acceso a la información pública según el derecho argentino, al reemplazar el criterio legal sobre qué vuelve pública a la información. Aunque la ley estableció un criterio subjetivo que le daba carácter público a la información por estar en manos del estado, el decreto reglamentario excluye a la información privada, corriendo la preocupación hacia el contenido de la información. Los problemas del reglamento no surgen sólo del cambio de criterio, sino de que haya sido el Poder Ejecutivo el que lo haya hecho. Así, el gobierno se arrogó la posibilidad de decidir en una cuestión que ya había resuelto la ley, habilitando una excepción allí donde la ley no decía nada.

Cuando miramos a la relación del gobierno con la libertad de expresión, uno de sus elementos centrales es su relación con el periodismo. La situación de los periodistas resulta particularmente alarmante. Los problemas que enfrenta el periodismo son múltiples y diversos. Uno de los que más salta a la vista son los ataques que recibe desde el Gobierno, que no ahorró insultos hacia la gran mayoría del periodismo. Otro problema que aparece con frecuencia son las restricciones para el trabajo de los periodistas en la Casa Rosada. Si bien los índices deben ser tomados con pinzas, según Reporteros sin Fronteras Argentina cayó sistemáticamente en su protección a la libertad de prensa desde el año 2024. Al asumir Milei, Argentina ocupaba el puesto 40 de 180 países, mientras que ahora ocupa el puesto 98.

Existe otro aspecto, tal vez más espinoso, en el que el gobierno representa un problema para el periodismo y por lo tanto para el ecosistema expresivo. Uno de los grandes orgullos de este gobierno es haber recortado la pauta oficial. En general, el gobierno lo presenta como uno de los ejemplos de la lucha contra la casta, dado que

la pauta oficial se podía usar para financiar periodistas cercanos al gobierno de turno. Si bien la crítica del gobierno es más que atendible, como con tantas otras críticas atendibles, la alternativa que ofrece el gobierno no parece particularmente atractiva. Al quitar una fuente relevante de financiamiento a los medios de comunicación, el gobierno afectó el modelo de negocios de los medios tradicionales en un contexto en el que la viabilidad económica del periodismo ya estaba en jaque. Si consideramos que el periodismo profesional tiene un rol valioso para la democracia por ser una fuente confiable de información y control de la política, incluso cuando (probablemente para bien) haya perdido parte de la centralidad del pasado, la quita de la pauta oficial afecta esta actividad.

Sobre esta cuestión, vale la pena hacer dos aclaraciones. En primer lugar, si bien existen otras fuentes de financiamiento estatal como la pauta de YPF o el Banco Nación, lo cierto es que estos mecanismos no llegan a compensar de ninguna forma el recorte de la pauta oficial. La segunda aclaración, más importante, es que incluso si creemos que el Estado debería contribuir al sustento de los medios de comunicación, hacerlo a través de la pauta oficial ya resultaba un problema. La función de la pauta oficial es contribuir a que la administración pública logre sus objetivos y comunique sus políticas, mientras que las formas de promoción de la sustentabilidad mediática buscan mejorar el ecosistema expresivo. Al tener dos objetivos diferentes, los criterios de distribución deberían ser diferentes, por lo que la pauta oficial es incapaz de alcanzar los dos objetivos simultáneamente siempre que no se dé la curiosa situación en la que los dos criterios llevan a una misma distribución del dinero público. Sin embargo, quitarla sin que exista otro mecanismo de apoyo no solo no soluciona el problema, sino que agrava un problema ya existente.

El gobierno no solo tensionó la libertad de expresión mediante medidas con un efecto sistémico evidente como regulaciones o la quita de la pauta oficial, sino que existieron otros eventos particulares que también debemos tener en cuenta a la hora de pensar en la libertad de expresión durante esta administración. Cabe recordar que en materia de libertad de expresión, los casos individuales pueden traer aparejado un efecto sistémico por el miedo que pueden despertar en los demás. Así, por ejemplo, si alguien recibe una multa por criticar al presidente, esto podría tener un efecto sobre otros que quieran hacer lo mismo pero prefieran no hacerlo por el miedo a ser multados. Si dejamos los efectos mediatos de lado, sin embargo, es posible distinguir entre eventos más o menos acotados.

Uno de los eventos más obviamente problemáticos, aunque tal vez con un menor efecto sistémico, fue la censura previa impuesta sobre una serie de audios que podrían haber involucrado a Karina Milei. Durante el auge del caso de las coimas en la ANDIS y los audios de Spagnuolo, se rumoreó que existían otros audios en los que se la escuchaba a Karina Milei. En ese contexto, Karina Milei solicitó que se prohibiera la difusión, reproducción y publicación de estos audios, alegando que su origen era ilegal por haber sido grabados sin consentimiento dentro de la Casa Rosada. Ante este pedido, el juez Maraniello concedió la medida cautelar argumentando que la medida no constituye censura previa por ser provisoria y excepcional. Lo preocupante del caso no es solo que un miembro del gobierno haya iniciado un proceso cuyo objeto era la censura previa de información sobre una funcionaria política, sino que parte del Poder Judicial haya accedido a este pedido, lo que muestra que el problema de la libertad de expresión excede a este gobierno y abarca a otros actores.

La última de las situaciones que cabe reseñar tal vez sea la más grave de todas, sobre todo si nuestras preocupaciones exceden la libertad de expresión. El 12 de marzo de 2025, el fotógrafo Pablo Grillo fue a cubrir una marcha por un aumento en las jubilaciones. Mientras sacaba fotos, un cartucho de gas lacrimógeno disparado por un gendarme horizontalmente, es decir contra

los protocolos existentes, le generó una fractura de cráneo y un severo daño cerebral. A pesar de la evidencia del problema no solo para la libertad de expresión sino para una serie de derechos fundamentales de que las fuerzas de seguridad disparen contra un periodista violando los protocolos existentes, Gendarmería cerró la investigación interna sin imponer sanciones disciplinarias, y el gobierno afirmó que era necesario proteger a las fuerzas de seguridad. Así como las sanciones individuales tienen un efecto estructural en la expresión, la falta de sanción hacia el gendarme responsable de parte del gobierno también. Lo preocupante, entonces, no es solamente la situación concreta de Pablo Grillo, sino que la reacción del gobierno muestra una completa despreocupación por los problemas que esa situación significa tanto para la libertad de expresión como para otros derechos.

Algunas de las situaciones reseñadas requieren ciertas aclaraciones que traen cierta esperanza. En primer lugar, incluso después de haber recibido un fallo favorable, Karina Milei desistió de la acción, aunque insistió en que no existía un problema de libertad de expresión. Respecto a Pablo Grillo, el gendarme que le disparó fue elevado a juicio. Por otro lado, el proyecto de Ley de Defensa de la Soberanía Nacional todavía no fue aprobado y siempre es posible que sus aspectos problemáticos naufraguen en el proceso legislativo, al igual que lo hicieron sus antecesores en los últimos años. Nuestro sistema institucional, entonces, parece tener algunos anticuerpos para lidiar con los muchos desafíos a la libertad de expresión.

Resulta llamativo (no) que la situación reseñada venga de un gobierno que se dice a sí mismo liberal. Probablemente la única de las acciones reseñadas compatible con alguna versión del liberalismo sea quita de financiamiento público para los medios de comunicación. Más allá de esto, para bien o para mal, el liberalismo se ha caracterizado desde hace ya mucho tiempo por una especial preocupación por la libertad de expresión, generalmente quedando del lado más protectivo de este derecho frente a otros que puedan entrar en conflicto. También para bien o para mal, otra de las preocupaciones centrales de la tradición liberal es la restricción al poder estatal. Un liberal, entonces, debería ser especialmente sensible al problema de los ataques del poder político hacia quienes lo critican y debería permitir amplias formas de control ciudadano. La política del gobierno, sin embargo, va en el sentido contrario.

Al contrario de la tradición que dice defender, entonces, desde su llegada al poder el gobierno restringió el acceso a la información pública, atacó al periodismo de múltiples formas y promovió la censura previa sobre cuestiones políticas. Si bien es difícil conocer con alguna precisión cuál es el efecto de cada uno de los eventos reseñados, este repaso nos habla de un gobierno para el que la libertad de expresión no solo no es una prioridad, sino que muchas veces aparece como un límite contra el que se debe luchar con herramientas reglamentarias, judiciales y discursivas. Si esto es así, la continuidad en la política del gobierno ofrece razones para preocuparse. ■



R. Gargarella, Panamá (2026)

Robert Alexy como influencer

por Gustavo Arballo

Un jurista alemán de prosa oscura hizo viral la ponderación en América Latina y dejó su marca visible

6 de octubre de 2026

Este no es un post sobre Robert Alexy, o no principalmente, aunque conviene empezar por él: nació en Oldenburg en 1945, estudió Derecho y Filosofía en Göttingen, fue catedrático en Kiel durante casi toda su carrera, un profesor alemán de derecho público y filosofía del derecho, de los que parecen diseñados para producir libros de letra pequeña, clasificaciones prolijas y problemas bien delimitados, y sin embargo, o justamente por eso, terminó siendo una de las presencias más expansivas de la teoría jurídica contemporánea, especialmente en el mundo de habla hispana y portuguesa, donde su nombre llegó a funcionar, más allá de la lectura efectiva de su obra, como una contraseña para hablar de derechos, principios, proporcionalidad, razonabilidad, argumentación y control judicial.

La posteridad seguramente recordará a Alexy por dos grandes construcciones: una TAJ (**teoría de la argumentación jurídica**) que intentaba mostrar que las decisiones jurídicas pueden y deben justificarse racionalmente, y una **teoría de los derechos fundamentales** que distinguió entre reglas y principios, entendió a estos últimos como mandatos de optimización y ofreció al principio de proporcionalidad —idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto— como una gramática para pensar las restricciones de derechos. Ver aquí, sobre esta última, los estudios introductorios de Manuel Atienza y de Carlos Bernal.

Es una obra inmensa, de una ambición muy poco modesta, que quiso poner orden allí donde los jueces suelen hablar en términos que parecen ordenados pero no siempre lo están: interés público, dignidad, igualdad, libertad, seguridad, necesidad, razonabilidad, derechos en tensión.

Y es cierto que su teoría merece muchos caveats y críticas, varias muy buenas, que no vamos a hacer aquí: la sospecha de que la ponderación puede trivializarse hasta convertirse en una palabra elegante para designar una intuición judicial; la objeción de que la fórmula del peso se juega con dados cargados ex ante; que exhibe una precisión que las premisas valorativas y empíricas no siempre pueden sostener; el riesgo de que el vocabulario de los principios vuelva demasiado disponible lo que una teoría de las reglas, las competencias, los procedimientos y los precedentes debería mantener más firmemente atado.

Hubo intentos serios de formalizar los mecanismos de la ponderación, de precisar sus variables, sus cargas argumentativas y sus resultados, esfuerzos a veces admirables y a veces atravesados por cierta ingenuidad matematizante, por la esperanza de que el abismo de la decisión pudiera expresarse en una "fórmula", de lograr la cuadratura del círculo de la decisión judicial.

Y había además en Alexy una idea menos escolar que la distinción entre reglas y principios, y acaso más reveladora de su ambición: el derecho, incluso cuando produce decisiones injustas o discutibles, habla como si aspirara a ser correcto. Una sentencia no dice simplemente "esto es lo que decidimos porque podemos decidirlo", sino que ofrece razones, invoca normas, organiza hechos y pretende que el destinatario reconozca en ella algo más que la voluntad del funcionario. Alexy llamó a eso la **pretensión de corrección**, y desde allí quiso explicar por qué el derecho no puede pensarse del todo separado de la moral sin perder algo de su propio sentido. También esta tesis recibió críticas (de allí su po-

lémica con "nuestro" Eugenio Bulygin) que son serias y previsibles: que confunde una convención retórica con una necesidad conceptual, que vuelve demasiado generosa la relación entre legalidad y justicia, que invita a los jueces a ocupar un lugar moralmente más alto del que les corresponde. Pero es fácil entender su seducción profesional: quien trabaja con el derecho sabe que la decisión desnuda de razones no sólo es mala, sino que parece, de algún modo, incompleta.



R. Gargarella (2019)

Como explica Paula Gaido, la pretensión de corrección no designa, en Alexy, la tranquilizadora idea de que las decisiones jurídicas sean correctas, sino el compromiso que asume quien participa en la práctica y pregunta qué está jurídicamente debido. El observador puede describir cómo se deciden de hecho los casos y formula, en ese plano, pretensiones de verdad; el juez, el legislador, el abogado o el ciudadano que argumentan sobre lo ordenado, lo prohibido o lo permitido pretenden, en cambio, una respuesta correcta. Esa diferencia es la que permite a Alexy decir que el derecho no se deja reducir al poder desnudo: el "deber" jurídico no es simplemente el "querer" de quien manda.

Pero éste no es un post sobre Robert Alexy porque lo verdaderamente interesante no está sólo en lo que escribió, sino en lo que ocurrió con él. Su teoría, que podía parecer al comienzo el producto casi tecnocrático de una filosofía del derecho alemana muy consciente de sus casilleros, fue un viento fuerte sobre buena parte del castillo de naipes kelseniano: desplazó la imagen de un derecho compuesto ante todo por normas de aplicación binaria, hizo visibles los conflictos entre razones constitucionales, volvió mucho más difícil pensar los derechos como simples límites externos y presentó la decisión judicial como una práctica que debe hacerse cargo de elecciones, intensidades, costos y justificaciones. No resolvió esos problemas, claro, pero les dio un idioma.

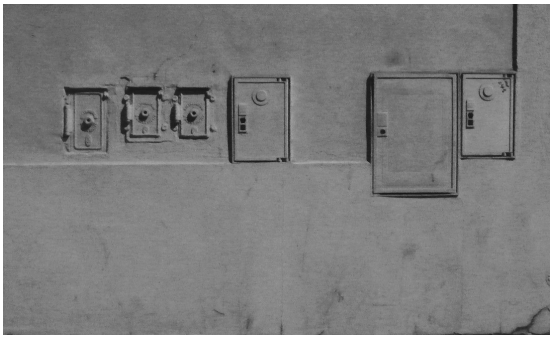
Ese idioma viajó de manera extraordinaria. Viajó en la traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés de "Teoría de los Derechos Fundamentales" de 1993, en los cursos de teoría de la argumentación, en los seminarios de derecho constitucional, en los libros que explicaron y discutieron la proporcionalidad para públicos jurídicos mucho más amplios que el de los especialistas, en las sentencias que adoptaron el test con convicción, con simplificación o apenas con un gesto ritual. Alguien habló de que Alexy construyó en su obra una "lingua franca" del derecho, y hay solo algo de hipérbole en esa exageración.

Carlos Bernal Pulido hizo en su tesis (y luego libro) sobre "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales" una minuciosa reconstrucción que canonizó la ponderación y la hizo casi un "ius cogens" del aparato hermenéutico iberoamericano. Laura Clérico tomó otra salida en la rotonda, (ver su "Derechos y Proporcionalidad") buscando con la ponderación mostrar que no se trataba solo de hacer de umpire de excesos estatales, sino también como un mecanismo de pensar insuficiencias, omisiones, grupos desaventajados y resultados que debían estabilizarse como reglas para casos futuros. Miguel Carbonell, Juan Cianciardo, Luis Prieto Sanchís, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, entre muchos otros, ayudaron a convertir ese repertorio en conversación ordinaria del derecho público iberoamericano; en Brasil, Virgílio Afonso da Silva no sólo tradujo la *Teoria dos Direitos Fundamentais*, sino que contribuyó a volverla una pieza central de la discusión constitucional.

Mientras las academias discutían burbujas, objeciones, réplicas y contraejemplos, Alexy penetró en la profesión jurídica en un estrato mucho más terrenal. Usaremos sin su permiso una palabra alemana: captó un *zeitgeist*. En América Latina terminó siendo viral. En mi percepción, Alexy fue eclipsando del centro de la escena de citas y referencias a Hart y a Kelsen, demasiado abstractos o demasiado distantes de la escena concreta de los derechos, y dejó a Dworkin, acaso demasiado ligado a juegos estadounidenses que no siempre se reconocían como propios, en un segundo plano. Un abogado que necesita explicar por qué una restricción estatal es excesiva, un juez que debe justificar por qué una medida es necesaria, un litigante que quiere dar forma jurídica a una intuición de injusticia, encuentran en Alexy algo utilizable: no una respuesta, pero sí una escalera para bajar a un terreno disputado.

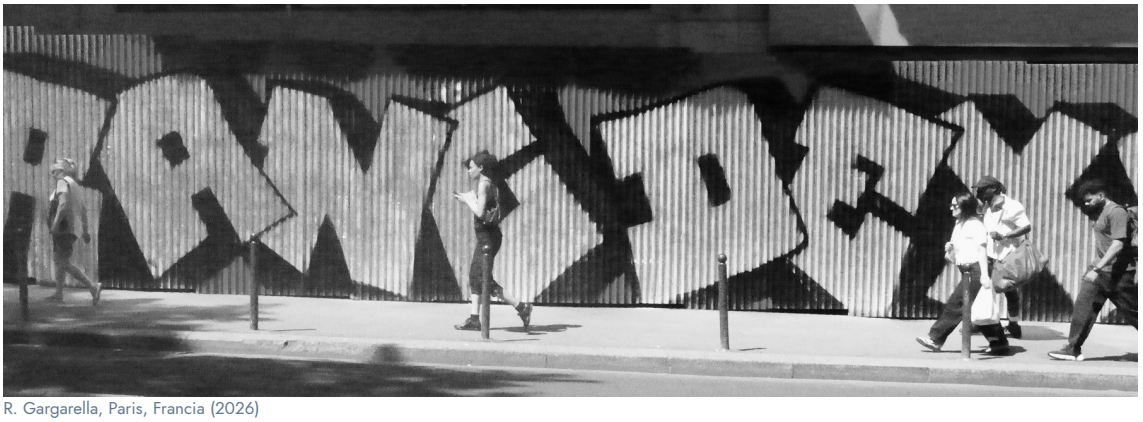
As{i, ,detrás de las osadas fórmulas del peso -fue dicho: no será este el lugar ni el momento para pasarles el luminol de críticas posibles- había, después de todo, un intento de asomarse desde la torre de marfil al barro de las decisiones, de los decisores, y de los problemas.

Los abogados y jueces de trinchera comprenden muy bien la existencia de ese campo minado, y seguirán hablando en prosa alexyana sin saberlo; incluso podrán citar a Alexy, tal vez en vano, tal vez por esa pátina de respetabilidad que tienen las fórmulas cuando entran a un escrito judicial, pero también porque hay algo allí que vale la pena rescatar, honrar y valorar: la idea de que decidir sobre derechos consiste hacerse responsable de una justificación.



R. Gargarella (2019)

Quizá éste no sea el mejor obituario sobre Robert Alexy, perdón por eso. Pero más allá de un gran teórico, fue un influencer del derecho: alguien que consiguió alterar el vocabulario, los reflejos y hasta la imaginación práctica de generaciones enteras de juristas que no siempre leyeron todo lo que escribió, que a menudo lo entendieron de maneras discutibles, pero que ya no pudieron pensar del mismo modo después de haber aprendido a decir “ponderación”. ■



R. Gargarella, Paris, Francia (2026)

Un Banco Central independiente. ¿Y democrático?

por Federico Orlando

Todo depende, de según como se mire.

9 de octubre de 2026

Vivimos en un país que sufre —¿o goza?— de cierta ciclotimia: cada tanto volvemos a conversar sobre algún punto más o menos central de nuestra vida democrática casi como si estuviésemos en el punto cero de la discusión. Este rasgo, extendido en nuestras tierras desde hace décadas, no es necesariamente problemático —aunque cansador, desde luego—. Uno de esos temas recurrentes es, naturalmente, el problema de la independencia del Banco Central.

Una breve digresión. Es interesante advertir que este argumento —y su contrario— suele desplazarse con bastante independencia de la teoría que supuestamente lo sustenta y mucha mayor sensibilidad al lugar que ocupa quien lo enuncia. Cuando se es oficialismo, existen incentivos para cuestionar la independencia del Banco Central; cuando se es oposición, para defenderla. El problema es que, cuando esas posiciones se invierten —como ocurre periódicamente por razones electorales—, también suelen invertirse, casi sin solución de continuidad, las "convicciones institucionales": quien ayer cuestionaba la independencia pasa a reivindicarla y quien la defendía comienza a descubrir sus inconvenientes. La teoría permanece; quienes la invocan cambian de lugar y, curiosamente, también de teoría. Hay, sin embargo, algo llamativo en la discusión actual: esa conocida pendularidad parecería haberse interrumpido. Esta vez es el propio oficialismo el que impulsa una mayor independencia del Banco Central.

Pero empecemos por algo *básico*: ¿qué es y qué hace el BCRA? Para responder de modo sencillo, digamos que el Banco Central es la institución encargada de la moneda y de conducir la política monetaria del país; esto es, de tomar decisiones que influyen sobre el dinero, el crédito y su costo en la economía. Para eso puede, por ejemplo, intervenir sobre las tasas de interés o regular distintas condiciones bajo las cuales operan los bancos. Esas decisiones tienen efectos sobre cuestiones muy concretas, como la inflación, el crédito, la actividad económica o el empleo.

Así las cosas, suele afirmarse —o bien negarse de manera igualmente categórica-que "el Banco Central debe ser independiente". Y acá vale la pena detenerme para hacer una aclaración terminológica —evitemos, siempre y en lo posible, las meras disputas verbales-: aunque muchas veces se utilizan como sinónimos, en lo que sigue hablaré de *independencia* para referirme a la posición del Banco Central frente a otros poderes —en particular, frente al Gobierno— y de *autonomía* para describir el margen de decisión que posee dentro de las competencias que le fueron asignadas. Dicho más sencillo: la independencia nos obliga a preguntar de quién está separado el Banco Central; la autonomía, qué puede decidir por sí mismo.

Volviendo al punto de que "el BCRA debe ser independiente", el problema, claro, es que, formulada así, la frase no termina de captar la complejidad del problema que pretende abordar. Cuando decimos que el Banco Central debe ser independiente, ¿qué estamos diciendo exactamente? ¿Que el Presidente no debería poder remover a su titular porque discrepa con sus decisiones? ¿Que el Gobierno no debería poder ordenarle que emita dinero para financiar sus gas-

tos? ¿Que el Congreso tampoco debería poder establecer por ley cuáles son los objetivos que debe perseguir? ¿O que esos objetivos pueden ser definidos políticamente —por ejemplo, priorizar la estabilidad de precios—pero que, una vez fijados, debe ser el Banco Central el que decida con autonomía qué hacer con las tasas de interés, la cantidad de dinero o los encajes bancarios para alcanzarlos?

Supongamos que un gobierno considera que bajar la inflación debe ser la prioridad central de la política monetaria. ¿Independencia significa que ni siquiera puede fijar esa prioridad? ¿O significa que puede fijarla, pero no llamar al presidente del Banco Central para ordenarle qué tasa establecer, cuánto dinero debe circular o qué encajes imponer a los bancos? ¿Y quién debería decidir si mañana, frente a una recesión, el empleo debe pesar más en las prioridades del Banco que aquéllas metas inflacionarias: sus técnicos, el Presidente o el Congreso?

Como se puede ver, son problemas bastante diferentes y, sin embargo, solemos encerrarlos a todos dentro de una misma palabra: "independencia". La consecuencia es que bajo una misma palabra conviven, en realidad, problemas con dimensiones institucionales que vale la pena poder distinguir para terminar de entender mejor el problema al que estamos —cíclicamente— regresando.

Quizás una primera distinción ayude a ordenar la discusión: no es lo mismo el margen de autonomía para decidir qué objetivos debe perseguir un banco central que aquel del que dispone para decidir cómo alcanzar objetivos previamente definidos. La literatura suele distinguir, justamente, con una terminología algo diferente de la que adopté aquí, entre independencia política o de objetivos e independencia operacional o de instrumentos. Una cosa es que el Banco Central pueda decidir por sí mismo cuáles deben ser las prioridades de la política monetaria; y otra, bastante distinta, que una vez establecidos esos objetivos disponga de autonomía técnica para elegir las tasas, regulaciones y demás instrumentos necesarios para cumplirlos.

Volvamos al ejemplo de la inflación: una primera pregunta es quién decide que ese

-bajar la inflación— debe ser el objetivo: ¿el Congreso, el Gobierno o el propio Banco Central?. Esa es una discusión sobre quién tiene autonomía para definir los objetivos.

Otra pregunta diferente es quién decide cómo intentar alcanzarlo: qué hacer con las tasas de interés, cuánto dinero debe circular o qué condiciones imponer a los bancos. Esa es una discusión sobre la autonomía del Banco para elegir los instrumentos. Es perfectamente posible, entonces, que los grandes objetivos de la política monetaria sean definidos políticamente y que, al mismo tiempo, el Banco Central tenga una amplia autonomía para decidir cómo perseguirlos.

Hay, por supuesto, buenas razones vinculadas con el sistema democrático para proteger una autonomía de esta naturaleza. Una de ellas no requiere asumir que vivimos bajo un Ejecutivo omnipotente para advertir que la política monetaria constituye una fuente especialmente relevante de poder. Si quien conduce el Gobierno puede además disponer inmediatamente de sus instrumentos, ese poder queda más concentrado. La autonomía del Banco Central puede funcionar, entonces, como una forma de dispersarlo, en la medida en que limita la posibilidad de utilizar instrumentos monetarios con fines electorales inmediatos y obliga al Gobierno a convivir con una institución que posee tiempos, responsabilidades y criterios propios. Esa es, de hecho, una de las defensas democráticas clásicas del banco central independiente: no como refugio frente a la democracia, sino como contrapeso dentro de ella.

Pero ahí aparece la otra parte del problema. La política monetaria no es simplemente la aplicación neutral de una técnica; de hecho, decisiones sobre tasas de interés, crédito, estabilidad financiera o asistencia frente a una crisis producen consecuencias diferentes sobre deudores y acreedores, empresas y trabajadores, sectores

productivos y financieros. Aún más: la expansión de las funciones de los bancos centrales volvió todavía más difícil sostener que todo aquello puede reducirse a una cuestión de mera *expertise*. Un banco central que solamente tuviera que preservar el valor de la moneda podría parecer relativamente fácil de imaginar como una institución fundamental y principalmente técnica. Pero cuando también debe preocuparse por la estabilidad del sistema financiero, regular el crédito, supervisar bancos o intervenir frente a una crisis para decidir qué entidades asistir y en qué condiciones, las decisiones empiezan a involucrar intereses, costos y prioridades sociales mucho más difíciles de resolver apelando solamente al conocimiento experto. Y si las decisiones tienen consecuencias distributivas y expresan juicios sobre prioridades sociales, su legitimidad democrática no puede descansar exclusivamente en que quienes las adoptan "saben más".

Pensemos que, en definitiva, un economista podrá explicar mejor que nosotros qué efectos puede tener una suba de la tasa de interés. Pero decidir cuánto desempleo, caída de la actividad o encarecimiento del crédito estamos dispuestos a tolerar para reducir la inflación ya no parece una pregunta que pueda responderse solamente con un manual de economía.

Por eso, la combinación entre independencia respecto del Gobierno y autonomía para decidir plantea una pregunta inevitable para las coordenadas de una teoría democrática de la organización administrativa: una autoridad que no está sometida a las instrucciones del Gobierno y dispone de importantes márgenes propios de decisión necesita mecanismos adicionales de legitimación: reglas claras de designación y remoción, mandatos definidos, transparencia, obligación de explicar sus decisiones, rendición de cuentas y controles institucionales. La literatura sobre agencias administrativas independientes insiste precisamente en que independencia y legitimidad no son sustitutos: una autoridad técnicamente autónoma necesita combinar imparcialidad y estabilidad con accountability, deliberación, transparencia y mecanismos de control.



R. Gargarella, Barcelona, España (2026)

Esto no significa que el Congreso deba votar la tasa de interés ni que el Presidente pueda revisar cada decisión del Banco Central: semejante diseño haría desaparecer buena parte de la autonomía que pretendemos proteger. Significa otra cosa. Quien ejerce ese poder debe haber sido designado mediante procedimientos adecuados, permanecer en su cargo sin depender de la voluntad cotidiana del Gobierno, explicar públicamente qué está haciendo y por qué, someter sus decisiones a controles y mantenerse suficientemente aislado no sólo del poder político sino también de aquellos intereses privados sobre los que decide.

La propia Carta Orgánica del BCRA reconoce, aunque de manera quizás todavía incompleta o insuficiente, algo de ese problema. Sus autoridades son propuestas por el Poder Ejecutivo pero requieren acuerdo del Senado y tienen mandatos de seis años; no pueden ser removidas simplemente porque el Gobierno discrepe con sus decisiones; existen incompatibilidades para quienes mantienen vínculos con el sistema financiero; el presidente debe informar anualmente al Congreso y comparecer ante sus comisiones; el Banco debe publicar sus objetivos y explicar los cambios significativos que introduzca en ellos; sus cuentas están sometidas a sindicatura, auditoría externa y al control de la Auditoría General de la Nación. Al mismo tiempo, la Carta permite que el Ministro de Economía participe de las reuniones del Directorio con voz pero

sin voto. Es decir, el diseño vigente intenta combinar independencia frente al Gobierno, autonomía decisoria,

coordinación, información y control, antes que optar entre independencia o subordinación como un juego de suma cero.

El punto que resulta especialmente interesante es, por lo tanto, cómo optimizar esa combinación. Podría pensarse, por ejemplo, en audiencias públicas más exigentes antes del acuerdo del Senado; en reducir o limitar los nombramientos "en comisión", que permiten ejercer el cargo mientras el acuerdo legislativo todavía no existe; en precisar todavía más las causales y el procedimiento de remoción; en exigir comparecencias periódicas —no simplemente una vez al año— ante el Congreso; en publicar, con un plazo razonable, las actas y los votos de las reuniones en las que se adoptan decisiones relevantes de política monetaria; o en obligar al Banco a explicar expresamente por qué se aparta de los objetivos y planes que él mismo publica.

También podría reforzarse el régimen de conflictos de interés: la incompatibilidad actual mira fundamentalmente si el funcionario pertenece al sistema financiero al momento de su designación, pero nada impediría discutir períodos previos y posteriores de incompatibilidad que reduzcan el problema de las llamadas "puertas giratorias". Nada de esto supone que diputados, senadores o ministros sustituyan a los técnicos del Banco en la elección de sus instrumentos. Supone algo más modesto y, a la vez, más democrático: que autonomía para decidir no signifique autonomía respecto de la obligación de explicar, justificar y responder por lo decidido.

Pero incluso eso puede resultar insuficiente: hay una diferencia importante entre escuchar una explicación y tener poder para orientar una decisión. Una institución puede comparecer ante el Congreso, publicar informes y justificar cada una de sus medidas y, aún así, permanecer prácticamente inmune a cualquier orientación proveniente de las autoridades democráticamente electas.

Y creo que ese es, precisamente, uno de los puntos más interesantes del debate contemporáneo sobre bancos centrales: la democracia exige razones públicas y deliberación, pero también obliga a preguntarse quién conserva, en última instancia, capacidad efectiva para orientar la política pública. Pensemos en algo muy concreto: podemos exigir que el presidente del Banco Central comparezca ante el Congreso, publique sus decisiones y explique durante horas por qué subió la tasa de interés. Todo eso mejora la calidad democrática de la decisión, desde luego. Pero al terminar la audiencia sigue quedando una pregunta sin responder: ¿quién decide la tasa al día siguiente? Y esto, por la sencilla razón de que brindar y transparentar razones es muy relevante, pero saber quién conserva la capacidad de decidir, también. Y esto, lamentablemente, no suele estar en la mesa de la conversación. Es cierto, la política tiene

sus tiempos y sus necesidades. Pero quizás sea esta una buena oportunidad para romper cierta inercia e incapacidad en la conversación democrática de nuestra comunidad.

Hay, además, otra pregunta que suele quedar fuera de la discusión: *independiente de quién* no significa —no *puede significar*— solamente independiente del Gobierno-Administración. Una institución puede estar muy bien protegida frente al Presidente y, al mismo tiempo, resultar demasiado permeable a los actores con los que interactúa cotidianamente. O, para decirlo de otro modo: la independencia respecto del poder político no garantiza automáticamente la independencia respecto de otros poderes, entre ellos el económico. Es decir, independizar una institución nos puede brindar pautas respecto de quién intentamos alejarla; pero no nos brinda demasiadas pistas de quién quedará cerca. Y eso también importa. Y mucho. Porque, como ya sabemos, el poder político no es el único capaz de influir sobre las decisiones públicas.

Pensemos nuevamente en un ejemplo sencillo. Podemos diseñar un Banco Central cuyo presidente se vea institucionalmente protegido de

presiones de, pongamos, el Ministro de Economía indicando qué decisión debe tomar. Pero si ese mismo funcionario pasa buena parte de sus días conversando con bancos, fondos de inversión y otros actores financieros —algo que, por cierto, resulta razonable teniendo en cuenta que eso es imprescindible para cumplir su función institucional— aparece una pregunta diferente:

¿cómo nos aseguramos de que independizarlo del Gobierno no signifique simplemente acercarlo a quienes tienen mayor capacidad para hacerse escuchar? Cerrar una puerta a la influencia política no garantiza, por sí solo, que no queden otras abiertas.

De hecho, buena parte de la literatura crítica sobre bancos centrales advierte sobre el riesgo de que una institución diseñada para escapar de interferencias gubernamentales termine mucho más cerca de los intereses financieros que de otros sectores sociales. No hace falta aceptar esa tesis en su versión más fuerte para tomar en serio la advertencia: cuando dispersamos poder, también debemos preguntarnos hacia dónde lo desplazamos. Recordemos: desconcentrar poder no equivale necesariamente a democratizarlo.

Supongamos que, para evitar que el Presidente utilice la política monetaria con fines electorales, le quitamos toda capacidad de incidencia y se la confiamos a un Banco Central fuertemente independiente. El poder presidencial disminuyó y, en ese sentido, el poder estatal se dispersó. Pero si las decisiones del Banco quedan ahora exclusivamente en manos de un pequeño cuerpo de expertos, con escasos controles públicos y cuyos principales interlocutores cotidianos son los actores del sistema financiero, no podemos concluir solamente por aquella dispersión que el resultado sea más democrático. El poder no desapareció, simplemente cambió de lugar.

Democratizar esa dispersión exigiría, entonces, evitar que el poder desplazado pueda volver a concentrarse en otro lugar: distribuirlo entre instituciones y actores diferentes, establecer controles recíprocos, abrir espacios de deliberación y asegurar que quienes ejercen ese poder deban dar razones públicamente por sus decisiones. La autonomía del Banco Central podría ser una pieza de esa arquitectura, pero también deberían serlo el Congreso, el Ejecutivo, los mecanismos de rendición de cuentas y la posibilidad de que intereses sociales distintos de aquellos inmediatamente vinculados con el sistema financiero tengan alguna forma de incidencia. O dicho de otro modo, dispersar el poder democratizándolo es organizarlo de tal manera que ningún actor —tampoco aquel al que se lo confiamos para limitar a otro— pueda ejercerlo sin controles ni necesidad de dar razones.

Y quizás acá sea necesario distinguir dos problemas que suelen confundirse. Uno es cómo controlar a una autoridad autónoma: quién la designa, quién puede removerla, ante quién comparece, qué información publica, cómo se revisa su actuación. Otro, diferente, es qué voces, conocimientos e intereses tienen posibilidades reales de llegar hasta ella. Un Banco Central puede cumplir impecablemente con todas sus obligaciones formales de rendición de cuentas y, sin embargo, recibir cotidianamente una cantidad extraordinariamente desigual de información y demandas de los distintos sectores sobre los que sus decisiones repercuten. Democratizar la dispersión del poder también puede exigir, por lo tanto, mirar esa dimensión menos visible del diseño institucional.

¿Cómo podría traducirse algo así en términos institucionales? No tengo espacio ni es el objeto de esta columna poder responder acabadamente a esto, pero sí puedo mencionar algo sobre el punto. Porque lo cierto es que, un poco de imaginación de ingeniería institucional mediante, las posibilidades son muchas y varias tienen antecedentes en otros bancos centrales y autoridades independientes: procedimientos de designación que obliguen a construir acuerdos políticos más amplios; mandatos escalonados que no coincidan con el ciclo presidencial; causales exigentes de remoción que protejan a las autoridades frente al Gobierno de turno; comparecencias periódicas y sustantivas ante el Congreso; publi-

cación de las razones que sustentan las principales decisiones y, eventualmente, de los votos de cada integrante del Directorio; reglas más estrictas sobre conflictos de interés y "puertas giratorias" con el sector financiero; o mecanismos que permitan incorporar al debate información y perspectivas provenientes de sectores productivos, trabajadores, consumidores y otros actores que también soportan las consecuencias de la política monetaria.

Estos últimos mecanismos merecen una aclaración. Incorporar otras voces no significa entregar a sindicatos, empresas, asociaciones de consumidores o pequeñas y

medianas empresas un voto para decidir la tasa de interés. Puede significar, bastante más modestamente, institucionalizar canales mediante los cuales el Banco deba escuchar periódicamente cómo sus políticas repercuten sobre sectores que normalmente están más alejados de sus circuitos cotidianos de interlocución. Después de todo, el conocimiento relevante para una decisión pública no reside necesariamente sólo dentro del Estado ni, en este caso, dentro del Banco Central y del sistema financiero. La autonomía técnica puede convivir con formas más plurales de producción de información sin desaparecer por ello. Al final, se trata de rodear la autonomía técnica de una arquitectura institucional que distribuya influencia, obligue a justificar las decisiones y dificulte que un único actor —público o privado— monopolice el proceso decisorio.

Esta perspectiva del problema ofrece, además, un punto focal desde el cual analizar cualquier propuesta contemporánea de reforma de la Carta Orgánica. Si una reforma pretende fortalecer las barreras que separan al Banco Central del Gobierno —por ejemplo, restringiendo los mecanismos mediante los cuales puede financiarse el Tesoro—, la pregunta democrática no debería agotarse en cuánto poder conseguimos quitarle al Ejecutivo. También deberíamos preguntarnos qué ocurre con el poder que permanece o se desplaza hacia el Banco: cómo se designan quienes van a ejercerlo, cuánto duran, frente a quién responden, qué razones deben ofrecer, qué controles existen y qué mecanismos reducen los riesgos de captura.

Por eso quizá la discusión más fértil no sea elegir entre un Banco Central "independiente" y uno "subordinado". Quizás existan diseños institucionales —mucho— más interesantes: objetivos fijados democráticamente, autoridades con estabilidad, autonomía para elegir instrumentos, coordinación con la política económica general, obligación de dar razones, control parlamentario y mecanismos que reduzcan tanto la interferencia política coyuntural como la captura privada.

La independencia del Banco Central, entonces, no es en sí misma democrática ni antidemocrática. Es una forma de organizar poder público. Y, como toda forma de organizarlo, debe evaluarse preguntando qué decisiones queremos aislar de las mayorías circunstanciales, cuáles deben continuar sometidas a orientación democrática y qué controles compensan ese aislamiento.

Un Banco Central democrático no tiene por qué ser obediente al Gobierno. Pero tampoco puede ser independiente de la democracia. ■



R. Gargarella, Panamá (2026)

Un jurista de principios

por Virgílio Afonso da Silva

Continuamos homenajeando al gran Robert Alexy.

9 de octubre de 2026

Robert Alexy, el teórico del derecho más importante de Alemania y, sin duda, uno de los juristas más importantes del mundo, murió el pasado 5 de septiembre, pocos días antes de cumplir 81 años. Alexy nació el 9 de septiembre de 1945 en Oldenburg, en el estado de Baja Sajonia, en una Alemania en ruinas, apenas cuatro meses después del fin de la Segunda Guerra Mundial. Estudió derecho en la tradicional Universidad de Göttingen, donde también realizó su doctorado (1976) y su habilitación (1984),[1] ambos bajo la dirección de Ralf Dreier. Como exigen las normas universitarias alemanas, inició su carrera docente en una universidad distinta de aquella en la que había defendido su tesis de habilitación. Tras breves períodos como profesor sustituto en las universidades de Regensburg y Kiel, Alexy obtuvo la cátedra de filosofía del derecho y derecho público en esta última universidad en 1986.

Son pocos los juristas en Alemania cuyas tesis doctorales y de habilitación[1], escritas al comienzo de sus carreras, son leídas por un público más amplio y siguen siendo citadas años después de su publicación. La mayoría de las veces, y en el mejor de los casos, esas tesis solo tienen repercusión en el momento de su elaboración y luego caen en el olvido. Unos pocos tienen el privilegio de ver cómo una u otra de sus dos monografías académicas sigue siendo leída y debatida durante cierto tiempo. El caso de Alexy es absolutamente excepcional. No solo una, sino ambas monografías académicas, escritas antes incluso de que comenzara su carrera docente, siguen siendo leídas, debatidas, traducidas y citadas por académicos y tribunales de todo el mundo.

Aunque se trate de un caso excepcional, no sorprende que así haya sido, porque estamos hablando de los libros *Teoría de la argumentación jurídica* y *Teoría de los derechos fundamentales*.

Su *Teoría de la argumentación jurídica* tiene como objetivo general responder a una pregunta que sigue siendo tan actual como hace cincuenta años: ¿qué cabe entender por argumentación jurídica *racional*? Como el propio Alexy señala en la introducción de su libro, preguntarse qué es la argumentación racional en general y qué es la argumentación *jurídica* racional no interesa únicamente a los teóricos o a los filósofos del derecho. Estas cuestiones también son relevantes para los operadores jurídicos y, en realidad, conciernen a todos los ciudadanos que participan en la vida pública.

El presupuesto, también tan actual como hace cincuenta años, es que «no solo el carácter científico del derecho, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales dependen de la posibilidad de una argumentación jurídica racional».[2] La frecuente necesidad de recurrir a juicios y valoraciones extrajurídicos no altera ese presupuesto. Por el contrario, lo vuelve aún más relevante y sitúa en el centro del debate la rela-

[1] La tesis de habilitación es similar a la tesis de libre docencia, que aún existe en algunas universidades brasileñas. Se trata de una monografía elaborada después del doctorado. Durante mucho tiempo fue un requisito previo para acceder a una cátedra en las facultades de derecho de Alemania. Aunque actualmente es posible acceder a una cátedra sin la habilitación, son pocos los casos en que esto ocurre.

[2] Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 3.ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 15.

ción entre la argumentación práctica general y la argumentación específicamente jurídica.

A lo largo del libro, Alexy desarrolla reglas concretas y específicas sobre esa relación, con el propósito de orientar a quienes interpretan y aplican el derecho y de aportar elementos sólidos para construir una verdadera teoría del discurso jurídico racional.

Pese al enorme éxito de su *Teoría de la argumentación jurídica*, incorporada a la colección académica de ciencias humanas más importante de Alemania, de la editorial Suhrkamp, la obra más importante de Alexy todavía estaba por llegar: la *Teoría de los derechos fundamentales*.



Fruto de su tesis de habilitación, la *Teoría de los derechos fundamentales* es conocida sobre todo por la célebre distinción entre principios y reglas. Sin embargo, aunque importante, esta es apenas una pequeña parte de una obra monumental. Se trata de una teoría amplia sobre la naturaleza, la estructura y el valor de las normas de derechos fundamentales en un Estado constitucional.

Uno de sus principales fundamentos es el presupuesto de que los derechos fundamentales tienen un ámbito de protección amplio, que abarca más acciones y posiciones jurídicas de lo que suele suponerse tradicionalmente. En la terminología acuñada por Alexy, las normas de derechos fundamentales tienen, por lo general, la estructura de principios y son *mandatos de optimización*, es decir, normas que exigen que algo se realice en la mayor medida posible, dadas las condiciones fácticas y jurídicas existentes.

Esta amplitud del ámbito de protección y la exigencia de optimización aumentan necesariamente los supuestos de posibles colisiones entre derechos fundamentales, por lo que resulta necesario reconocer que esos derechos pueden ser restringidos en determinadas situaciones. Sin embargo, contrariamente a lo que podría suponerse, aceptar que los derechos fundamentales pueden ser restringidos no implica debilitarlos. Implica volver explícitas esas restricciones y hacerlas más susceptibles de control.

En este punto, el test de proporcionalidad desempeña un papel central, razón por la cual Alexy sostiene que su concepto de mandato de optimización y el test de proporcionalidad se implican recíprocamente. Sobre la base de esta estructura, el libro se propone reconstruir los derechos fundamentales en sus distintas categorías, con capítulos dedicados a los derechos de libertad, de igualdad y a prestaciones estatales, entre otros.

La *Teoría de los derechos fundamentales* fue traducida al español en 1993 y tuvo una recepción inmediata en América Latina. En 2002 se publicó una traducción al inglés, que amplió definitivamente el alcance global del libro. En 2008 se publicó la traducción brasileña.[3] La *Teoría de los derechos fundamentales* es probablemente la obra jurídica extranjera más citada en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en las últimas décadas. Y Robert Alexy, el autor extranjero más presente en esa jurisprudencia.

Alexy publicó además una tercera monografía, titulada *El concepto y la validez del derecho*, en la que defiende una concepción no positivista del derecho y una conexión necesaria entre derecho y moral, fuertemente influida por las ideas de Gustav Radbruch.

[3]Traducción al español: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. En 2008 se publicó una nueva traducción, de Carlos Bernal Pulido, en la misma editorial. Traducción al inglés: *Una teoría de los derechos constitucionales*, trad. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002. Traducción brasileña: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

En un mundo en el que las publicaciones académicas suelen tener una «fecha de caducidad» relativamente próxima, en el que el interés por trabajos publicados hace más de un par de años es cada vez menor, el prolongado y continuo interés por la obra de Robert Alexy permite calificarla claramente como una obra *clásica*, que, por ello, seguirá siendo leída, debatida, citada y traducida a otros idiomas, además de los veintitrés a los que ya ha sido traducida.[4]



R. Gargarella, Paris, Francia (2026)

Pese al innegable prestigio alcanzado, Robert Alexy siempre fue un hombre mesurado, al que la fama no deslumbraba. Compaginaba las invitaciones a dar clases y conferencias por todo el mundo y a recibir doctorados *honoris causa* de decenas de universidades con el cuidado de su familia, sus clases para estudiantes de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel y la dirección de sus doctorandos y doctorandas.

Como bien lo resumió Matthias Jestaedt con motivo del septuagésimo cumpleaños de Robert Alexy: «la persona que está "detrás" de la teoría dista mucho de seguir las tendencias de la moda y no se ajusta en absoluto a lo que la política científica espera hoy de una estrella de la ciencia, que sin duda lo es. [...] Pese a todo el reconocimiento y a los seguidores, que lo han consagrado como el jurista alemán más famoso, más leído y más debatido del mundo, no se deja seducir por el papel de gurú académico».[5]

También se equivoca quien suponga que Alexy era uno de esos teóricos del derecho encerrados en sus teorías, autores de textos herméticos, sin compromiso alguno con la claridad ni capacidad didáctica, que miran a sus estudiantes desde lo alto de su torre de marfil. Quien haya leído cualquiera de sus trabajos puede reconocer una casi obsesión por la claridad analítica.

En cuanto a su capacidad didáctica, tanto en las clases de filosofía del derecho como en las de derecho constitucional, un episodio ocurrido en la segunda mitad de los años noventa puede revelar lo que los estudiantes pensaban de su profesor. Por entonces, Alexy había recibido una invitación para trasladarse a la Universidad de Göttingen, donde había estudiado, se había doctorado y había obtenido la habilitación. Además del regreso a su *alma mater*, la invitación tenía un importante componente personal: Alexy sería el sucesor de su maestro, Ralf Dreier.

Todo parecía indicar que dejaría Kiel por Göttingen. Ante esa posibilidad, los estudiantes de Kiel no lo dudaron: organizaron protestas para exigir que la Universidad de Kiel hiciera todo lo posible por mantener a uno de sus mejores profesores en su plantel docente. ¡Y lo consiguieron! Alexy se quedó y los estudiantes de la Universidad de Kiel tuvieron el privilegio de recibir clases durante dos décadas más de alguien que no solo era uno de los juristas más importantes del mundo, sino también un docente incomparable en el aula.

Robert Alexy fue mi director de tesis doctoral y tuve el honor y el placer de compartir con él los casi cuatro años que viví en Kiel. Por eso, quisiera ofrecer también un breve testimonio personal que, afortunadamente, tuve la oportunidad de compartir ante el propio Alexy en la ceremonia celebrada con motivo de su octogésimo cumpleaños, en septiembre de 2025, en la Universidad de Kiel.

[4] Las obras de Alexy ya han sido traducidas a idiomas como el árabe, el búlgaro, el chino, el coreano, el croata, el eslovaco, el esloveno, el español, el estonio, el finés, el francés, el inglés, el italiano, el japonés, el lituano, el polaco, el portugués, el rumano, el ruso, el serbio, el sueco, el checo y el ucraniano.

[5] Matthias Jestaedt, «Glückwunsch: Robert Alexy 70 Jahre alt», *JuristenZeitung* 70:17 (2015), p. 823.

Desde la primera conversación que tuve con él, antes incluso de convertirme en su doctorando, varias cosas me llamaron la atención: su disposición al diálogo, el placer que encontraba en debatir, su rechazo de los argumentos de autoridad y una incomparable capacidad analítica. Aprendí de él el valor del debate —serio, vigoroso y también respetuoso— en la vida académica. Los coloquios de doctorandos de su cátedra eran esas oportunidades imperdibles en las que poníamos a prueba nuestras ideas, sintiéndonos a la vez intimidados y felices ante las críticas de los compañeros. Después de los coloquios íbamos todos a cenar a su casa (el menú era siempre el mismo y nosotros éramos los cocineros; lavar los platos también era tarea nuestra).

Cuando me convertí en profesor de la Universidad de São Paulo, decidí de inmediato que un foro de debate como aquel tendría que formar parte de mi vida académica. Y así ha sido durante estos últimos veinte y tantos años. Sin Alexy, probablemente ni siquiera existiría el seminario de investigación del grupo *Constitución, Política e Instituciones*. Cada miércoles por la mañana, cuando nos reunimos en la Facultad de Derecho de la USP para debatir el texto de alguno de los integrantes del grupo, algo de Robert Alexy está presente. Siempre lo estará. ■



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)

Una Corte que perdió la sensibilidad contextual

por Roberto Gargarella

Escenas de una Corte desnorteada en la saga "C.E.C.I.M." - "Arbol de Pie"

10 de octubre de 2026

Presento a continuación unos breves comentarios sobre la reciente decisión de la Corte en "Árbol de Pie," que incluyen referencias al fallo que dictara el tribunal el 29 de septiembre pasado, en "C.E.C.I.M".

En primer lugar, subrayaría el hecho de que la Corte parece haber perdido, desde hace tiempo, una de sus principales virtudes institucionales, cual es la de la "sensibilidad contextual". Me refiero a lo que el académico norteamericano Martin Shapiro considerara uno de los elementos más distintivos de la racionalidad decisoria de los buenos tribunales, para asegurar su propia supervivencia institucional. Luego del 2001, y con Lorenzetti a la cabeza, la Corte supo hacer un esfuerzo notable para recuperar legitimidad social, en un contexto severamente hostil al tribunal. Desde hace años, en cambio (me arriesgaría a decir que desde "Muiña", y sobre todo, a partir de los conflictos internos que se han sucedido en el tribunal) la Corte se muestra desnorteada, lo que la lleva a reaccionar, como en estos casos, de modo incomprensible y torpe. Algunos ejemplos de lo que señalo se derivan del mismo lenguaje utilizado por el tribunal en sus comunicaciones recientes cuando, con sobre-actuado énfasis, afirma lo que de otro modo sabe que niega. Así, en "C.E.C.I.M", cuando al día siguiente de su fallo, y en una inédita aclaratoria, sostuvo que la decisión tomada era meramente "procesal" y "técnica", y que por tanto no afectaba lo "sustantivo" del caso (cuando, en los hechos, la Corte volvía a dar vida al artículo de un decreto que derogaba una ley!); y ahora, cuando señala que su fallo "de ninguna manera puede ser considerado como un apartamiento o una modificación de criterio" respecto de lo decidido 'C.E.C.I.M' " (cuando se trata de un apartamiento inexplicable, decidido con una velocidad prodigiosa).

En segundo lugar, subrayaría el problema que representa para nosotros, ciudadanos, esta discrecionalidad y -lamento decirlo- oportunismo que viene mostrando la Corte, en sus decisiones. Una vez más, en "Árbol de Pie", los jueces de la Corte presentan enfáticamente como virtud lo que reconocen, entonces, como defecto: se proclaman a sí mismos "celosos custodios de la Constitución Nacional" y atentos "ante las circunstancias concretas de cada caso" (sic). Pero lo cierto es que ninguna persona atenta a su actuación puede, de buena fe, y con buenas razones, explicar por qué es que esa Corte "celosa custodia" de la Constitución, hace tres años que permite la subsistencia legal del DNU 70/2023, que es manifiestamente inconstitucional (al derogar leyes, modificar Códigos, etc.). Ello así, cuando tiene en su poder decenas de causas que le permitirían tomar una decisión al respecto, aún alguna como "C.G.T.", bien fundada y con irreprochable legitimación. Tampoco se entiende cómo se compatibiliza esa incomprensible demora frente a lo imperioso (salvaguardar la Constitución, pudiendo y debiendo hacerlo como principal custodio de las reglas del juego democrático), con una decisión como "Árbol de Pie," tomada con un incomprensible atolondramiento. No se entiende tampoco cómo trató la cuestión de la legitimación en un caso y en otro (volveré sobre esto enseguida); ni por qué no atendió ambas causas conjuntamente y como causas conexas (y no sucesivamente, y de este modo); ni por qué en este caso concede una cautelar que en "C.E.C.I.M." fulminaba; ni por qué algunos jueces dicen que

ahora no pueden conceder una cautelar, cuando en otros casos similares lo hacían (Como parece señalarle Lorenzetti y la mayoría a Rosenkrantz, frente a su parcial disidencia. Ellos remarcan: "el Tribunal cuenta con atribuciones suficientes para disponer las medidas necesarias para preservar los bienes jurídicos que se invocan como afectados, más allá de las reglas que rigen su competencia, ie. en"Ibarrola").

Finalmente, querría llamar la atención sobre el elemento jurídico que apareció como la "mera cuestión técnica" o "procesal" de la que "únicamente" se ocupara la Corte "C.E.C.I.M", y que también juega un papel central en "Árbol de Pie": la cuestión de la legitimación activa (en lo que nos interesa, si el demandante tiene un interés directo en la causa, necesario para sostener su reclamo). El complejo tema "técnico" de la legitimación es, junto con otras cuestiones "técnicas" de índole similar (como la "jurisdicción" o "competencia" del tribunal), la gran "excusa jurídica" que vienen utilizando nuestros tribunales para intervenir en los casos que quieren intervenir, y no hacerlo cuando no quieren. Lo cierto es que tener una concepción más "abierta" o "cerrada" de la legitimación conlleva consecuencias legales importantísimas: tribunales más abiertos a la ciudadanía, o más cerrados a sus demandas. Y no hay nada inherente a los requisitos esenciales del *rule of law*, que exija que se adopte una versión más amplia o restringida de la legitimación. En India, en los años 80, a través de jueces como Bhagwati J, y en casos como *P.U.D.R. v. India*, o *Metha v. Union of Indi*a, la Corte propuso que "las puertas del tribunal" quedaran "abiertas de par en par a los pobres y a los menesterosos," y avanzó una concepción radicalmente amplia sobre la legitimación. Las dos mejores Cortes Constitucionales de la región -la de Colombia y la de Costa Rica- han favorecido también formas de legitimación amplísimas, amparadas en ciertos recursos jurídicos existentes (la tutela, la acción popular, la acción de incumplimiento). En los Estados Unidos, hasta fines del siglo xix, los requerimientos en la materia de legitimación eran muy laxos, pero por razones distintas comenzaron a endurecerse en las últimas décadas, en particular a partir de casos como *Lujan v. Defenders of Wildlife*, de 1992, y la intervención del juez conservador y originalista Antonin Scalia. Scalia fue quien más promovió una versión cada vez más restrictiva de la legitimación, exigiendo en la demanda la presencia de una "lesión real," un "carácter concreto", una conexión de "causalidad" fuerte, y una clara "posibilidad de reparación."

En la Argentina, el reformado artículo 43 de nuestra Constitución fue muy generoso en la materia (permitiendo con amplitud la solicitud de amparos o cautelares en defensa de los derechos), y fue la propia Corte la que, a través de interpretaciones no fácilmente justificables, fue ampliando o restringiendo casi a piacere los requerimientos de legitimación. En "C.E.C.I.M.", la legitimación operó como su "excusa técnica" para intervenir sobre el fondo del asunto (volviendo a dar vida al art. 154 del DNU70/2023) cuando decía no lo hacía, mientras que en "Árbol de Pie", la Corte decidió sobre el fondo del asunto pero "precautoriamente" y sin resolver la cuestión de la legitimación, que en "C.E.C.I.M." parecía tener tan clara. Minucias.

En mi opinión, en un aquí y ahora caracterizado por graves violaciones de derechos constitucionales (que se prolongan en el tiempo); y por una crisis extrema de la representación política; constituye un gran problema que la Corte se incline por una concepción restrictiva de la legitimación, porque de ese modo cierra una de las últimas vías de reparo institucional que le quedan a la ciudadanía para reclamar por sus derechos. Más grave todavía es que lo haga invocando exigencias "técnicas" que le impedirían decidir de otro modo; y aún peor que lo haga discrecionalmente, sin que podamos conocer, como ciudadanos, cuándo, por qué y de qué modo es que podemos reclamar por nuestros derechos. ■

Nadie esta legitimado

por Alejandro Calzetta

Sobre los requisitos de legitimación del artículo 43 y el deber de la Corte Suprema de la Nación de respetar el derecho procesal.

11 de octubre de 2026

El 29 de septiembre[1] la Corte Suprema revocó[2] la sentencia de la Cámara Federal de La Plata (FLP 47574/2023)[3] que había declarado inconstitucional el artículo 154 del decreto 70/2023, esto es, el artículo que derogó la ley 26.737. No determinó que la derogación en cuestión fuera constitucional. Dijo que el Centro de Ex Combatientes de las Islas Malvinas (CECIM) de La Plata no estaba legitimado para pedir que se declarara inconstitucional a dicha derogación, y que por lo tanto no había caso.

La reacción fue inmediata y, en el plano político, se entiende perfectamente de dónde viene. El resultado deja al país sin la única norma que ponía un techo a la denominada "extranjerización de la tierra rural", y lo deja así en un momento en que esa discusión estaba abierta y perdida en sede legislativa. Quien esté disgustado tiene razones para estarlo.

Pero junto con el reproche político circuló un reproche jurídico, que es el que me interesa.

Este reproche dice más o menos, lo siguiente:

i) la Corte es *hiperexigente* en materia de legitimación;
ii) de un modo que el artículo 43 de la Constitución no autoriza para este caso;
iii) y esa exigencia funciona como una excusa técnica – una excusa supuestamente procesal – para desprenderse de los casos que no quiere resolver.[4]

Mi intención, en lo que sigue, es discutir las premisas de este razonamiento, no su conclusión.

Aclaro de entrada tres cosas *que no voy a discutir acá*, para que nadie pierda el tiempo buscándolas. No discuto si la derogación de la ley de tierras por decreto de necesidad y urgencia es constitucional; ni discuto la constitucionalidad de dicha ley (la cual, aclaro, me parece inconstitucional). No discuto si el resultado es bueno o malo. Y no discuto si esta Corte, en su composición actual, es merecedora de confianza institucional; esa es otra conversación y es legítimo tenerla pero no en esta sede. Tampoco voy a discutir en este trabajo el tema que puede ser considerado el Elefante en la Habitación: la constitucionalidad de la ley 26122[5].

Lo que sostengo es menos ambicioso y quizás posiblemente más incómodo. Sostengo cuatro cosas:

i) que el artículo 43 sí establece **requisitos de legitimación**, y que establece por lo menos tres;

[1] Agradezco a Pedro Caminos, Ignacio Colombo, Lisandro Gomez y a Lorena González Tocci por sus preciosos comentarios, tanto de contenido como de estilo. Todo esto empezó como discusión pública con Roberto Gargarella, a él también va mi agradecimiento. Todo error remanente es mío.

[2] En "C.E.C.I.M. La Plata c/ PEN s/ amparo ley 16.986". Por obvias razones aún no hay número en "Fallos".

[3] Sentencia del 21 de marzo de 2024.

[4] Tomo la formulación de un intercambio público con Roberto Gargarella en Twitter, a quien le debo el haberme obligado a revisar el artículo 43 CN en lugar de recordarlo de memoria. Lo hice, y por eso escribo esto: la primera versión de mi respuesta concedía que el 43 no fijaba requisitos. Estaba equivocada. También reconozco que los intercambios "whattsapperos" con Lorena González Tocci ayudaron a poner en perspectiva la lectura del artículo 43 CN.

[5] A tal fin remito a dos excelentes trabajos recientemente publicados. Uno de G. Bouzat y el otro de E. Vitalini. Ambos son excelentes y me pliego completamente a ellos.

ii) que la Corte tiene un **deber constitucional de sujetarse al derecho procesal**, y que ese deber no cede ante la gravedad del acto impugnado;

iii) que la facultad del **artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial**, que suele tratarse como el emblema del formalismo cortesano, es constitucionalmente adecuada;

iv) y (esto es una mera opinión y lo declaro como tal) que además es **deseable** que el Poder Judicial de la Argentina funcione así.

Como puede apreciarse, la función de este breve textito es ser un poco "el abogado del Diablo" respecto a lo que muchos vienen diciendo sobre el tema. No puedo negar cierto placer al hacerlo pues, más allá de mis creencias al respecto, abogar por una causa minoritaria tiene algo de noble que no puede explicarse del todo. Incluso, a partir del 9 de octubre, contra la misma Corte.

Vamos a ello.

Lo que efectivamente dice el artículo 43 CN

Se ha dicho que el artículo 43 no impone requisitos de legitimación y que, por lo tanto, los que la Corte exige son de su propia cosecha. Vayamos al texto de artículo para intentar zanjar la cuestión.

i) El primer párrafo confiere la acción de amparo a "toda persona".

ii) El segundo dice que podrán interponerla, en materia de discriminación, ambiente, competencia, usuario y consumidor, "así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Ahí hay tres requisitos, no ninguno.

El primero es subjetivo, donde el segundo párrafo enumera:

i) el afectado;

ii) el defensor del pueblo;

iii) las asociaciones.

El argumento para leer eso como un perímetro es de redundancia, y me parece decisivo: el primer párrafo ya había dicho "toda persona". Si el segundo párrafo no acotara nada, entonces sobraría. Como acota, no podemos considerar que este de más. Lo que sostiene es, por ende, relevante.

Hay una posible réplica a esto, y hay que reconocer que hay que atenderla: el segundo párrafo no restringe, sino que amplía la legitimación, porque habilita a quien no es el afectado directo. De acuerdo. Pero una ampliación tasada sigue siendo un requisito. Enumerar a quiénes se extiende la legitimación es, precisamente, fijar el borde de la extensión de la legitimación, y el borde es lo que se discute cuando se discute la legitimación.

Además, hay que recordar, que agregar más propiedades a un supuesto de hecho por lógica lo hace "más fino", es decir más restrictivo con respecto a los casos (tanto genéricos como individuales) a los que puede aplicarse.[6]

Volviendo puntualmente a los requisitos, el segundo requisito es material. La acción colectiva procede en ciertas materias y, residualmente, respecto de "los derechos de incidencia colectiva en general". Tiene que haber, entonces, un derecho de incidencia colectiva. Eso está escrito en la disposición del art. 43 CN, no es producto de una construcción jurídica[7] de ningún juez.

Acá también hay réplica posible: "en general" es una cláusula abierta. También de acuerdo, pero conviene ver *en qué es abierta*. Es abierta respecto de *cuáles* son esos derechos; es cerrada respecto de *si* tiene que haber uno. Es una cláusula indeterminada en su extensión, no en su condición de aplicación[8]. La distinción parece de manual, y en algún sentido lo es, pero es toda la di-

[6] Cf. Alchourrón y Bulygin 2012, pp. 17 – 25 & 36 - 43.
[7] Cf. Guastini 2014, pp. 45 – 48.
[8] Cf. Von Wright 1963, p. 72.

ferencia entre un requisito vago y la ausencia de requisito.

El tercero de los requisitos es el que menos se cita y el que más importa. Las asociaciones deben "propender a esos fines", es decir, contar con un requisito de especialidad, y estar "registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Léase de nuevo la última cláusula. El artículo del que se dice que no fija requisitos de legitimación remite expresamente al legislador la determinación de los requisitos. Es una norma programática, y una probable causa de una laguna técnica[9] en la Constitución.

Eso desactiva la inferencia que está en el fondo de todo el reproche. La inferencia es: *esto no está en el artículo 43, luego la Corte se lo inventó*. No es válida, porque presupone que el 43 agota la materia, cuando el 43 dice lo contrario de sí mismo en ese punto. Un texto que delega no es un texto que guarde silencio; es uno que patea la pelota a otro jugador institucional.

A lo que hay que sumar, del primer párrafo, tres condiciones que en los hechos operan también como filtros de acceso:

i) la subsidiariedad ("siempre que no exista otro medio judicial más idóneo");
ii) la lesión actual o inminente;
iii) la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Ahora bien. Hasta acá defendí los requisitos que se derivan del texto. No defiendo todo lo demás, y conviene que quede claro hasta dónde llego yo y cuándo empieza el desacuerdo legítimo.

Buena parte de lo que hoy se exige a un actor colectivo no está en el 43 CN ni en ninguna ley, a saber:

i) la representatividad adecuada;
ii) la precisa identificación del grupo;
iii) la inscripción en el registro de procesos colectivos.

Eso sale de "Halabi" (Fallos 332:111)[10] y de dos acordadas, la 32/2014 y la 12/2016. Y "Halabi", conviene recordarlo, le pidió al Congreso que legislara. El Congreso no legisló, y la Corte llenó el vacío con reglamentos propios. En otras palabras, todos parches provisorios.

Eso sí es la Corte haciendo derecho procesal por su cuenta[11]. Lo cual tensiona con la tesis de la sección siguiente.[12] Quien quiera criticar a la Corte por exceso de creación procesal tiene ahí un terreno firme. Lo que no puede hacer es correr ese reproche hasta los requisitos que están escritos en las disposiciones constitucionales.

La Corte y las cadenas del derecho procesal

La segunda tesis es que la Corte tiene el deber de cumplir con el derecho procesal, y que ese deber tiene anclaje constitucional. Lo resumo en seis pasos.

i) El artículo 116 le atribuye a la Corte y a los tribunales inferiores el conocimiento y decisión de "todas las causas" de cierta índole. La competencia se atribuye sobre causas: no es una formalidad de trámite, es la condición de existencia de la potestad.
ii) Esa condición está además legislada desde 1862: el artículo 2 de la ley 27 dispone que la

[9] Cf. Guastini 2014, p. 145 – 146.

[10] Sentencia del 24 de febrero de 2009.

[11] Esto se debe a lo que Bulygin llamaba "el deber genérico del juez de dictar sentencia". El juez no puede excusarse y cuando tiene que resolver sin norma aplicable tiene que ejercer su discreción para dar con una solución porque no puede no resolver la controversia. El origen histórico de esto se debe al cambio de concepto de juez introducido por la Revolución Francesa. Cf. Bulygin 2005 y, de ser posible, la traducción italiana (Bulygin 2007), que Bulygin prefería al original castellano.

[12] Podría salvar la tensión diciendo que las acordadas son reglamentos internos dictados en ejercicio de la facultad del artículo 113 y no derecho procesal en sentido estricto. No lo voy a hacer, porque no me lo creo: un registro cuya no inscripción obsta al progreso de la acción hace, funcionalmente, lo que hace una norma procesal, y llamarlo de otro modo es la clase de maniobra que en otros contextos denunciaríamos.

justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

iii) El artículo 117 establece que, fuera de la competencia originaria, la Corte ejerce su jurisdicción por apelación "según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso". Desde "Sojo" (Fallos 32:120)[13] se sigue de ahí que la Corte no puede ampliar su competencia; por la misma razón tampoco puede restringirla ni redefinirla a su gusto. Quien la define es el Congreso[14].

iv) El artículo 75, incisos 12, 20 y 32, confirma de qué lado está la lapicera: los códigos de forma y la organización de la justicia federal son materia legislativa.

v) El artículo 18 aporta algo que suele perderse de vista, porque estamos acostumbrados a leerlo desde el lado del actor. Las formas sustanciales del juicio son de orden público y protegen también a la contraparte. Cuando se pide que se resuelva el fondo en un proceso mal constituido, se está pidiendo que alguien sea condenado en un proceso mal constituido. Ese alguien acá era el Estado nacional, lo cual no despierta demasiada compasión, pero la regla no puede depender de si una de las partes nos cae simpática o no.

vi) Los artículos 108 y 109 cierran la figura. El 108 dice que el Poder Judicial es ejercido por la Corte *y* por los demás tribunales: la Corte es un órgano dentro de un sistema, no el sistema. Y el 109, que le prohíbe al Presidente arrogarse el conocimiento de causas pendientes, vuelve difícil sostener que la Corte sí puede arrogarse la definición de cuándo hay causa.

De todo esto se sigue una conclusión que sé que es antipática: el presupuesto procesal no está disponible para la Corte ni siquiera cuando el acto impugnado es groseramente inconstitucional. Es, si se quiere, un *metarrequisito* que condiciona la pregunta de fondo en lugar de ser condicionado por ella.

Queda la objeción fuerte, que no es la que suele formularse habitualmente. La objeción fuerte no dice que la Corte pueda desentenderse del derecho procesal. Dice que la Corte es *hiperexigente* de modo selectivo: que afloja cuando le conviene y aprieta cuando le conviene, y que por eso invocar el presupuesto procesal en este caso es hipocresía.

Concedo el hecho. La selectividad existe y puede ser vista como un vicio grave y quien la documente estará haciendo un servicio público.

Pero del hecho no se sigue el remedio. Si el problema es que la Corte modula la exigencia según el caso, la respuesta no puede ser pedirle que la module en la dirección que a uno le gusta. Eso no elimina la discrecionalidad: la ratifica y le cambia el beneficiario. La facultad de relajar el presupuesto procesal frente al decreto escandaloso es exactamente la misma facultad que mañana se cierra sobre el litigante incómodo, y va a ser ejercida por los mismos jueces de cuya

[13] Sentencia del 30 de septiembre de 1887.

[14] Esto es lo que se sigue de las normas constitucionales y de su interpretación tradicional. Sin embargo, como bien recuerda Caminos (2026, p. 19 y ss.), «a partir del año 2005, la Corte comenzó a elaborar una jurisprudencia en la que explicitó cierta versión de su rol institucional y, con ese fundamento, modificó los alcances de su competencia originaria y, sobre todo, declaró la inconstitucionalidad de leyes del Congreso que regulaban su jurisdicción por apelación. Es decir que la Corte pasó a considerar que el rol institucional que, según esa jurisprudencia, le asignaba la Constitución, le imponía restricciones al poder del Congreso de establecer las reglas y excepciones de la jurisdicción apelada.». El desarrollo de esta cuasi doctrina puede verse en los siguientes fallos de la CSJN: i) "Itzcovich" (Fallos 328:566); ii) "Barreto" (Fallos 329:759); iii) "Anadón" (Fallos 338:724); iv) "Chacón" (Fallos 347:1434). No voy a analizar la evolución de esta jurisprudencia ni qué aspectos específicos de la competencia afectan (a tal fin remito al trabajo de Caminos). Solo diré que considero que la CSJN no es competente para ampliar los aspectos sustanciales de su jurisdicción, ni tampoco para restringirla (los aspectos puramente formales o reglamentarios son una cuestión completamente distinta). Una cosa es obrar como legislador negativo al declarar inconstitucional una ley, y otra muy distinta es arrogarse la modificación de reglas que el artículo 117 de la Constitución reserva de manera exclusiva al Congreso.

imparcialidad se desconfía hoy. La solución a la inconsistencia es más disciplina, no menos.

Queda todavía una cuestión incómoda que no quiero ni pretendo esquivar: si nadie está legitimado[15], un decreto que deroga una ley que protege un interés difuso queda, de hecho, fuera del alcance del control judicial.

Es cierto, y es muy grave. Pero es un déficit de diseño legislativo, no una licencia judicial. La propia Constitución previó un legitimado institucional para estos casos: el defensor del pueblo. El cargo está vacante desde la renuncia de Mondino, en abril de 2009 – ¡diecisiete años! – porque el Congreso nunca reunió los dos tercios necesarios para nombrar a su sucesor[16]. La Corte, dicho sea de paso, ya lo exhortó a hacerlo. Y el Congreso tampoco legisló el proceso colectivo que "Halabi" le reclamó hace más de quince años.[17]

El canal institucional está bloqueado. Destaparlo es tarea del Congreso, no de la Corte. Pedirle al tribunal que lo saltee cuando el caso le parezca suficientemente grave es pedirle exactamente la discrecionalidad que se le reprocha.

Un breve paréntesis sobre el artículo 280

Conviene un paréntesis, porque en la discusión pública este fallo se leyó, me parece, como si fuera una aplicación del artículo 280, cuando no lo es. Acá hubo recurso extraordinario concedido y sentencia fundada sobre el presupuesto procesal. La "plancha" es otra cosa.

Aun así vale la pena decir algo del 280, porque es un caso extra de la misma tesis y no del mismo instituto. El 117 autoriza al Congreso a establecer las reglas *y excepciones* de la competencia apelada. El Congreso ejerció esa autorización mediante la ley 23.774, en 1990, y decidió que la Corte no fuera una tercera instancia ordinaria. De modo que el criterio de acceso restringido a la Corte no es una preferencia de los jueces, sino la decisión de un legislador democrático que tenía competencia constitucional expresa para tomarla.

Sostengo por eso que el 280 es constitucionalmente adecuado. Adviértase que no digo que se derive de la Constitución; digo que satisface las exigencias del 116, del 117 y del 108, y que el Congreso podría haber elegido otro diseño sin violar ninguna de ellas.

[15] Ignacio Colombo me sugiere una posibilidad. Podría haber un legitimado en una causa como esta. Por ejemplo, el caso de una persona que quiera vender un terreno a un extranjero y que dicha compraventa justo caiga en alguna de las causales de la ley. No solo el comprador estaría legitimado, lo que es obvio, sino que también el vendedor, dado que se ver perjudicado por no poderle vender a alguien que desea comprarle. Es una posibilidad interesante y la comparto. Lo reservo a las notas porqué no es mía y *due credit when credit is due*.

[16] Pedro Caminos me señala que lo más probable es que, de haber intervenido el defensor del pueblo en este proceso, hubiera sido que también se le hubiese rechazado su pretensión ya que, para esta conformación de la Corte, ni siquiera el defensor del pueblo podría atacar un DNU que quedase fuera del alcance de las asociaciones. Como esta es una cuestión de diferencias entre derecho válido y derecho vigente (cf. Ross 1963, cap. 2) y yo me estoy ocupando de lo que exige el derecho válido, la menciono pero paso de largo ya el problema que excede lo que se propone este texto. Adviértase, sin embargo, que tanto en «Itzcovich» como en «Anadón» lo que la Corte hizo fue recortarse a sí misma la competencia apelada, que es justamente el resultado que celebro como deseable en la sección 4. *Que el resultado me parezca bueno por supuesto que no habilita la vía*: el diseño restrictivo lo tiene que dar el Congreso, y una Corte que se lo da a sí misma está incurriendo en lo mismo que critico en este texto, sólo que en una dirección que me gusta. Aunque me guste el resultado final, el medio no es el correcto.

[17] El punto no es menor y merecería su propio tratamiento. La discusión sobre legitimación colectiva en la Argentina lleva demasiado tiempo desarrollándose entre la Corte y sí misma, con un Congreso que mira desde la tribuna y después se queja del arbitraje.

[18] Acá hay un interrogante que vale la pena resolver: ¿Cómo es posible estar a favor de un instituto (i.e., el 280) pero a su vez criticar su ejercicio? Es bien sencillo: toda competencia (y el 280 es una competencia facultativa que el Congreso concede a la Corte) constituye un ejercicio para la producción de un acto de habla. Como todo acto de habla, dicho ejercicio está sujeto a aspectos formales y sustanciales que se llaman "*condiciones de felicidad*". Los primeros están regulados por lo que se conoce como reglas A y reglas B y gobiernan los aspectos procedimentales del acto. La violación de estos es lo que se llama *misfire*. Los aspectos sustanciales están regulados por las reglas Γ (gamma), La violación de estas reglas constituye un

Lo que no defiendo es su práctica[18]. Que la norma sea válida no vuelve aceptable la resolución sin fundamento alguno, y la objeción construida sobre el artículo 8.1 de la Convención Americana y el deber de motivación me parece seria. Pero esa es una crítica a cómo se usa el instituto, no a su existencia, y mezclarlas confunde a todo el mundo.

Por qué además me parece deseable

Hasta acá argumenté sobre qué dice el derecho válido. Lo que sigue es pura y dura opinión sobre el diseño institucional del poder judicial.

Me parece bien (muy bien incluso) que la Corte limite su competencia de esta manera.

En primer lugar, por una razón que debería interesarle sobre todo a quien tenga presentes las objeciones al control judicial de constitucionalidad. Una Corte sin filtros de acceso no es una Corte más democrática: es una Corte que decide más cosas, sobre más materias, con menos contrapesos. Ampliar la puerta de entrada no reparte el poder, lo concentra de manera desmedida en manos de la Corte.

En segundo lugar, porque ese poder se concentra a costa de alguien. Cada asunto que la Corte se reserva es un asunto que las cámaras federales de apelación y los superiores tribunales provinciales dejan de decidir en serio, porque saben que su decisión es un borrador, una mera antesala a la Corte Suprema de Justicia de la Nación[19]. Y eso tiene anclaje constitucional propio: los artículos 5 y 121 a 123 reservan a las provincias su propia administración de justicia, y la doctrina de "Strada" (Fallos 308:490)[20] y "Di Mascio" (Fallos 311:2478)[21] existe precisamente para que los tribunales superiores de provincia resuelvan las cuestiones federales antes que la Corte[22].

Y en tercer lugar, porque del artículo 108 se sigue que la cabeza del Poder Judicial tiene un deber respecto del sistema, no una vocación de *omnicompetencia*[23]. Reforzar el sistema es reforzar a los tribunales que lo componen.

Sé cuál es la objeción que se puede hacer a esto y no pienso esquivarle el bulto: con una Corte alineada con el gobierno de turno, este argumento suena a coartada. La única respuesta que puedo dar es que el argumento es sobre la arquitectura institucional, y la arquitectura le sobrevive a la composición temporal de una Corte Suprema. La regla que hoy protege a un Ejecutivo es la única que mañana limita al siguiente.

Además, no existe algo como un diseño institucional perfecto.

Un intento de conclusión

Prometí cuatro cosas. Bien, pasemos a auditar el resultado...

i) Sostuve que el artículo 43 establece por lo menos tres requisitos de legitimación – subjetivo, material y orgánico – y que el tercero remi-

abuse, a saber cuándo alguien usa el procedimiento de las reglas A y B para beneficio propio o de terceros. Es perfectamente posible que una competencia jurídica, como por ejemplo el 280, se aplique sin cometer misfire alguno pero cometiendo un abuse. El argumento completo puede leerse en Calzetta 2025, pp. 416 – 431.

[19] Bentham se refería a esto como al problema de la división (necesaria) en porciones del poder de imperación (i.e. dictar y crear normas, incluyendo las sentencias) de una comunidad política. Dicho poder constituye un todo pero que ningún órgano individual (en términos de Bentham, el órgano que él llama "soberano", que puede ser individual o colectivo) puede ejercer por sí mismo en su totalidad. El poder solo puede ser ejercido mediante la repartición de este en porciones de poder entre los distintos operadores del orden jurídico (*a compleat body of laws* es el término de Bentham para "orden jurídico"). Aumentar la porción de uno de ellos *necesariamente* implica disminuir la de los otros. Todo lo opuesto a "democratizar" las porciones de poder de imperación. Cf. Bentham 2010 y Calzetta 2025, Parte 1, Cap. 1. Sobre el tema de la imposibilidad de una competencia absoluta, lo mismo que sobre su ejercicio, ver nota 22 de este texto.

[20] Sentencia del 8 de abril de 1986.

[21] Sentencia del 1ro de diciembre de 1988.

[22] Lo contrario sería, en lo esencial, unitarismo judicial, lo cual violaría el artículo 1ro de la Constitución Nacional.

[23] Alguna que otra cosa escribí sobre el tema de la competencia. Toda competencia es acotada a algo concreto y regulada puntualmente. No existe algo así como una *omnicompetencia* (o absoluta, ni en la posesión ni en el ejercicio) porque, por razones meramente conceptuales, no puede existir tal cosa. Cf. Calzetta 2025, Parte 2, caps. 1 y 2.

te expresamente al legislador, lo que invalida el argumento de que todo requisito no escrito en el 43 es construcción jurídica. Concedí que hay requisitos que sí son creación judicial, y que esos son criticables.

ii) Sostuve que la Corte tiene un deber constitucional de sujeción al derecho procesal que no cede ante la gravedad del acto impugnado, y concedí que lo aplica de modo selectivo, sin que de ahí se siga que deba aplicarlo menos.

iii) Sostuve que el artículo 280 es constitucionalmente adecuado, y que su práctica es otra discusión.

iv) Y dije, como opinión, que además me parece deseable.

Quien quiera refutarme tiene, me parece, cuatro caminos, y me gustaría que se tomara alguno. A saber:

i) Mostrar que el segundo párrafo del artículo 43 no tasa nada.

ii) Mostrar que la remisión "conforme a la ley" no alcanza a la legitimación sino sólo a la personería.

iii) Mostrar que la Corte puede prescindir del presupuesto procesal cuando la gravedad del caso lo justifica – y decir entonces quién fija el umbral de gravedad, y qué pasa cuando lo fija en contra de uno.

iv) O discutir la cuarta tesis, que es opinión y que, por lo tanto no puede ser contradicha formalmente, a lo sumo puede ser considerada más o menos adecuada pero hay que dar razones para ambas cosas.

Lo que no me parece un camino es el que se ha transitado durante la semana del fallo, que consiste en tratar una exigencia escrita en la Constitución como si fuera un capricho del tribunal. El fallo puede ser criticable por muchas razones. Que haya exigido que hubiera un caso no me parece que sea una de ellas.

Llegué a la estación final del recorrido de este texto. La intención es menos tener razón que polemizar desde el derecho, tratando de ver qué es lo que este dice. Al fin y al cabo, para bien o para mal, son las normas que elegimos (es un *elegimos* bien laxo) para vivir en común. Eso incluye las reglas sobre las reglas del juego.

Posdata al 9 de octubre, o Tarello Forever

Terminado este texto[24], la Corte resolvió en "Asociación Civil Árbol de Pie y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo colectivo"[25]. Sostuvo allí que en esas actuaciones no se verifica acción ni recurso alguno que, con arreglo a los artículos 116 y 117 de la Constitución y a las leyes que los reglamentan, habilite su competencia ordinaria o extraordinaria, y que correspondía devolver el expediente al tribunal de origen (considerando 6°). Acto seguido suspendió los efectos del artículo 154 del decreto 70/2023, con el argumento de que cuenta con atribuciones suficientes para disponer las medidas necesarias "más

[24] ¡Al mejor estilo de las *Crónicas de Bustos Domecq*! Diez minutos luego de la revisión final del texto, la Corte hizo la de Gervasio Montenegro, que se apareció con su exabrupto en el taller del imprentero.

[25] Competencia FGR 20213/2023/CS1, sentencia del 9 de octubre de 2026. Por obvias razones aún no hay número en "Fallos". El voto mayoritario lleva la firma de los ministros Rosatti y Lorenzetti y de los conjueces Pérez Curci y Barroetaveña.

[26] Vale la pena detenerse en la operación, porque es un ejemplar de manual. La medida interina no es una invención del fallo: está prevista en el artículo 4°, inciso 1, tercer párrafo de la ley 26.854. Lo que no está previsto es *dictarla desprendida de su antecedente*, dado que esas medidas son accesorias de una cautelar encuadrada en el artículo 2°, inciso 2 de esa misma ley, y en el caso no había ninguna que lo estuviera —así lo señala, correctamente, la disidencia—. Y el considerando 8° va bastante más lejos: de una línea de precedentes ("Ibarrola", "Rodríguez, Karina Verónica", "Poggi", "Podestá") extrae una norma implícita según la cual el Tribunal puede actuar más allá de las reglas que rigen su competencia, lo que no surge de disposición alguna. Ambas operaciones son *construcción jurídica* en el sentido de Guastini (cf. *supra*, nota 6); difieren en el grado de manipulación del material normativo, no en el tipo de operación. La ironía no se me escapa: lo que la Corte no estuvo dispuesta a leer en el texto del artículo 43 lo construyó, diez días después, para sí misma. Para un realista jurídico como yo es reconfortante ver a la Corte corroborar la verdad de la hipótesis central de todo realismo jurídico: *las normas del*

allá de las reglas que rigen su competencia" (¡!) (considerando 8°)[26].

Poco tengo que agregar a lo que dice la disidencia parcial de Rosenkrantz, que recuerda que los supuestos del artículo 117 son taxativos y no pueden ser ampliados ni restringidos por autoridad alguna —con cita, entre otros, del mismo "Sojo" que invoqué en la sección 2— y que el descontento que haya causado "C.E.C.I.M." no justifica adoptar decisiones que la Constitución y las leyes no permiten[27]. Una explicación clara y correcta de la sujeción de la Corte a las cadenas constitucionales del derecho procesal.

Agrego dos cosas.

La primera es la razón por la que menciono esta resolución y no otra. Su resultado me parece preferible al de la anterior: el artículo 154 me parece inconstitucional y su suspensión me parece deseable. Es exactamente por eso que la señalo. Sostener que el presupuesto procesal no está disponible para la Corte vale poco si uno lo sostiene únicamente cuando el resultado le disgusta.

La segunda es para quien quiera leer todo esto como una refutación de lo anterior. Que la Corte haga lo que hace es un dato, y es un dato que el realismo jurídico —el genovés en particular— describe mejor que ninguna otra tradición; en ese sentido el tribunal se encargó él solo de probar sus tesis más duras, y lo hizo en diez días. Pero el realismo describe, no absuelve[28]. La distinción entre derecho válido y derecho vigente, en la formulación de Ross, sigue en pie, y es precisamente porque sabemos lo que los tribunales hacen que tiene sentido seguir discutiendo lo que estos deben hacer.

En fin, a modo de nueva conclusión, no puedo evitar reprimir alguna que otra carcajada al escribir esta postdata.

Referencias

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (2012), *Sistemas normativos.* 2da Edición, Buenos Aires, Astrea.

Bentham, Jeremy (2010), *Of the limits of the penal branch of jurisprudence*, Oxford, OUP.

Bessone, M. (1979). *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello. A cura di Mario Bessone*. Zanichelli.

Bulygin, Eugenio (2005), *El positivismo jurídico*, México, Fontamara.

Bulygin, Eugenio (2007), *Il positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè.

Calzetta, Alejandro, D. (2025), *Competencia, producción normativa, constitutividad*, Buenos Aires, Editores del Sur.

Caminos, Pedro, A. (2026), 'Recurso extraordinario y superior tribunal de la causa Federalismo, gestión de recursos, rol institucional y autonomía porteña', artículo inédito.

Guastini, Riccardo (2014), *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

caso son construcciones interpretativas de los jueces. La tesis central de todo realismo (americano, sueco, Ross, genovés... *¡el que usted guste!*) es probada por la Corte en toda la línea. Como ciudadano, es lamentable ver cómo la Corte hace lo que quiere, cómo reduce la práctica al tan temido juego del tanteador que Hart denunciaba como imposible (si es que el derecho debe ser lo que entendemos por "derecho"). No puedo no recordar a Tarello en su entrevista con Bessone, donde decía que la realidad jurídica italiana lo forzaba a sostener el realismo en cuando descripción de la realidad jurídica italiana, pero él lo que en realidad quería era que los jueces se apegaran más al texto de las disposiciones de derecho. Cf. Bessone 1979, pp. 9 – 13.

[27] Hay además un detalle que merece que sea resaltado. El considerando 12° del voto mayoritario afirma que la decisión "responde específicamente a los planteos de los actores", dos páginas después de haber sostenido que no se verifica acción alguna que habilite la competencia del Tribunal. Y algo más fino todavía: ese mismo considerando invoca la ética republicana, el decoro y la confianza en el Poder Judicial para justificar actuar, mientras que el considerando 11° de la disidencia invoca exactamente los mismos valores —con cita a los votos de Petracchi— para justificar lo contrario. Un tópico que sirve para fundar una conclusión y también la contraria, en el mismo expediente, en el mismo día, no determina nada: justifica una conclusión tomada de antemano. Que es, precisamente, lo que Tarello mostró sobre los argumentos jurídicos y como los jueces los usan para manipular las disposiciones jurídicas (cf. Tarello 1980, cap. VIII *en su totalidad*).

[28] Hay un film *poliziottesco* italiano cuyo título siempre me pareció fascinante: *La polizia incrimina, la legge assolve*. En este caso podríamos decir que *il realismo incrimina, la dottrina assolve*. Insistir con negar la verdad de las tesis del realismo jurídico, hoy en día, es una broma macabra al nivel de aquel *poliziottesco*.

Ross, Alf (1963), *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba (se cita por la reimpresión de 2006).

Tarello, Giovanni (1980), *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.

Von Wright, Georg Henrik (1963), *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul.

Jurisprudencia

CSJN, "Sojo, *Eduardo c. Cámara* de Diputados de la Nación", Fallos 32:120, 30/9/1887.

CSJN, "Strada, Juan Luis c/ Ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen s/ desalojo", Fallos 308:490, 8/4/1986.

CSJN, "Di Mascio, Juan Roque s/ recurso de inconstitucionalidad", Fallos 311:2478, 1/12/1988.

CSJN, "Itzcovich, Mabel c/ ANSES s/ reajustes varios", Fallos 328:566, 29/3/2005.

CSJN, "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, provincia de y otro s/ daños y perjuicios (reclamo por muerte de menor)", Fallos 329:759, 21/3/2006.

CSJN, "Halabi, Ernesto c. P.E.N. – ley 25.873 – dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", Fallos 332:111, 24/2/2009.

CSJN, "Anadón, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido" , Fallos 338:724, 20/8/2015.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, expte. FLP 47574/2023, "CECIM La Plata c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo Ley 16.986", 21/03/2024.

CSJN, "Chacón, Luis Gustavo s/ audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)", Fallos 347:1434, 15/10/2024

CSJN, "C.E.C.I.M. La Plata c/ PEN s/ amparo ley 16.986", sentencia del 29/9/2026.

CSJN, "Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo", Fallos 329:553, 7/3/2006.

CSJN, "Ibarrola, Jorge Alberto", Fallos 344:316, 2021.

CSJN, "Asociación Civil Árbol de Pie y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo colectivo", Competencia FGR 20213/2023/CS1, sentencia del 9/10/2026.

Normas y reglamentos

Constitución Nacional, arts. 1, 5, 18, 43, 75 (incs. 12, 20, 32), 108, 109, 113, 116, 117 y 121 a 123.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.1.

Ley 27 (1862), art. 2.

Ley 23.774 (1990), por la que se incorpora el actual art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Ley 26.122 (2006), que regula el trámite parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia.

Ley 26.737 (2011), de Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales.

Decreto de necesidad y urgencia 70/2023, Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina, art. 154.

Ley 25.675 (2002), General del Ambiente, art. 32.

Ley 26.854 (2013), de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional, arts. 2 (inc. 2) y 4 (inc. 1).

CSJN, Acordadas 32/2014 y 12/2016 [Registro Público de Procesos Colectivos y Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, respectivamente]. ■

Ley de Tierras: el ambiente no viene al caso

por María Florencia Saulino

La sentencia en CECIM, nos dice la autora, sólo se explica para aplacar el humor popular (¿y darle una manito al gobierno?)

13 de octubre de 2026

Una semana después de rechazar la demanda interpuesta por una asociación de excombatientes de Malvinas contra el artículo 154 del DNU 70/2023 (caso "*CECIM La Plata c. PEN*"), la Corte Suprema analizó otra acción entablada contra el mismo artículo, pero esta vez por un conjunto de comunidades indígenas y la organización ambientalista "Árbol de Pie".

Para los que no siguieron de cerca el debate del caso "CECIM", recordemos que la Corte rechazó la demanda por falta de legitimación activa de la asociación y por no existir caso o controversia (puede leer en La Crítica los artículos de Sebastián Guidi y Gabriel Bouzat explicando la decisión de la Corte).

En "Árbol de Pie", la Corte trata un caso que había sido acumulado a "CECIM", pero presentado esta vez por una organización ambientalista y un grupo de comunidades indígenas. ¿Hace esto alguna diferencia?

El requisito de que exista un "caso" o "controversia" aparece ya en los primeros precedentes de la Corte y tiene como objetivo principal evitar que los tribunales federales se inmiscuyan en asuntos que corresponden a los poderes políticos. Los tribunales no son órganos de consulta, sino que su función es decidir los agravios de las partes en una controversia, por lo que no pueden declarar la inconstitucionalidad de normas en abstracto.

Para que exista un caso, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, debe tratarse de una controversia que persiga la determinación de un derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo o inmediato atribuible al litigante. Es decir, la actora tiene que poder demostrar que sufrió o sufrirá un daño como consecuencia de la conducta de la demandada, y que dicho daño puede ser subsanado por el poder judicial.

Sobre este punto, la Corte Suprema ha seguido la jurisprudencia de su par norteamericano que excluye los casos de "generalized grievance". Es decir, el interés generalizado de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno no alcanza para que exista un "caso" o "causa", sino que tiene que existir un interés directo, concreto y personal, diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos en que le Presidente cumpla con la Constitución.

Esta regla no se modifica porque la acción sea planteada por una organización ambientalista que invoca la protección del ambiente, en vez de una asociación de excombatientes de Malvinas que invocan la soberanía territorial como bien colectivo.

Es cierto que los casos ambientales tienen particularidades propias. A diferencia de otros derechos, lo que hay que acreditar no es una lesión a la persona o al patrimonio de la actora, sino una lesión al ambiente, o al menos un riesgo cierto de que esa lesión se produzca. La Constitución reconoce legitimación amplia para el amparo colectivo y la Ley General del Ambiente reconoce legitimación amplísima para el amparo por cese. Pero esto no permite que los tribunales intervengan en casos en los que lo único que existe es un interés generalizado en que se cumpla la Constitución.

De hecho, la Corte tiene dicho que no alcanza con apreciaciones genéricas sobre la potencial explotación de los recursos naturales o sobre el

potencial impacto ambiental de la actividad. Tiene que existir un daño concreto o al menos un acto "en ciernes", es decir una amenaza suficiente de que exista un daño.

Las comunidades indígenas y Árbol de Pie impugnaron el DNU invocando el derecho de todos los habitantes de la Nación a gozar de un ambiente sano y equilibrado, y el deber de preservarlo. Las actoras argumentaron que la derogación de la Ley de Tierras por el DNU 70/2023 compromete el derecho al ambiente sano y a la utilización de los recursos naturales, los cuales son esenciales para el desarrollo humano y el bienestar de las generaciones presentes y futuras. También alegaron que la derogación incidiría negativamente en la preservación del patrimonio natural y cultural, así como en la diversidad biológica.



Pero ¿por qué? Las actoras no lo dicen y tampoco es fácil imaginarlo. La Ley de Tierras regula quién puede ser titular de tierras rurales, no qué se puede hacer con ellas. Las normas de protección ambiental se aplican del mismo modo a propietarios nacionales y extranjeros. Es claro que el riesgo ambiental no surge de la nacionalidad del propietario, sino de la actividad que este pretende desarrollar. De hecho, en la demanda no se menciona ningún riesgo ambiental en ciernes. Frente a un proyecto concreto que amenace el ambiente el amparo sin dudas procedería, pero no por la inconstitucionalidad de la derogación de la Ley de Tierras, sino por el potencial daño ambiental y la violación al Art. 41 de la Constitución Nacional.

Es cierto que el tribunal de origen no se había pronunciado sobre la causa y por ende correspondía el reenvío a primera instancia para que dicho tribunal determine si existe o no un caso y si la asociación está legitimada. El título que invocan las actoras es en algún modo distinto al de CECIM y merece ser evaluado, aunque, en mi opinión, en ninguna de las dos casusas se logre acreditar la existencia de un "caso" o "causa".

Pero la mayoría de la Corte no solo lo reenvía a primera instancia, sino que también concede una medida cautelar interina "para evitar la producción de daños irreparables mientras el proceso retoma su adecuado cauce" y vuelve a suspender la aplicación del Art. 154 del DNU 70/2023.

Sin embargo, no queda en claro cuál sería el daño "irreparable" para el ambiente o por qué la Corte considera que existe "verosimilitud en el derecho" y "peligro en la demora". Cabe aclarar que nada en la extensa normativa ambiental que cita la mayoría exime a los jueces de acreditar el cumplimiento de los requisitos para el dictado de una medida cautelar.

Por supuesto la inconstitucionalidad del Decreto 70/2023 resulta por demás verosímil (más allá de que la Corte aún no la haya declarado inconstitucional). El Senado de la Nación ya lo ha rechazado, y, como bien señala Gabriel Bouzat, no estaría vigente si no fuera por la Ley 26.122 que inconstitucionalmente exige el rechazo por ambas cámaras.

Sin embargo, como señala el voto del juez Rosenkrantz, no hay una sola indicación que permita inferir siquiera mínimamente que exista un peligro ambiental grave e irreversible que vuelva impostergable la adopción de una medida cautelar.

De hecho, los actores al solicitar la medida no invocan ningún riesgo para el ambiente, sino el peligro de violación de la integridad del territorio de las comunidades originarias. Argumentan que la ejecución del decreto ocasionará un perjuicio de imposible reparación ulterior, ya que podría generar derechos adquiridos de extranjeros sobre grandes extensiones de tierras que lue-

go serían difíciles de revertir, lo cual (según los actores) afectaría la seguridad nacional, la integridad territorial y los derechos de las comunidades indígenas, pero no el ambiente.

En resumen: acá tampoco hay caso y la medida cautelar dictada no responde a ningún hecho invocado por las partes que haga temer un inminente daño al ambiente o la necesidad de proteger los recursos naturales. Por el contrario, el único peligro en la demora parece surgir del descontento popular por la decisión en CECIM y de la posibilidad de que la Cámara de Diputados trate y rechace el DNU 70 en la sesión de la semana próxima. ■



R. Gargarella (2019)

Todo vuelve

por Ramiro Álvarez Ugarte

Aventuras locales del constitucionalismo popular realmente existente.

20 de octubre de 2026



¿Se acuerdan del constitucionalismo popular? Volvió, en forma del lío que armó la decisión de una jueza de Buenos Aires de declarar parcialmente inconstitucional el régimen penal juvenil de hace algunas semanas y la saga *CECIM / Árbol de Pie* de nuestra querida, ay, Corte Suprema. Pero quizás el constitucionalismo popular nunca se fue. Sirvan entonces estas líneas como reivindicación *post mortem* de una teoría que estuvo de moda hace unos veinte años, que generó su buena dosis de lío, pero que pareció perder *momentum* frente a una crisis democrática global que vino a frenar, via espanto, las empresas constitucionales más preocupadas por imaginar un futuro más democrático.

Qué fue el constitucionalismo popular

De la mano de trabajos históricos y críticos del giro por entonces moderadamente conservador de la Suprema Corte de EEUU, el constitucionalismo *popular* reunió a una serie de autores y líneas de investigación que reivindicaban un rol activo de los ciudadanos en la tarea colectiva de la construcción del sentido constitucional. Se trataba de una mirada democrática, que reivindicaba el carácter popular de la *constitución* con base en la autoría que el texto de Filadelfia —quizás algo ficticiamente— declama desde el mismo preámbulo.

El lado más sólido del constitucionalismo *popular* siempre estuvo en su pretensión descriptiva. La historia demuestra, con bastante claridad, que la Constitución y la determinación de su significado nunca es un ámbito de exclusiva competencia de jueces y abogados. Como texto legal y político, la Constitución se encuentra siempre en disputa, en parte como consecuencia de su lenguaje —en ocasiones vago y maleable, más principista que regulador— pero también porque es objeto de múltiples demandas sociales y políticas cuya satisfacción depende, al menos en parte, de una adjudicación constitucional, por necesidad o conveniencia. Es decir: todos quieren a la Constitución de su lado y van a interpretarla, de manera explícita en muchos casos y de manera implícita en otros tantos. En cualquier disputa sobre lo que el derecho *es* o *debería ser* esa acción de *ir a la Constitución* aparece y termina explicando mucho de lo que pasa en la realidad. Es el derecho *vivo* que —como dijo Holmes— es experiencia más que lógica.

Dónde está el constitucionalismo popular

Escuchen conmigo estos cinco minutos del programa *¿Y ahora quién podrá ayudarnos?* de Radio Con Vos, conducido por Ernesto Tenembaum.

Mientras manejaba escuchando esto e imaginaba estas breves líneas, también me acordaba de esta tapa famosa en el Reino Unido.

Ocurre que los jueces, quizás, están destinados a la ira popular. A fin de cuentas, una definición posible de su labor los pone a cargo de resguardar a la constitución de las presiones de la

política mayoritaria, y si ésta (la política) va en contra de la constitución, sabemos desde John Marshall en *Marbury v. Madison* cuál es el deber y *la provincia* de los jueces — indudablemente, su deber está con la Constitución. Si una ley es contraria a ella, es la constitución la que debe prevalecer. Pero el *constitucionalismo popular* mostró que los jueces no cumplen con ese deber aislados de la sociedad que habitan y a la que sirven. Ellos están sometidos a presiones y a reclamos, a demandas *sobre la Constitución* que lejos de constituir una anomalía, son habilitadas por la propia dimensión democrática que la Constitución proclama. Por eso la decisión de la jueza porteña fue rápida y prontamente revocada, y por eso — también— a la decisión en *CECIM* le siguió unos pocos días después la insólita decisión en *Árbol de Pie*. Esa saga sólo se explica, me temo, por las demandas hechas sobre la Corte por parte de actores que operan dentro del mundo del *constitucionalismo popular*, y la salida del tribunal se puede explicar pero estuvo lejos de ser elegante. Llovieron, sobre nuestra maltrecha y desmembrada Corte, todo tipo de críticas, porque la Corte se equivocó, y se equivocó *de dos maneras diferentes*.

Dos tipos de errores

Un grupo fuerte de críticas, especialmente en el caso *Árbol de Pie*, se sostuvo sobre muy razonables argumentos que podríamos catalogar dentro del mundo del *formalismo* legal, por errores técnicos en explicar lo que el derecho es y aplicarlo al caso concreto de acuerdo a criterios neutrales y previamente conocidos. Esta es una crítica típica de abogados y observadores del tribunal: son argumentos desde el *punto de vista interno* y conciben a la decisión como un mundo autocontenido, que aplica a un caso concreto el derecho vigente y poco más que eso. Las defensas de *CECIM* como caso técnicamente bien resuelto y las críticas a la mayoría en *Árbol de Pie* se pronuncian en este registro. En **La Crítica** hemos publicado las contribuciones de Gabriel Bouzat, de Alejandro Calzetta, y Florencia Saulino — todas en esta línea.

Pero otra crítica es de naturaleza política, y ve a la Corte operando en un universo constitucional más amplio que el del *caso concreto*. La unidad de análisis cambia: ya no se trata de ver si una decisión es técnicamente correcta, sino si esa decisión contribuye a una tarea más abarcativa, que sólo puede verse de manera agregada. Se trata de la función que la propia Corte reconoce como central en su competencia: la de resguardar el principio de supremacía constitucional. Y tanto en *CECIM* como en *Árbol de Pie*, la Corte falla en ese frente porque su *acción* en ambos casos revela su inexplicable inacción en tantos otros respecto del DNU 70/23, tan notoriamente inconstitucional y contrario a *su propia jurisprudencia* que causa una indignación extendida, y es allí donde entran las dinámicas que el constitucionalismo *popular* supo tan bien describir años atrás. Las notas que publicamos en **La Crítica** de Roberto Gargarella y Sebastián Guidi van, precisamente, en ese sentido.

El punto que yo destacaría es que una línea de crítica no es incompatible con la otra, aunque puedan existir —subyacentes— desacuerdos profundos. El formalismo como ideología jurídica reclama una autonomía del campo que la crítica más amplia, basada en alguna teoría más abaracativa del derecho constitucional (constitucionalismo *popular*, *dialógico*, *igualitario*, *democrático*, etcétera) no puede sino rechazar. En mi opinión, el punto central de la divergencia descansa sobre cómo ambas teorías explican la relación entre *derecho* y *política*. Si bien implica simplificar algo los puntos en tensión, diría que el formalismo pretende una separación estricta, casi absoluta; mientras que la mirada más amplia ve entre la política y el derecho una relación de *interdependencia* y *colaboración*. Así, *CECIM* puede estar técnicamente y formalmente *bien* desde el primer punto de vista, y jurídica y políticamente *mal* desde el segundo.

Que la Corte es permeable a la crítica externa resulta obvio, y el propio Juan Carlos Maqueda lo reconocía en estas páginas hace algunos días.

> "Hay que diferenciar tres niveles de influencia en la Corte Suprema: la crítica académica, la crítica periodística, y la movilización de la opinión pública. La opinión pública es, por lejos, la que más presiona. La crítica académica no presiona nada. La crítica de la prensa un poquito más, pero hasta por ahí nomás."

Una teoría del derecho y una teoría constitucional que no puede explicar lo que los jueces hacen no es —en mi opinión— una buena teoría. ¡El formalismo le falla a sus mejores soldados! Y es que el *backlash* contra *CECIM* no sólo era posible, sino que era enteramente predecible. Porque cuando una Corte Suprema va a resolver un caso como *CECIM* debe saber —*debe saber*— que el caso está enmarcado en una corriente litigiosa muy intensa contra un DNU que viola su propia jurisprudencia, un DNU que se mantiene vigente desde hace años sino que la Corte intervenga, no por falta de casos para decidir, sino porque no quiere. Ahí viene, entonces, el constitucionalismo *popular* a rescatarnos para al menos poder explicar cómo funciona el mundo. Esta teoría siempre tuvo una pretensión *normativa* más difícil de imaginar en la práctica, en parte como consecuencia de la dificultad de imaginar dinámicas históricas proyectadas a nuestro presente y en parte porque éstas no se presentaban como especialmente atractivas (¡untar de brea y plumas a los jueces!). Pero el constitucionalismo *popular* vive, por ejemplo en la pretensión de que esta pintada acá abajo no es enteramente estéril para definir el significado de la Constitución.



Tres Arroyos, Octubre de 2026

La pretensión normativa del constitucionalismo popular subsiste, entonces, en cierta idea democrática sobre la autoría *popular* de la Constitución, y un rol activo de los ciudadanos en la determinación de su significado. Qué significa esa afirmación *desde el punto de vista interno* siempre presentó un desafío, en parte por la fuerza gravitacional del formalismo, su rol en aglutinar al campo jurídico, su fuerte socialización, etcétera. Pero, como mínimo, el constitucionalismo *popular* podría llevar a los jueces a reflexionar mejor sobre cómo se procesa la permeabilidad que necesariamente tienen, cómo explican sus errores y cómo los corrigen. Una aproximación más honesta respecto de la difícil tarea de la interpretación constitucional debería dar cuenta de los dilemas y aporías involucrados en la misma, y sería una alternativa mucho más deseable que inventar deferencia a una ley interpretativa como en *Batalla* o inventar medidas cautelares que no existen en casos sin competencia, como en *Árbol de Pie*. Pero ello requeriría de virtudes y jueces que, lamentablemente, no tenemos. ■



Tres hurras para la Convención Plebeya

por Roberto Gargarella

Sobre el último libro de Fernando Atria.

20 de octubre de 2026

Todos quienes hemos prestado atención al "momento constitucional" chileno que se iniciara en octubre del 2019, debemos agradecerle a Fernando Atria la publicación de este libro. Se trata de un trabajo académico, político y autobiográfico, esperado y necesario. En él, Atria reflexiona con tiempo y calma -y aún conmovido- sobre ese proceso constituyente en todo sentido extraordinario que, aunque no lo queramos admitir, todavía sigue abierto, interrogándonos. El punto de vista del autor adquiere particular relevancia para entender lo acontecido, dado su carácter de "observador y participante"; o, más precisamente, dado su carácter de "observador calificado" (por tratarse de un académico experto en los temas de que trata el libro) y "protagónico participante" (por tratarse de uno de los miembros más lúcidos y articulados que tuvo la Convención del 2020). El libro *La Convención Plebeya* incluye reflexiones personales y políticas de mucha importancia para pensar la crisis democrática en Chile, y además nos lega una cantidad de intuiciones muy agudas (las iré rescatando en la medida en que pueda), sobre el pasado, presente y futuro del constitucionalismo chileno [1].

En mi carácter de uno de los tantos extranjeros que siguió al proceso chileno con admiración y esperanza, pero sin ingenuidad, quiero presentar aquí algunos comentarios sobre el libro de Atria y, a través de él, también, sobre aquel valioso momento constituyente. Procederé al respecto subrayando y comentando, crítica y empáticamente, varios de los muchos temas que discute el autor en *La Convención Plebeya*.

El estallido. Uno de los puntos que más me han interesado del libro tiene que ver con el fino análisis que hace Atria sobre el estallido del 2019. En este apartado, como en otros (ie., la propia naturaleza y funcionamiento de la Convención), la tarea a la que se aboca el autor tiene un significado especial. Ello así, dada la operación de "demolición" promovida por los críticos del proceso, aprovechando el así llamado "fracaso" de la Convención Constitucional.[2] Contra la lectura, absurda pero insistente, que ha querido asociar a aquel estallido social con un tiempo de "violencia delictiva e irracional" (aún, ridículamente, con un "golpe de estado"), Atria ofrece una

[1]Este texto forma parte de un poyecto financiado por la Unión Europea (ERC, proyecto 101096176 - ICDD). Los puntos de vista y las opiniones expresados son responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los del Consejo Europeo de Investigación. Aunque el propio Atria habla de "fracaso", aquí quiero dejar anotada mi resistencia al término. Creo que lo que se logró en ese período constituyente fue extraordinario, y que sus frutos, que se aprovecharán más adelante (y no en este período de oscuridad) ya resultan visibles: la conversación constitucional chilena ha cambiado, de modo notable, y hoy incluye -normalizadamente- cantidad de temas y posiciones años atrás inconcebibles (ie, sobre los derechos indígenas, la paridad de género, el valor del federalismo, etc.).

[2]Este texto forma parte de un poyecto financiado por la Unión Europea (ERC, proyecto 101096176 - ICDD). Los puntos de vista y las opiniones expresados son responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los del Consejo Europeo de Investigación. Aunque el propio Atria habla de "fracaso", aquí quiero dejar anotada mi resistencia al término. Creo que lo que se logró en ese período constituyente fue extraordinario, y que sus frutos, que se aprovecharán más adelante (y no en este período de oscuridad) ya resultan visibles: la conversación constitucional chilena ha cambiado, de modo notable, y hoy incluye -normalizadamente- cantidad de temas y posiciones años atrás inconcebibles (ie, sobre los derechos indígenas, la paridad de género, el valor del federalismo, etc.).

interpretación de lo ocurrido que se distingue por la sensatez. Él describe los hechos devenidos entonces como el producto de una larga "crisis de legitimación de la institucionalidad política," que encuentra sus antecedentes en el "movimiento pingüino" del 2026, y con inteligencia busca las claves para entender sus implicaciones presentes. Para Atria, la lectura que hoy promueven los críticos del estallido busca despolitizar la protesta, borrando aquello que permitió que una demanda de transformación institucional adquiriera enorme adhesión colectiva. Su conclusión al respecto es que el estallido debe entenderse como la impugnación a un modo de organizar la vida social, y no simplemente como una crisis de orden público. Me importa señalar, además, que el ejercicio que emprende Atria en este apartado gana relevancia adicional en un contexto latinoamericano marcado por el desencanto social, la disconformidad política (disconformidad con las instituciones y con las formas tradicionales de la representación), y la común disposición de las autoridades públicas a impedir, desalentar o reprimir la protesta social. Excelente.

La representación política y el papel de los partidos. En el capítulo 4 del libro, sobre todo, Atria reflexiona sobre las formas tradicionales de la representación política, y lo hace enmarcando su análisis en dos "fracturas" que identifica bien, y que presenta como superpuestas. La primera fractura sería aquella que se da entre quienes impugnan el orden existente, y quienes buscan preservarlo; y la otra, la que aparece entre la ciudadanía y la política institucional -una fractura que, en su opinión, se ha ido agravando durante décadas. En lo que hace al tema central de este apartado, Atria y yo tenemos diferencias, que hemos conversado, personalmente y por escrito, en diversas oportunidades. Aunque, obviamente, él reconoce la crisis de representación que todos los cientistas sociales reconocemos, Atria subraya que la representación política es *necesaria*, y que los partidos políticos son instituciones *indispensables* para el funcionamiento del sistema democrático. A la vez, él objeta la comprensión que muchos hacen (que yo mismo lo hago) de la representación política como un "*segundo mejor*". Ese criterio -señala Atria (desde mi punto de vista, exagerada e injustificadamente)- "hace imposible la democracia, porque implica que el representante siempre, necesariamente, defraudará a la sociedad; y lleva a la despolitización de la sociedad", p. 133).

Conforme anticipara, creo que el análisis de Atria, en este apartado, es equivocado. Según entiendo, la representación puede ser necesaria, y los partidos fundamentales, pero a la vez ser cierto que la crisis que afecta a esas viejas formas de representación resulte -como lo creo- irreparable. Y esto es así, agregaría, porque *las condiciones sociales y materiales que dieron sentido y valor a los partidos políticos,* fundamentalmente (y con ellos a las "viejas formas de representación") ya no existen. Ya no vivimos (ni volveremos a vivir) en un contexto caracterizado por *sociedades divididas en clases sociales, internamente homogéneas y con intereses estables en el tiempo*. En aquel contexto, distintivo de la primera mitad del siglo xx, se explicaba perfectamente la presencia e importancia de los "viejos" partidos políticos: los que representaban a los "tres tercios de la sociedad" chilena (según Manuel Antonio Garretón); o los partidos *Labor* y *Conservative* en Inglaterra; o aún, en la Argentina, el Partido Peronista, articulación política de las clases bajas, y la Unión Cívica Radical, de las clases medias. Pero las viejas formas de la representación política (grandes bloques de intereses estables) resultan, hoy, simplemente imposible de recrear, en el marco de nuestras actuales sociedades multiculturales, económicamente atomizadas en infinidad de grupos distintos, y en donde cada persona, a su vez (más que resultar asociada con alguna "identidad" particular, como reconoce Atria), se identifica -al mismo tiempo- con una diversidad de causas y compromisos diferentes, y tal vez en tensión entre sí. Hoy, una misma persona -digamos, un obrero fabril- puede considerarse, a la vez, feminista, anti-inmigrante, nacionalista, pro-drogas, pro-

armas, abortista, y varios etcéteras, sin mayores dificultades, mientras que el obrero sentado a su lado, al interior de esa misma fábrica, puede asumir una combinación de preferencias completamente opuesta. Insisto, entonces, con la idea: en contextos como el presente, el valor y sentido de los viejos partidos políticos, simplemente, desaparece. Aquellas formas de representación -muy exitosas durante los "30 años gloriosos" de la humanidad (posteriores a la Segunda Guerra Mundial"- resultan, simplemente, irrealizables e irrecuperables en la actualidad. Mal que nos pese. Podemos insistir en la promoción de partidos políticos, o en la reforma de las normas destinadas a regularlos pero, lamentablemente, ellos seguirán siendo "cáscaras vacías" (versiones degradadas de los alguna vez llamados, *catch all parties*), antes que "canales de transmisión" de vastos y homogéneos intereses sociales.

Quiero destacar, de todos modos, y antes de concluir esta sección, una observación fundamental que presenta Atria en su tratamiento de la representación. Ella es la que se refiere al proceso chileno no como "excepcional" en el mundo -no como una anomalía-sino como expresión de "algo epocal". Más precisamente, se trata -conforme señala, de modo pertinente, el autor- de "algo epocal que se manifestó en Chile", que es "probable esperar que ocurra en otros (procesos) por venir" (pp. 146-7). Creo que Atria da en el blanco al describir al proceso chileno como correlacionado con "la crisis global de la democracia que hoy vivimos", y como un ejemplo que de alguna manera anuncia la forma que pueden tomar los procesos constituyentes en el tiempo por venir (p. 150).

La Convención Constituyente, entre lo plebeyo y lo patricio. Considero otro acierto del libro la "clave de lectura" que ofrece Atria para adentrarse al estudio de la Convención Constituyente. Me refiero a la distinción que presenta entre "lo patricio" y "lo plebeyo", y el modo en que, a partir de ella, califica a la Convención (la denomina, como hemos visto, una una "Convención plebeya"). En el análisis de Atria, lo *plebeyo* vendría a designar la irrupción de actores y demandas que no encontraban representación suficiente en las instituciones existentes, y la posibilidad de que esos sectores participaran directamente en la definición de un orden común. Mientras tanto, lo *patricio* se referiría a los sectores y posiciones que encarnan el orden establecido o que consideran inaceptable la posibilidad de ser desplazados de su lugar, a partir o en razón de, esa irrupción. De modo interesante, también, Atria aclara que su distinción no implica una "división moral" entre un pueblo virtuoso y una elite corrupta; ni la fractura se vincula con la oposición izquierda-derecha. Bien.

Como comentario general sobre este apartado, señalaría que -en tanto observador externo- considero acertadas y suficientes las críticas y auto-críticas que él presenta en torno a lo ocurrido en la Convención, y lo actuado por él mismo, y su sector de pertenencia, durante los debates. De manera más específica, y en torno al análisis que presenta Atria sobre el accionar de la Convención, quisiera destacar aquí varias cuestiones. Ante todo, considero muy oportuno su esfuerzo por refutar y dejar de lado los malintencionados ataques dirigidos contra una Convención que se distinguió (y cito al autor, suscribiendo plenamente su cita) por un enorme "trabajo sin descanso" (y sin mayor ayuda pública ni compensación efectiva, agregaría).

Por otro lado, destacaría también su (tal vez más pertinente) objeción a la labor de la Convención: la crítica a la cantidad de tiempo y energía que insumió, absurdamente, la *cuestión reglamentaria* -ello, para colmo, en los "meses de... mayor legitimidad" de la Convención (p.27). En sus términos, "cargar a la Convención con la redacción desde cero de su propio reglamento fue una de las peores decisiones de diseño del proceso constituyente". Ello así porque -como bien señala el autor- para "afirmar la autonomía de la Convención respeto de las reglas anteriores a ella", no era necesario que la Convención redactara su propio reglamento -bastaba, por ejemplo, con aplicar el reglamento de la Cámara de Diputados

(p. 26). Creo también apropiada la discusión que da Atria (aunque -comprensiblemente- sin resolverla), acerca de *cómo lidiar con la derecha política* -en minoría- dentro de la Convención. ¿De qué modo es que los grupos mayoritarios, con capacidad de definir las pautas reglamentarias de la Convención, debían tratar a dicho particular grupo minoritario? ¿Es que correspondía hacer algún esfuerzo especial para favorecer la influencia de la derecha en el proceso de toma de decisiones de la Convención? Como bien señala el autor, "la"articulación de dos tercios con exclusión de la derecha fue un éxito en la Convención, pero un fracaso con vistas al plebiscito," p. 57.

En lo personal, me interesa mucho, también, el relato que ofrece Atria sobre los cambios que la Convención intentó avanzar -frustradamente- en torno la organización del poder constitucional. Para alguien que -es mi caso- ha insistido tanto sobre la importancia de que los latinoamericanos aprovechemos las oportunidades que nos ofrecen las Convenciones Constitucionales regionales, de modo tal de modificar "*la sala de máquinas de la Constitución*" (una idea que -insólitamente para mí- fue reiteradamente citada durante los debates chilenos), el conocimiento de lo hecho e intentado por la Convención, en dicha materia, resulta muy atractivo. En tal sentido -debo confesar también- es decepcionante advertir lo poco que se procuró cambiar, efectivamente, en la materia, para tomar en serio un tipo de compromiso teórico (el de modificar la organización del poder/ cambiar la "sala de máquinas") que muchos de sus miembros invocaban. Una de las razones que pueden ayudar a explicar este resultado frustrante es la que identifica Atria cuando habla de "*el principio autoritario*", esto es, "la idea de que si no hay una solución jurídicamente asegurada habrá caos, porque del parlamento no puede esperarse responsabilidad". Según el autor, dicho principio contribuye a entender "lo extraordinariamente difícil que es pensar en una institucionalidad distinta que la que tenemos, aun cuando esta institucionalidad es la que hizo estallar el país" (p. 42).

Lamentablemente -agregaría, como conclusión sobre la propuesta constitucional entonces elaborada- la Convención terminó refrendando, en sus propuestas "orgánicas", lo que denominaría un *modelo latinoamericano clásico*, que es, mal que nos pese, esencialmente *conservador*. Me refiero a un modelo que terminó expresándose en la misma propuesta final de "Convención Plebeya," a través de un presidencialismo fuerte (digamos así, con la vieja "sala de máquinas" plenamente intacta); un Congreso de formato tradicional (dos Cámaras más o menos simétricas y con similares poderes); una organización judicial *old style* (en donde apareció como "gran innovación", un *outdated* Consejo de la Magistratura); y muy pocos esfuerzos orientados a restaurar el "principio democrático" -quiero decir, orientados a recuperar el invocado "lugar del pueblo" en la Constitución. Por esto también es que indignan tanto las críticas que ha recibido la Convención, en términos de propuesta *radical o maximalista* ("un intento de golpe de estado", como muy desafortunadamente definió un viejo amigo). Lo cierto es que, tal como lo he señalado en otras oportunidades, la propuesta final de la Convención (más allá de su retórica, y más allá de algunas excepciones innecesarias) fue muy similar a la que caracterizó a algunas de las más respetadas propuestas constitucionales latinoamericanas -diría, algo provocativamente- como la que quedó consagrada en la internacionalmente venerada Constitución de Colombia, de 1991. Dado ello (dadas, en definitiva, las similitudes estructurales que se advierten entre ambos textos) resulta un desatino que hoy se considere a la Constitución colombiana de 1991 como un ejemplo de sofisticado acuerdo democrático, mientras que la propuesta de la Convención Chilena haya sido caracterizada como un "mamarracho jurídico". Dicha circunstancia habla, en todo caso, de la pobreza de nuestra discusión pública, y del modo en que la misma ha quedado da-

ñada y contaminada por la influencia del dinero, los algoritmos y los grandes grupos de poder.

El fracaso del plebiscito. Atria interpreta el rechazo del 4 de septiembre del 2022 como una "derrota de la Convención Plebeya" -aunque no como una refutación de la demanda abierta por dicho proceso. Al mismo tiempo, él resiste, con razón, la idea de que los votantes que rechazaron la propuesta actuaran por motivos elitistas. Su tesis es política e institucional: el resultado desafortunado (el triunfo del "no", en el plebiscito), tuvo mucho que ver con una -digamos así- "campaña de desacreditación" de la Convención y sus miembros, y fue aprovechado para desacreditar la experiencia constituyente en su conjunto, y para reestablecer la autoridad de las posiciones que habían sido desplazadas (volveré sobre esto, hacia el final). Acuerdo, en general, con estas ideas de Atria, que ofician como punto de partida de su análisis sobre la cuestión.

Disiento en parte, sin embargo, con su aproximación más específica sobre el tema del plebiscito. De hecho, considero que el llamado "fracaso" de la Convención se explica, en buena medida, por el mismo mecanismo del plebiscito, esto es decir, se explica en parte por la herramienta legal *escogida* (y subrayo "*escogida*") para considerar aprobada la propuesta elaborada por la Convención. El mecanismo aprobatorio elegido pudo haber sido, perfectamente, uno distinto del plebiscito. Si miramos los modos en que, en el derecho comparado regional, se ha tratado la cuestión, nos encontramos con formas alternativas de muy diverso tipo: aprobación por la Asamblea o Convención Constituyente (Argentina 1994, Brasil 1988, Colombia 1991, Paraguay 1992); aprobación por la Asamblea, y ratificación popular (Bolivia 2009, Ecuador 2008, Venezuela 1999); aprobación parlamentaria (Brasil 1988 para las reformas subsiguientes a la Constitución; México, con intervención del Congreso de la Unión y de las legislaturas estatales); aprobación parlamentaria más ratificación popular (Uruguay); aprobación popular directa (Perú 1993, Chile 1980). Subraya, para lo que más me interesa, el siguiente dato: en importantísimos procesos constituyentes como los de la Argentina 1853 y 1994, o como el ya citado de Colombia, 1991, la fórmula fue, simplemente (algo así como) "se considerará aprobado al texto que la Convención Constitucional apruebe al término de sus deliberaciones". Permítaseme agregar un contrafáctico, en línea con lo señalado más arriba: si la reputada Constitución Colombiana de 1991 hubiera sido sometida a un plebiscito ratificatorio final, ella habría resultado, muy probablemente, rechazada. Y eso no ocurrió, simplemente, porque porque el proceso constitucional colombiano descansó, para validar su producto final, meramente en la legitimidad de origen de la Constituyente. Quiero decir: no hay nada inherente al *rule of law,* o a "los principios del constitucionalismo", o al "derecho natural" que exija, en absoluto, la "validación final en plebiscito" del texto elaborado por una Convención Constituyente.

Más todavía, y tal como he repetido hasta el cansancio, la estrategia del plebiscito de cierre resulta particularmente desafortunada, en relación con textos extensos, diversos, amplísimos, internamente en tensión -como los que son propios de cualquier Convención Constituyente (Gargarella 2022, 2022b). Ello así, porque obligan a una aprobación o rechazo "en bloque y sin matices", por parte de la ciudadanía, frente a esos textos complejos y en tensión interna. A resultas de lo dicho -y a partir de esa necesidad de votar "en bloque y sin matices"- un ciudadano queda imposibilitado de distinguir, siquiera, y por ejemplo, entre los aspectos que más valora de la Constitución propuesta (pongamos, derechos sociales o derechos indígenas) y aquellos que más rechaza o repudia (pongamos, la reelección presidencial o el aborto). De allí que, habitualmente, al votar por "sí" o "no" a un "paquete constitucional completo", termine *aprobando mucho de lo que más repudia, o rechazando mucho de lo que más valora*. Peor que eso: esa imposibilidad de distinguir, en absoluto, entre lo que va a aprobarse y lo que va a rechazarse, ofrece

una oportunidad inmejorable al gobernante de turno (como ha ocurrido tantas veces en América Latina) para "*sobornar*" a la ciudadanía, o "*extorsionarla*", ofreciéndole a la población los derechos que esa ciudadanía más valora, "a cambio" de lo que él -como gobernante con aspiraciones de reforzar su mandato- más desea (ie., su propia reelección, y/o mayores poderes para sí mismo). Todavía peor: este tipo de plebiscitos -que terminan por colocar a la ciudadanía en una posición "imposible" (por la imposibilidad de discernir o expresar apropiadamente su opinión, sobre cuestiones tan diversas)- incentivan o provocan que la elección o "plebiscito de cierre" termine sirviendo, finalmente, no para opinar sobre el inabarcable texto del caso, sino para "premiar o castigar" al gobierno o Ejecutivo de turno. El "no" a la Constitución, entonces, merece ser leído, habitualmente, no como un rechazo del texto (finalmente, imposible de evaluar a través de una herramienta legal tan torpe), sino, más bien, como un "no" al gobernante de turno, y viceversa.

Para quien le interese, simplemente agregaría que, en mi opinión, los procesos de creación constitucional deberían organizarse en torno al ideal de una *conversación ciudadana* -más precisamente, deberían organizarse teniendo en vistas al ideal dialógico de "*una conversación entre iguales*" (Gargarella 2021). Decir esto no es decir mucho, pero es decir bastante, porque implica, por ejemplo, resistir los modelos de la creación constitucional más comunes en la región: ya sea el del tipo de la "Convención Plebeya" (un modelo al que denomino, siguiendo a Jon Elster, el del "*reloj de arena*" -Elster 1995- es decir, amplio y con apelación a la ciudadanía, al comienzo y al final, y más bien "estrecho" en el medio -a pesar de lo que se haya afirmado lo contrario sobre esta etapa "del medio"); el de "convención de expertos" o "elites" (como el que caracterizó al Segundo Proceso Constituyente chileno); el de la Convención "maniatada de antemano" (como lo fue el de la Argentina, 1994, cuyos límites fueron estrictamente fijados con antelación, por el Congreso, luego del "Pacto de Olivos"); etc. Frente a este tipo de alternativas (muy inatractivas, según entiendo), decir que la creación constitucional debe ser, sobre todo, un proceso "democráticamente conversado" quiere decir ni más ni menos que eso: que *las reglas que nos van a afectar a todos, en el futuro, deben ser discutidas, tanto como se puede, por todos* (entiendo que a eso apuntaron, de modo bastante sensato, las discusiones constitucionales promovidas por el gobierno de Bachelet, antes del fin de su mandato).

Por último, Atria también señala, con razón, que luego del frustrado resultado del plebiscito, la cuestión constitucional "volvió a la derecha". En Chile, esta circunstancia quedó expresada a través de la conformación del Segundo Proceso Constituyente (del que aquí no voy a ocuparme con detalle). En dicha ocasión, la derecha -agrega Atria- "a pesar de tener la experiencia del proceso constituyente, además de las décadas de veto a todo cambio" hizo una propuesta extremista, "mucho más extremista que la de la Convención" (p. 199). Atria cierra luego el capítulo que dedica al plebiscito del 4 de septiembre con un párrafo de antología -para mí, otro de los grandes legados del libro. Permítanme citar esa reflexión en su totalidad. Escribe Atria: "A mi juicio, lo que estaba en juego (el 4 de septiembre) era la Constitución en su comprensión anterior: a quién responde, quién decide sobre los términos fundamentales de la vida en común. Lo que se plebiscitaba ese día era el 'peso de la noche' portaliano, la idea de que el orden social en Chile depende de que sus condiciones fundamentales sean dadas y aseguradas desde fuera, no por una decisión del pueblo. Se trataba de si Chile podía ser una unidad política cuyos términos fundamentales fueran fijados por 'nosotros el pueblo'. Eso fue lo derrotado" (p. 204).

El "castigo ejemplar", frente a la necesidad de salir de un sistema político "neutralizado". Con optimismo de la voluntad, Atria insiste, a lo largo del libro, y más enfáticamente hacia el final del mismo, en la necesidad de dejar atrás un sistema político "*neutralizado*", esto es decir, incapaz

de tomar decisiones transformadoras (p. 59). Al mismo tiempo, y con su pesimismo de la razón, el autor asume también el peso adquirido por el "fracaso" de la Constituyente. En otros térmios, Atria reconoce bien la oscura sombra que esa frustración colectiva proyecta sobre el presente. Según el autor, la nueva Constitución "debía implicar una solución de continuidad" con la vieja cultura política del país, para permitir "un nuevo comienzo." Sin embargo -admite- "el fracaso del proceso constituyente cerró esa posibilidad, e implica que el proceso de deslegitimación institucional no ha encontrado una vía para (comenzar a) corregirse" (p. 272). Ello así, aún cuando -en sus términos- los peores rasgos de la vieja "Constitución tramposa" -es decir, los principales "cerrojos" creados por el jurista pinochetista Jaime Guzmán- quedaron ya eliminados del actual orden constitucional vigente en Chile (Atria 2013).

En línea con tales observaciones, Atria concluye su razonamiento político, en este libro, con algunas importantes reflexiones sobre el sentido final o propósito de los duros ataques dirigidos entonces (y repetidos aún hoy) contra todo lo representado por aquel (maravilloso -diría yo) "momento constitucional" chileno (Ackerman, 1991). Permítanme citar aquí algunas de esas reflexiones finales que operarán, al mismo tiempo, como últimas reflexiones de este comentario. Según Atria, lo ocurrido en Chile, a partir del "fracaso" del proyecto transformador encarnado por la "Constitución plebeya", debe leerse como un intento disciplinador o aleccionador por parte de los viejos sectores dominantes de la política chilena. Se trató, nos dice, de una dura reacción, llamativamente "excesiva". De modo interesante, y conforme con la interpretación de Atria, el "exceso" de esa reacción nos refiere a "un intento de castigo ejemplarizador a quienes creyeron que podían excluir a los que tienen un derecho especial a ser incluidos." En definitiva, el "exceso" de reacción de la derecha política, frente al "fracaso" de la "Convención Plebeya" procuró (como todavía procura) cumplir con una misión manifiesta: su "función política" -concluye Atria- fue la de "enseñar a los plebeyos su lugar, de modo que no pretendieran impugnarlo otra vez" (p. 216).

Referencias

Ackerman, B. (1991), *We the People,* Cambridge: Harvard University Press.

Atria, F. (2013), *La Constitución Tramposa,* LOM Ediciones: Santiago de Chile.

Elster, J. (1995) "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke Law Journal,* Vol. 45, n. 2.

Gargarella, R. (2021), *El derecho como una conversación entre iguales,* Siglo XXI, Buenos Aires .

Gargarella, R. (2022) "Rejection of the new Chilean Constitution: Some Reflections," *Oxford Human Rights Hub,* Sept. 14 https://ohrh.law.ox.ac.uk/rejection-of-the-new-chilean-constitution-some-reflections/

Gargarella, R. (2022b) "El plebiscito de salida como error constituyente", *International Association Constitutional Law Blog,* https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/9/6/plebiscito-salida-error-constituyente

■



R. Gargarella, Panamá (2026)



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)

Cuando el litigio estratégico no es ni litigio ni estratégico

por Juan Jesús Garza Onofre

Sobre los riesgos de la justicia como un slogan. Los límites de una práctica pretendidamente transformadora.

23 de octubre de 2026

La crisis multidimensional de las sociedades contemporáneas —donde la percepción de un declive ético coexiste con el desmantelamiento del Estado democrático constitucional— exige superar el inmovilismo para repensar el rol que desempeñan los operadores del Derecho frente a la injusticia estructural. En este complejo escenario, la reconfiguración de la abogacía encontró en el litigio estratégico un cauce idóneo para trascender la práctica forense tradicional.

Históricamente, el litigio estratégico abreva de la evolución de la litigación de interés público desarrollada en los Estados Unidos desde las primeras décadas del siglo XX. Su génesis conceptual se vincula a las reflexiones teóricas de Jerome Frank y a pronunciamientos jurisprudenciales paradigmáticos como *Brown v. Board of Education* y *Roe v. Wade*; escenarios donde la vía judicial dejó de ser concebida como un mecanismo estrictamente privado para mutar en un terreno de deliberación constitucional y reforma social.

Cabe mencionar que este modelo se internacionalizó progresivamente durante las últimas décadas del siglo pasado, encontrando un desarrollo notable en América Latina a través del trabajo de organizaciones de la sociedad civil y clínicas jurídicas universitarias enfocadas en la promoción de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, el litigio estratégico se concibe como un proceso articulado de identificación y estructuración de problemáticas sociales a partir del cual se promueven casos judiciales concretos para alcanzar transformaciones estructurales de fondo.

Así, frente al entendimiento convencional del litigio —cuya atención se restringe al resultado binario de la victoria o la derrota en el expediente—, el modelo estratégico propone un impacto multidimensional e iterativo a lo largo del tiempo. Y es que habrá que tener en cuenta que la trascendencia de una acción legal no radica únicamente en la obtención de una resolución favorable dictada por un tribunal, sino en su capacidad para modelar la opinión pública y desencadenar dinámicas de movilización política. De este modo, la práctica jurídica asume una dimensión performativa en la cual el Derecho deja de operar como una simple técnica de control formal para convertirse en un lenguaje idóneo con el que nombrar agravios colectivos y cuestionar las inercias del poder.

Casos emblemáticos relacionados con el matrimonio igualitario, la interrupción legal del embarazo, los derechos de los pueblos indígenas y la protección del medio ambiente demuestran el potencial de este tipo de litigio para otorgar visibilidad e historia a luchas que suelen estar ausentes de las agendas de los poderes políticos.

Sin embargo, esta reconfiguración del oficio enfrenta tensiones severas que pueden neutralizar su alcance transformador y degradar su sentido normativo. Antes que continuar alabándolo sin más, o postulando todas y cada una de sus virtudes, bien vale la pena someter esta práctica a un examen crítico para analizar aquellos escenarios en los que el litigio estratégico deja de ser una herramienta de transformación y se convierte en un mero dispositivo de gestión jurídica

que apenas administra los márgenes del orden legal, contribuyendo a consolidar las mismas estructuras de opresión que dice combatir.

Y es que para nadie es un secreto que la paulatina internacionalización de la litigación estratégica ha estado acompañada por la presencia decisiva de fundaciones filantrópicas globales y redes transnacionales de abogacía que, aunque posibilita sostener procesos judiciales complejos en foros internacionales, también entraña el riesgo manifiesto de subordinar los reclamos locales a prioridades y marcos conceptuales definidos desde el exterior. Diversas perspectivas críticas sostienen que muchas organizaciones no gubernamentales corren el peligro de actuar como la cara comunitaria de un modelo neoliberal, canalizando el conflicto social hacia vías institucionales estilizadas que administran el malestar sin cuestionar las estructuras de dominación económica e impunidad.



A partir del análisis de experiencias como el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos, el célebre trabajo de Epp ha demostrado que la llamada "revolución de los derechos" no habría sido posible sin la canalización intensiva de recursos económicos e institucionales hacia actores jurídicos comprometidos con esa agenda. Pero en claro contraste, amplios sectores del litigio estratégico en la actualidad funcionan bajo lógicas fragmentadas de gobernanza por proyectos, caracterizadas por presupuestos volátiles e itinerarios cambiantes impuestos por las agencias de cooperación internacional. Esta dependencia estructural genera una paulatina despolitización del conflicto social, reduciendo la acción emancipadora a la medición focalizada de metas y a la gestión burocrática de la protesta.

Aunado a lo anterior, se manifiesta un problema fundamental cuando el litigio estratégico deja de ser sustantivamente litigio y se convierte en un simulacro procesal. La híperlitigiosidad contemporánea y la creciente tendencia a traducir todo desacuerdo social al lenguaje formal de los tribunales desradicalizan los objetivos de los movimientos comunitarios.

Al adaptar sus demandas a los estrechos márgenes de los códigos normativos, los colectivos se han visto obligados a abandonar planteamientos estructurales para encajar sus reclamos en pretensiones judiciales bastante acotadas. Este fenómeno fomenta la falsa creencia de que cualquier conquista social debe provenir necesariamente de los estrados judiciales, desplazando la acción política directa hacia la esfera de la representación técnica y la mediación forense. Depositar en las altas cortes la responsabilidad de dirimir las fracturas morales de las sociedades contemporáneas o de resolver deficiencias distributivas supone sobrecargar al sistema judicial de expectativas que ningún tribunal está capacitado para cumplir en soledad. Como destacan voces críticas dentro de la teoría jurídica, las naciones no se transforman en sus bases de fondo por el mero dictamen de las personas juzgadoras, sino por la acción decidida de los actores políticos y la deliberación democrática en los espacios representativos. Cuando la judicatura asume funciones de sustitución legislativa, su legitimidad se erosiona bajo el peso de expectativas irreales y la fragilidad de precedentes que pueden ser modificados por cambios en la integración de las cortes. De tal manera que si una acción judicial carece de un análisis técnico riguroso de la controversia y se utiliza solo como una tribuna verbal para visibilizar una causa, la litigación pierde su consistencia procesal y se degrada a una escenificación mediática.

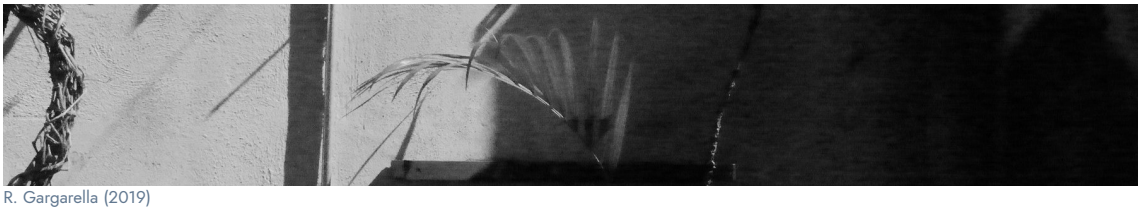
En esa misma línea, otro obstáculo crítico surge cuando el litigio estratégico deja de ser verdaderamente estratégico. La inflación retórica de la categoría ha banalizado el concepto, catalogando como "estratégico" a casi cualquier proceso legal que busque resonancia en los medios de comunicación o en la opinión pública. Esta tendencia desemboca en un populismo forense que privilegia el impacto publicitario por encima del rigor argumentativo y la solvencia dogmática de la pretensión. En esta dinámica, el profesional de la abogacía corre el peligro de priorizar el aplauso y el posicionamiento de marca personal por encima de la defensa honesta y diligente del asunto concreto.

Esta mediatización del proceso resulta vergonzosa cuando instrumentaliza las causas legítimas de los sectores históricamente excluidos, y es que al medir el éxito de una estrategia exclusivamente por la espectacularidad de llegar a una corte internacional o al tribunal constitucional supremo, se desatiende la efectividad de los remedios judiciales a nivel local. Asimismo, el discurso del litigio de impacto suele sostenerse en un optimismo ingenuo que asume que el cambio jurídico se traduce automáticamente en una modificación de la realidad material de las personas. La dilación desmedida de las controversias ante los tribunales desencadena consecuencias trágicas, provocando que las personas afectadas o las víctimas fallezcan antes de la emisión del fallo o que las tierras ancestrales y los recursos naturales sufran daños irreparables durante el trámite procesal. Obtener un triunfo simbólico en la jurisprudencia mientras las condiciones de explotación o exclusión permanecen intactas en la práctica diaria constituye una victoria pírrica que termina convalidando el orden que pretendía impugnar.

Para superar estas patologías de la práctica forense, se vuelve imprescindible reconcebir la abogacía desde una tensión constructiva entre el rigor de la dogmática jurídica y la responsabilidad con la justicia sustantiva.

El litigio estratégico no debe descartarse como herramienta de exigibilidad y defensa colectiva, pero requiere liberarse del fetichismo procesal y de la frivolización mediática. Únicamente a través de una praxis forense autocrítica, fundamentada en la filosofía moral y articulada orgánicamente con los procesos de movilización social, será posible rescatar al litigio como un medio genuino de emancipación y transformación de la realidad social. De lo contrario, se continuará convalidando un simulacro de gestión jurídica que, en los hechos, no es ni litigio ni estratégico.

Lo que me he propuesto en mi nuevo libro "Moralidad para abogados en tiempos inmorales. El razonamiento práctico en el ejercicio de la abogacía y su impacto social" no es otra cosa que ofrecer una reflexión crítica e iusfilosófica que desmonte la ilusión del declive ético y devuelva a la praxis jurídica su densidad normativa y su vocación emancipadora. Se trata de colocar en el centro del debate las sombras e inconsistencias del oficio para recordar que el Derecho no debe reducirse a una mera técnica mercantil al servicio del mejor postor. Ojalá sirva de algo. ■



R. Gargarella (2019)

Entrevista a Sebastián Guidi

por Sebastián Guidi

Uno de los editores de La Crítica fue entrevistado por Luciana Vázquez en La Nación sobre las últimas andanadas de la Corte Suprema

20 de octubre de 2026

"Más que una falta de independencia de la Corte, lo que se da hoy es una situación de impotencia de la Corte", dice. **"Con el fallo del viernes respecto de la Ley de Tierras y el DNU 70/2023, queda muy a mano la sospecha de que la Corte sigue sosteniendo posturas favorables al Gobierno porque descomprime la presión en la Cámara de Diputados, donde se reavivó el tema del DNU 70 y la posibilidad de su rechazo"**, sostiene. "Es una decisión en la que la mayoría de la Corte se las ingenia para seguir manteniendo absoluto silencio sobre la legitimidad del DNU. Carlos Rosenkrantz fue más coherente y mantuvo su postura anterior", explica. "De todas maneras no se percibe que haya un seguidismo de la Corte como fue con la "mayoría automática" de Menem", asegura. "La Corte está obligada a decidir con los tres miembros que la integran. Tiene una consecuencia: **no puede hacer nada demasiado osado.** La Corte parece funcionar con una mutilación", analiza. "Este Gobierno no ha tenido un nivel de prolijidad institucional tal que justifique la pasividad de la Corte, más bien al contrario", advierte. "Si se suma la cantidad de DNU de Milei, no se podría llegar tanto a esa conclusión, pero si se suma la cantidad de normas modificadas a través de DNU, es el Gobierno que, por lo menos desde Néstor Kirchner, más normas modificó por DNU", concluye.

El experto en derecho constitucional Sebastián Guidi estuvo en La Repregunta. Guidi es especialista en el tema de legitimidad judicial. Es profesor de derecho constitucional en la Universidad Di Tella y de derechos fundamentales en la Universidad de San Andrés. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Yale y abogado por la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado en las principales revistas especializadas de su disciplina en la Argentina y Estados Unidos, como el *Yale Law Review* y el *Yale Law Journal*.

El gran desafío de los DNU y la constitucionalidad de la visión de un gobierno. Milei y los DNU, ¿los DNU con más impacto en la arquitectura constitucional? Corte Suprema y Poder Ejecutivo, ¿una relación opaca? Fallos de la Corte, entre la política y la opinión pública: el caso de la Ley de Tierras y el DNU 70/2023. Corte y fallos contramayoritarios, ¿no tanto? Estado desregulación, ¿beneficiado por el sesgo de la Corte? DNU 70, ¿inconstitucional? La ley kirchnerista de los DNU, ¿la madre del problema? Una salida posible para los DNU: ¿puede la Corte declararla inconstitucional? Guidi hizo su análisis.

Aquí, la entrevista completa.

-El gran tema es la relación entre justicia y política o la independencia del Poder Judicial. ¿Cuán independiente es la Corte Suprema hoy? ¿Este es un momento crítico o ha habido momentos más críticos, por ejemplo, la mayoría automática de Menem?

La mayoría automática de Menem fue un momento muy particular para la Corte. Había un seguidismo más o menos automático de los designios del Poder Ejecutivo a través de algunos mediadores como Eduardo Menem y Eduardo Bauzá, entre otros. Ahora no se percibe que haya un seguidismo de ese tipo; nadie percibe que se estén siguiendo órdenes del Ejecutivo. Lo que pasa es otra cosa: la Corte está en una situación de mucha debilidad. El hecho de que sean tres jueces, un punto que se suele criticar, también pone a la Corte en una situación de mucha fragilidad al momento de decidir. Por la ley que regula el funcionamiento de la Corte, está obligada a decidir con los tres miembros que la integran. Eso tiene una consecuencia: la Corte no puede hacer nada demasiado osado. Parece funcionar con una mutilación. Entonces más que una falta de independencia lo que se da es una situación de impotencia por parte de la Corte. Y lo otro que uno ve es que en los gobiernos anteriores, particularmente el de Alberto Fernández pero también el de Mauricio Macri, la Corte adoptó una postura confrontacional con el Gobierno, algo que, por ahora, no se demostró en estos tres años de Javier Milei.

Gobierno y Corte. De la ``mayoría automática'' al presente, ¿cuán independiente es la Corte?

-¿El cambio de posición que se dio este viernes en otra causa que reclama sobre la Ley de Tierras y el DNU 70/2023, donde la Corte falló en sentido contrario al fallo del CECIM?

Es difícil saber porqué la Corte hace lo que hace porque no está obligada a dar razones. Pero el hecho de que el nuevo fallo en sentido contrario haya sido tan apresurado, incluso acortando plazos procesales, sin dar razón alguna, hace imposible no sospechar de motivaciones políticas. Queda muy a mano la sospecha de que la Corte sigue sosteniendo posturas favorables al Gobierno porque descomprime la presión en la Cámara de Diputados, donde se reavivó el tema del DNU 70 y la posibilidad de rechazarlo de manera definitiva. Es una decisión en la que la mayoría de la Corte se las ingenia para seguir manteniendo absoluto silencio sobre la legitimidad del DNU. Carlos Rosenkrantz fue más coherente y mantuvo su postura anterior.

-¿La impotencia de la Corte termina beneficiando al Poder Ejecutivo?

Sí, es lo que se ve. En el gobierno de Macri, la Corte le impidió bajar el IVA a los alimentos y le declaró la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias a los jubilados. Recordemos también que el gobierno de Macri se inicia con el famoso fallo de la coparticipación que le ordenaba devolver plata a las provincias. A Cristina Kirchner le impidió la llamada "democratización de la justicia". A Alberto Fernández la Corte le impidió el cierre de escuelas y que le quitara coparticipación a la Ciudad de Buenos Aires para dársela a la Provincia de Buenos Aires con una medida cautelar. También declaró inconstitucional la ley del Consejo de la Magistratura y suspendió elecciones provinciales en provincias gobernadas por gobernadores peronistas. Eso en los gobiernos de Macri y de Alberto, es decir, gobiernos de diferentes signos políticos. En el gobierno de Milei no se ve ninguna medida de ese tipo, ningún fallo que cause ese nivel de obstrucción al Gobierno. Y eso se da, desde la perspectiva de muchos, en un gobierno como el de Milei que no ha tenido un nivel de prolijidad institucional tal que justifique la pasividad de la Corte, más bien al contrario. Si se suma la cantidad de DNU de Milei, no se podría llegar tanto a esa conclusión, pero si uno suma la cantidad de normas modificadas a través de DNU, que muchas veces son kilométricos, es el gobierno que, por lo menos desde Néstor Kirchner, más normas modificó por DNU.

Néstor Kirchner, de la Corte de Menem a la Corte de siete miembros. ¿Mayor independencia?

-¿Cómo fue la relación de Néstor Kirchner, en su presidencia, con la Corte?

Kirchner arranca mal con la Corte de aquel momento, que era la que venía de los ´90. En 2002, Duhalde le hace un juicio político que nau-

fraga en el Congreso, pero que horada lo suficiente la legitimidad de esa Corte, que ya venía cuestionada, como para que el juicio político de 2003 tuviera mucho más consenso. Cuando Kirchner le hace juicio político a los miembros de la Corte Suprema de la mayoría automática, logra dos tercios de ambas cámaras para destituir a Moliné O'Connor y a Boggiano.

-Kirchner se mete con una Corte que estaba muy abiertamente cuestionada y con mucha evidencia. ¿Cómo es la relación con la Corte que se constituye después?

Kirchner estaba obligado a conformar una Corte con algún mayor grado de legitimidad y en buena medida lo logra. Lo logra de dos maneras. Con el Decreto 222, que ahora Milei redujo a la nada. Y con la reforma al reglamento del Senado, que empezó a tener audiencias dentro de la propia Comisión de acuerdos. Le dan un nivel de publicidad al candidato que antes no existía.

-¿Por qué es importante el Decreto 222 y por qué dice que Milei lo deja casi sin efecto?

Es un decreto que se suele caracterizar como de "autolimitación", es decir, dado que el nombramiento de jueces es una facultad presidencial, el presidente puede restringirse a sí mismo al momento de decidir a quién nombra. El Decreto 222 fue impulsado por organizaciones de la sociedad civil. Establece ciertos parámetros de equilibrios a respetar en la Corte, que nunca se respetan demasiado, en relación al género, la especialidad, la región, etcétera. Por otra parte, establece un régimen de publicidad anterior al envío del pliego al Senado. Y luego está el régimen de publicidad que agrega el Senado. Los candidatos pasan por dos procesos parecidos. Ese sistema tiende a asegurar que el candidato sea más presentable porque no se puede enviar a cualquiera a enfrentar ese proceso. Hay otro punto que hay que mencionar: Kirchner fue uno de los primeros presidentes que nombra jueces con el requisito de los dos tercios del Senado. En la reforma del 94, se agregó un senador por la minoría entonces ningún partido puede llegar nunca a los dos tercios porque siempre va a haber, por lo menos, un tercio por provincia que no puede ser de la mayoría, más allá de alguna excepción en Santiago del Estero. Y por otra parte se impone la mayoría de dos tercios en el Senado, con lo cual ningún partido por sí mismo puede llegar a los dos tercios. Menem llega a nombrar un juez con dos tercios, Adolfo Vázquez, que no estaba preparado para integrar la Corte, pero antes de que se incorpore el tercer senador, con lo cual todavía el peronismo tenía un control casi absoluto del Senado. El único que pasó con dos tercios antes de Kirchner fue Carlos Maqueda. Duhalde le ofrece el cargo porque era una persona que no iba a tener problemas en el Senado porque era particularmente respetado en la política. Siempre fue difícil obtener los dos tercios. Sacando esos dos casos que son muy particulares, Kirchner es el primero que empieza a mandar candidatos que requerían los dos tercios del Senado. Hacer más transparente al candidato también era una manera de obtener los dos tercios. Eligió a cuatro personas que, salvo los cuestionamientos a Eugenio Zaffaroni sobre su declaración jurada, no recibieron grandes cuestionamientos. Los otros miembros fueron Carmen Argibay Molina, que recibió unos cuestionamientos por su militancia por el aborto, y Elena Highton y Eduardo Lorenzetti, que no recibieron cuestionamientos, eran juristas de derecho privado más alejados de la política que Zaffaroni. Cuando Kirchner les ofrece el cargo, les dice que le interesaban dos temas, la reapertura de los juicios y que se resuelva el tema del corralito sin fundir al sistema financiero. No les dice: prometeme que vas a votar así; les dice: vos qué opinás de este tema. Una vez que se lleva su opinión, según ha contado Alberto Fernández, se garantiza los dos grandes lineamientos que tenían que ver con la Corte. La idea era que iba a contar con una Corte favorable, que tuvo en esos temas, pero no en los años posteriores en otros temas.

Jueces de la Corte, ¿alcanzan los mecanismos de transparencia o la política pesa?

-¿Eso es cuestionable en términos de lo que debe ser la relación entre política y Corte?

Hay que ver cómo fue la conversación de verdad, porque eso es lo que se cuenta. Cuando un presidente elige un juez, es evidente que lo elige en parte porque comparte cierta visión del derecho que, en definitiva, equivale a cierta visión de la política porque los grandes desacuerdos políticos suelen reflejarse en desacuerdos jurídicos. Si uno está a favor del aborto también, está a favor de la constitucionalidad del aborto en general, y si uno está en contra del aborto, va a estar a favor de la inconstitucionalidad del aborto. Al preguntar sobre derecho, en el fondo te estás preguntando sobre política. Es razonable que un presidente quiera nombrar candidatos que compartan esa cosmovisión. Lo que sí está mal, pero no sé si es lo que pasó, es que uno quiera comprometer el voto futuro de los jueces elegidos.

-Claro, que la relación sea transaccional y condicionando directamente el voto.

Es razonable intentar saber en público y en privado cómo piensa un juez. Otra cosa es exigirle que vote de determinada manera o generar alguna moneda de cambio para que vote de determinada manera.

-En esos años de Néstor Kirchner ¿hubo algún momento en que la independencia de la Corte fue puesta en duda? La inconstitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida y de Punto Final o la inconstitucionalidad del corralito, ¿pusieron en duda esa independencia?

Por supuesto hubo cuestionamientos, a todo hay cuestionamientos. Hubo un cuestionamiento minoritario cuando la Corte declaró la inconstitucionalidad de esas leyes y del corralito. Pero no recuerdo que las críticas hayan estado dirigidas a identificar a la Corte con el Gobierno. Es decir, Kirchner logra que las decisiones que salían de la Corte fueran identificadas como alineadas con un gran espíritu de época, pero no con una obediencia al Gobierno, que a la distancia es difícil de diferenciar. ¿Te acordás del fallo Rizzo, el fallo de la Corte Suprema sobre la inconstitucionalidad de la democratización de la justicia en el gobierno de Cristina Fernández en 2013? Ése es un punto de quiebre en la relación del kirchnerismo con la Corte Suprema. Era la Corte de los siete miembros que empiezan con Kirchner. Poco tiempo después mueren Argibay y Petracchi y empieza a declinar el número, pero en ese momento era la Corte de los siete, la más duradera de la historia con la misma conformación. Es una de las pocas veces en la historia en que la Corte declara la inconstitucionalidad de una norma dictada por el mismo gobierno que estaba en ese momento: no pasa muy seguido. Ahora pasa un poco más; en ese momento no pasaba casi nunca. La Corte siente la necesidad de legitimar esa decisión y en el texto del fallo empieza a enumerar todas las declaraciones de inconstitucionalidad de los últimos tiempos alineadas con la ideología del gobierno. No lo dice explícitamente, pero el mensaje es: "mirá todas estas que te gustan: declaré la inconstitucionalidad de Obediencia Debida y Punto Final; declaré la inconstitucionalidad de las reformas laborales de la época de Menem y De la Rúa; declaré la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular; declaré la inconstitucionalidad de la penalización del tenencia para estupefacientes, consumo personal de estupefacientes. Hice todas estas que a vos te gustaban, porque es mi función, es decir, el control de la Constitución. Entonces no te podés quejar de que yo ejerzo el control de constitucionalidad también con normas que, en este caso, a vos te gustan". Ahora bien, el hecho de que haya hecho esa enumeración también dice algo acerca de cómo funciona la Corte: la Corte declara la inconstitucionalidad de normas que son dictadas por la mayoría del Congreso, pero en esos casos habían sido dictadas por mayorías de Congresos anteriores, no de ese Congreso. Es un fenómeno que se da en todo el mundo: las declaraciones de inconstitucionalidad en teoría son decisiones contramayoritarias, porque van en contra de una mayoría del Congreso que las aprobó, pero en la prácti-

ca son contrarias a un Parlamento del pasado. Y con los DNU pasa lo mismo. Con poquísimas excepciones, todos los DNU que fueron declarados inconstitucionales por la Corte, con términos durísimos, porque la Corte dice que la facultad de dictar DNU es absolutamente excepcional y no debe usarse nunca, salvo que haya una invasión o algo así, fueron dictados por presidentes que ya no estaban en el poder en el momento del fallo.

> "Este Gobierno no ha tenido un nivel de prolijidad institucional tal que justifique la pasividad de la Corte, más bien al contrario"

-En los casos de Macri y Fernández, que tuvieron más fallos en contra, ¿cuál era la cantidad de miembros de la Corte?



Macri gobernó con la Corte completa y en la presidencia de Fernández, a mitad de su mandato, se va Highton.

-¿La cantidad de miembros, estar más cerca de cumplir con la cantidad de miembros que corresponde, le da a la Corte mayor potencia y mayor capacidad de decisión independiente?

Sí, esa es la impresión que uno se lleva del funcionamiento interno de la Corte. Una cosa son los fallos para los cuales se llaman conjueces, como pasó el viernes con la cuestión de la Ley de Tierras. En esos casos, cuando no se ponen de acuerdo, llaman a conjueces para actuar como cuerpo. Es difícil que se actúe como cuerpo casi con unanimidad constante entre tres personas. Eso no era necesario en los gobiernos anteriores.

Ley de Tierra y DNU 70: ¿el fallo de la Corte sobre el CECIM benefició al Gobierno?

-Volvamos al presente: está el tema del DNU 70 y de la Ley de Tierras. En relación a la Ley de Tierras y la medida cautelar que pidió el CECIM de La Plata, la Corte planteó no fallar sobre la cuestión de fondo del DNU 70, que debe resolver el Congreso en Diputados, para respetar la división de poderes y en relación a la cautelar, argumentó que cuida la cuestión procesal. ¿Son argumentos atendibles en relación a esa independencia que quiere tener la Corte respecto de la política y del Poder Ejecutivo?

Sobre lo procesal, el fallo del CECIM se alinea bastante con la jurisprudencia histórica de la Corte en materia de legitimación, es decir, no es un fallo que sorprenda a un observador de la jurisprudencia de la Corte en cuanto a su contenido. Hay gente que puede estar en desacuerdo, pero no es algo sorpresivo. Ahora, en esta discusión procesal hay un punto, que es lo más importante: la Corte no tiene plazos para decidir ni está obligada a decidir ninguna causa, salvo en los recursos que son competencia originaria. Es decir, la Corte podría haber hecho tres cosas. Primero, lo que hizo. Segundo, podría haber aplicado el famoso artículo 280 y no decidirse nunca, dejando firme la sentencia de segunda instancia y desentendiéndose del asunto para lo cual no está obligada a dar razones. O tercero, podría haberle aplicado lo que se suele llamar "cronoterapia", y no fallar en este momento. Fallar en este momento fue una decisión de la Corte para la cual sí hubo unanimidad. La Corte no tiene que explicar porqué dicta un fallo antes que otro: por ejemplo, falló en esta causa pero no en la la causa de reformas laborales que activó la la CGT cuestionando la constitucionalidad del DNU 70 en cuanto al capítulo laboral. Está para decidir en la Corte desde antes que esta causa. Entonces es verdad que procesalmente el fallo está alineado con la jurisprudencia de la Corte en materia de legitimación. Lo que no está explicado es por qué la Corte decide las causas cuando las decide.

-Es cierto que el fallo de la Corte sobre el reclamo del CECIM hizo que el DNU 70, en relación al artículo 154 de la Ley de Tierras, quedara en vigencia, o sea, los extranjeros podían comprar tierras en Argentina a partir de ese fallo de hace más de una semana. Ahora, que ese tema vuelva otra vez a instalarse en el Congreso en este momento no parece convenirle al Poder Ejecutivo.¿Por qué se tacha a la Corte de alineación con el Poder Ejecutivo?

Por un lado, ni el Gobierno ni la Corte son actores monolíticos. En uno y otro hay agentes independientes que toman decisiones con su propia agenda. Si tuviera que especular, creería que al Presidente le gustó el fallo. Pero no sé si fue hecho con esa intención.

-Reaviva el debate en Diputados sobre el DNU 70 y los obliga a tomar una decisión que no estaban tomando.

Eso es cierto. Hay otra cosa. No puedo especular sobre motivaciones y, además, cada juez tiene su propia agenda sobre cómo se maneja la justicia y la política, y no le doy un sentido peyorativo a esto. Pero cuando se estudia la jurisprudencia de la Corte y su agenda, desde hace un tiempo está el objetivo de que los tribunales inferiores no se desborden en sus competencias. Se vio, por ejemplo, en una serie de escaramuzas que tuvo la Corte con la Cámara Laboral. Entonces, una explicación posible, no descabellada para alguien que viene siguiendo la jurisprudencia de la Corte, es que ese fallo haya sido, como lo dice la propia sentencia, un mensaje para los jueces inferiores de no desbordar la legitimación. Ahora, si efectivamente fuera un mensaje para los jueces inferiores, surge un montón de preguntas. Por ejemplo, si esto pasa todo el tiempo, ¿por qué no eligieron otra causa para dar este mensaje? ¿Por qué eligieron este momento? No tengo respuestas para eso, pero no necesariamente implica que haya que leer este fallo como un alineamiento con el Poder Ejecutivo. La Corte tuvo que resolver una aclaratoria en una causa conexa, la del fallo de este viernes. Y el hecho de que haya llamado a conjueces significa que los mismos tres jueces que estuvieron de acuerdo en sacar un fallo así no estuvieron de acuerdo en qué hacer con esta nueva causa. Ya no es el planteo de una organización como el CECIM que se basa en el reclamo de la soberanía sobre el territorio. Esta causa surge del planteo de una serie de ONGS por cuestiones ambientales y de territorios indígenas, cuestiones que en general la jurisprudencia de la Corte ha aceptado con una legitimación amplia. No le podían responder automáticamente lo mismo que le respondió a los veteranos de Malvinas.

Estado desregulación, ¿beneficiado por la Corte?

-Usted tiene una idea muy interesante: que este tipo de fallo de la Corte termina beneficiando a un Estado antirregulatorio. ¿Podría explicar eso?

Es algo que a mí me apasiona, algo que está muy trabajado en Estados Unidos cuando se estudia la cuestión de la legitimación. Lo que exige tradicionalmente la doctrina, tanto en Estados Unidos como acá, es que haya un afectado directo que pueda cuestionar determinada norma, es decir, que haya una persona a la que la aplicación de esa norma la afecta directamente y de manera diferenciada respecto del resto de la población. Uno no puede, por ejemplo, quejarse porque no se respeta la ley así en general. La Corte ha hecho algunas excepciones a este principio. Para no nombrar fallos actuales, está el fallo del Portal de Belén de fines de la década del 90, que la Corte decide en 2002. Una organización católica logra impedir que se venda la pastilla del día después. Uno podría plantear cómo afectaba directamente a esa organización. Por eso digo que la Corte ha hecho excepciones, pero en general la Corte tiende a restringir esa posibilidad. Entonces, cuando hay decisiones regulatorias, siempre hay personas directamente afectadas por la regulación que pueden quejarse. En el caso de la Ley de Tierras es clarísimo: un extranjero quiere comprar y no puede o alguien quiere vender a un extranjero y no puede, por lo tanto se pueden quejar. El tema de la legitimación

está claro porque esta norma le impide hacer algo que de otra manera podría hacer. Ahora, en el caso de la derogación de la Ley de Tierras, no hay un afectado diferenciado, o es difícil encontrarlo: se podría argumentar que esto hace que suban los precios, pero hay que recorrer un largo trecho.

-O el riesgo potencial, tal como se estuvo simplificando en la opinión pública, de que van a comprar la provincia de Formosa entera. Pero en ese caso no hay riesgos concretos.

Con lo cual, es mucho más difícil de cuestionar. Ahora, ¿por qué pasa esto en la Argentina, que heredó su modelo judicial de Estados Unidos, pero no pasa en todos lados? Porque el requisito de que tiene que haber un caso para que la Corte se meta es un requisito que viene del siglo XIX cuando no existía el Estado regulador. El tipo de problemas que pasaban por la Corte era otro. En Europa, cuando aparece el control de constitucionalidad, aparece con cortes constitucionales, que se replicaron en algunos países de Latinoamérica como Colombia. La Corte Constitucional es una corte, pero separada del aparato de justicia. Como que está por fuera de la pirámide del sistema judicial. Tiene la forma de un tribunal, pero es un órgano híbrido entre la política y el derecho. De hecho, por ejemplo, en Francia, en el Consejo Constitucional los expresidentes tienen derecho a sentarse.

-¿Por qué es distinto, por qué podría funcionar mejor, a ver?

Porque hay maneras abstractas de acceder al control de constitucionalidad en esas cortes, independientemente de que haya un afectado o no.

-El CECIM podría ir a un tipo de corte como ésta y no sería excluido por cuestiones procesales.

Y si la ley se declarara inconstitucional es la ley en general, no para el caso concreto. No estoy diciendo que esto sea necesariamente bueno, porque la Corte Constitucional o el Consejo Constitucional se puede transformar en una especie de tercera cámara legislativa que se politiza muchísimo. Lo que digo es que no está en la esencia de las cosas que uno necesite una afectación para quejarse. Ahora, lo que sí digo es que nuestro sistema tiene este sesgo. Conviene tenerlo presente para cuando la Corte dice: "yo no me estoy metiendo". Es verdad, puede ser que la Corte esté actuando de acuerdo con las reglas que tenemos desde hace casi 170 años, pero por cómo quedó configurada la política partidaria en el siglo XXI, esas reglas terminan teniendo efectos que no son neutrales, por más que no haya sido la intención de quienes diseñaron esas reglas hace tiempo.

Clima desregulatorio y DNU 70, ¿la Corte debe considerar el clima de época?

-¿Cuán atenta a los tiempos presentes tiene que estar la Corte dado que este es un Gobierno desregulador y el DNU 70/23 es hiper desregulador de leyes que deberían ser derogadas a través del Congreso? ¿Cuán atenta tiene que estar la Corte a modificar el criterio de esta norma procesal que rechaza el planteo en abstracto dado el nuevo contexto político? ¿Debería corregir y tunear ese criterio?

El criterio en sí ya es flexible. Es decir, la Corte ha ido y venido con la amplitud del criterio. Un ejemplo es su fallo en los 90. Otro: el Colegio de Abogados de Ciudad de Buenos Aires, que no tiene la representatividad de los abogados de un colegio público, logró cuestionar la conformación del Consejo de la Magistratura. Y es difícil encontrar un interés diferenciado ahí. Lo mismo pasó con un Colegio de Abogados en Tucumán, que logró plantear la inconstitucionalidad de una reforma constitucional en Tucumán. Es decir, la Corte ha hecho excepciones a estas cuestiones cuando dice cuando está en juego, por ejemplo, la división de poderes, la república.

> "Si se suma la cantidad de DNU de Milei, no se podría llegar tanto a esa conclusión, pero si se suma la cantidad de normas modificadas a través de DNU, es el Gobierno que, por lo menos desde Néstor Kirchner, más normas modificó por DNU"

¿Pero son decisiones que tomó una Corte con más cantidad de miembros?

La del fallo del Colegio de Abogados fue con cuatro: estaba Maqueda todavía.

Hay algo en la conformación de sólo tres miembros que hace que se empiecen a sentir más atrapados, más encorsetados...

Que sean tres miembros genera una impotencia en la Corte. Hay algo de eso. Y hay otra cuestión: las Cortes en general oscilan su jurisprudencia de acuerdo con los tiempos políticos, aunque no necesariamente con el Gobierno. Me refiero al clima de época. Pongo algunos ejemplos del pasado, uno típico de clase de derecho constitucional: la Corte en el 78 dice que la penalización del consumo de estupefacientes es constitucional. En el 86 dice que es inconstitucional. En el 90 dice que es constitucional. En el 2009 vuelve a decir que es inconstitucional. ¿Quiénes eran los gobiernos? La dictadura, Alfonsín, Menem, Cristina. Es decir, la Corte cambia el fallo no porque hayan seguido la instrucción del Gobierno en cada caso, de Alfonsín o de Menem o de Cristina, sino porque era el clima de la época. Otro ejemplo: la Corte dijo en el año 90 que la la CHA, la Comunidad Homosexual Argentina, no tiene derecho a tener personería jurídica porque no va no favorece al bien común y en 2006, 2005 dijo que la Asociación por la Lucha y Identidad de Travestis y Transexuales sí tiene derecho. Cambió de criterio. ¿Por qué? Porque había cambiado el tiempo.

-En ese sentido, hay un ejemplo interesante: el caso Muiña y el caso Batalla, y el cambio de fallo sobre la aplicación del cómputo del 2x1 para los casos de lesa humanidad. Eso se da entre 2017 y 2018. Primero, la Corte habilita la aplicación con el voto de tres jueces a favor, pero luego la rechaza en el caso Batalla. El cambio en el criterio llega después de fuertes manifestaciones de repudio. Rosenkrantz se corta solo, como en el fallo del viernes, y es el único que sostiene el mismo criterio del caso Muiña.

Ahí lo que pasó fue una mala lectura del momento histórico por parte, por lo menos, de los jueces que terminaron cambiando su voto. Rosenkrantz mantuvo su voto. Estoy especulando, pero lo que puede haber pasado es que haya habido jueces que pensaron que la sociedad había girado de determinada manera y después se enteraron de que no era así. Ese ejemplo tiene la virtud de haber sido muy claro en su temporalidad: hubo un fallo, hubo una reacción y posteriormente hubo otro fallo en el sentido contrario. Ahora, si uno ve la historia larga de la Corte, la jurisprudencia se va montando sobre el clima de época, sobre el que también se monta el Gobierno. En la época de Alberto Fernández salió un fallo sobre el convenio 169 de la OIT que dice que hay que consultar a los pueblos indígenas antes de tomar ciertas decisiones. El fallo de la Corte decía que ese criterio es amplio y que tiene que consultarse a los pueblos indígenas para una cantidad de cuestiones, pero ahora, bajo este Gobierno, la misma Corte sacó un fallo diciendo que eso es más restrictivo.

``Ciudadanía por inversión'', ¿riesgos de inconstitucionalidad?

-Otro tema es el de la ciudadanía por inversión o, como lo plantean los críticos, la venta de la ciudadanía a los ricos que quieran venir a la Argentina a comprar tierras. En un clima de época como éste, tan desregulador, ¿la Corte podría llegar a cambiar su jurisprudencia y votar a favor de eso?

Acá pasa lo mismo. ¿Quién sería un sujeto legítimo posible para quejarse de que a otro le dan el pasaporte? Pasa algo parecido a lo que pasa con la Ley de Tierras. Es difícil encontrar una persona que pueda quejarse de que alguien viene y compra un pasaporte si a él no le sacan el pasaporte porque el otro lo compre. Ahora, en este caso puntual, la misma norma, el DNU que crea la "ciudadanía por inversión" es la misma que deroga otros modos de acceder a la nacionalidad. Desde Sarmiento, los criterios estaban casi sin cambios. Uno podía acceder a la ciudadanía de varias maneras: viviendo dos años en la Argentina; casándose con una mujer argenti-

na, porque en ese momento estaba pensado para un hombre; ejerciendo la docencia, ampliando las fronteras; sirviendo en el ejército; sirviendo en la administración civil, y alguna más. El DNU elimina todos esas causales, y agrega una, una inversión relevante, que aparentemente no va a ser una inversión sino una compra. Comprar es una cosa; invertir es diferente, con lo cual el Gobierno está violando el propio DNU. Lo único que dejó es el derecho a tener la ciudadanía después de dos años de residencia: está en la Constitución, y por eso no lo pudo eliminar. Sí le puso un requisito a esa posibilidad, que va a ser bastante inaplicable: no tenés que haber salido del país durante esos dos años, ni siquiera para visitar a tu familia. Pero al que paga, no le pesa ese requisito y ni siquiera tiene que haber residido un día en el país. Un residente extranjero que no paga la ciudadanía, pero está residiendo y solicitando la ciudadanía, podría cuestionar el DNU entero, o ese artículo del DNU. El argumento de la Cámara Electoral para declararlo nulo fue que como los extranjeros no votan y los ciudadanos sí votan, la decisión sobre la nacionalidad tiene consecuencias electorales, una materia prohibida para los DNU.

-Siempre volvemos al gran problema de los DNU.

En relación a la política, la Corte dice: yo dejo que la política juegue. Este concepto tiene todo un linaje en teoría constitucional y lo han planteado desde John Hart Ely en Estados Unidos o Carlos Nino y Roberto Gargarella en la Argentina. Pero tiene sentido cuando hablamos del contenido de las decisiones, es decir, que sea el Congreso el que decida si hay Ley de Tierras o no, si hay aborto o no. Pero en el caso del DNU 70/2023 no aplica porque ahí hay un tema de los procedimientos, de las reglas, no del contenido valorativo de las decisiones. Por ejemplo, una cosa es si el Congreso sanciona un impuesto que es muy alto, que la Corte no diga que es confiscatorio porque fue el Congreso el que decidió que el impuesto era tan alto, y es su ámbito valorativo, o el aborto o lo que sea. Otra cuestión es cuando los propios actores violan las reglas del juego. Es como si un equipo se robara la pelota: la Corte deja que la política juegue, pero si el equipo se robó la pelota, no están jugando; están haciendo otra cosa. Milei se robó la pelota porque metió en ese decreto leyes que deben ser derogadas vía el Congreso.

DNU 70, ¿un fallo de inconstitucionalidad de la Corte puede atentar contra la división de poderes o no?

-Que la Corte establezca la inconstitucionalidad de ese decreto no es avanzar sobre un rol que tiene la política sino que es ejercer la tarea de la Corte, que es controlar las reglas de juego de la cancha.

Sí, y el tema es más opaco. Milei dicta ese DNU, pero en 2006 el Congreso sancionó la Ley 26.122 que fija las reglas de juego, el funcionamiento de los DNU, pero en un sentido las viola. Hay un consenso bastante amplio de que esa ley es inconstitucional. La ley dice que para que un DNU caiga, las dos cámaras tienen que rechazarlo. Hay un consenso bastante amplio en el derecho constitucional que dice que esa ley es inconstitucional porque hace que sea más fácil dictar un DNU, cuando la Constitución dice que debe ser algo urgente y necesario, y que quede firme que dictar una ley: para dictar una ley se necesita la concurrencia de la Cámara de Diputados, del Senado y del Presidente para que no la vete. En cambio, para dictar un DNU necesitás al Presidente y a una sola de las cámaras porque alcanza con que una sola de las cámaras no lo rechace o menos todavía, alcanza con que no diga nada. Imaginemos que Diputados hubiera aprobado el DNU, ¿qué diría la Corte? Dejé que la política jugara. Pero no, no dejó que la política jugara porque ese DNU quedó firme de una manera inconstitucional, de una manera que no respeta el diseño constitucional que fue pensado, precisamente, para impedir que se dicten DNU salvo en situaciones excepcionales, no para hacer que un DNU sea más fácil que una ley. No tiene ningún sentido.

-Última pregunta: ¿es viable procesalmente un planteo de inconstitucionalidad del DNU en general, como institución del sistema de reglas?

Primero, el DNU está previsto por la Constitución, o sea, no podría declararse la inconstitucionalidad de una norma que está en la Constitución Nacional. Y además, incluso antes de que estuviera previsto, las circunstancias a veces imponen esa necesidad. La Corte declaró constitucionales DNU antes de que la Constitución los previera. En el fallo Peralta, muy conocido, la Corte de Menem valida el plan Bonex: dice que el Presidente no tenía facultades entonces funda el DNU en su facultad de Jefe Supremo de la Nación y para evitar la disolución nacional. La Corte lo valida, porque dice era esto o el caos. Lo que sí podría hacer la Corte hoy, y tiene el caso del DNU 70 para hacerlo, es declarar inconstitucional la 26.122 porque el DNU 70 es uno de los pocos casos en que una de las cámaras se expidió en contra del decreto. No hay tantos casos. Entonces, si yo considero que la ley 26.122 es inconstitucional porque requiere que las dos cámaras rechacen, y no una sola, y tengo un caso en el cual una cámara rechazó, la Corte tiene en bandeja la oportunidad de decir: alcanza con que una cámara rechace porque esto indica que la voluntad del legislador, demostrada en el rechazo de una cámara, no se condice con la voluntad del Poder Ejecutivo al dictar el DNU. Nunca tuvo un caso en el que estuviera tan claro este ángulo. Hoy lo tiene, con lo cual, si la Corte quisiera, podría haber tomado su decisión ya hace un par de años.

-Y al declarar la inconstitucionalidad de esa ley, ¿frena cualquier posibilidad de DNU tan tan extensos y de alcance tan grande como el que planteó Milei?

Dos cosas. Si se declara la inconstitucionalidad de la Ley 26.122, la Corte supongo que sería muy cuidadosa en determinar cuáles son los efectos de esa declaración: sería muy caótico declarar la inconstitucionalidad retroactiva de tantos DNU que pasaron a lo largo de los últimos veinte años. Ahora bien, la enorme mayoría de los DNU que dictó este presidente y los que lo precedieron ya eran inconstitucionales según la jurisprudencia de la Corte. Lo que pasa es que la Corte no declara la inconstitucionalidad de los DNU de presidentes en ejercicio, salvo poquísimas excepciones. Ahora, el efecto positivo que puede tener un fallo en ese sentido es que el presidente, quien sea, al momento de dictar DNU va a tener cuidado porque va a saber que alcanza con una cámara para que se caiga su DNU. Sería un incentivo para, primero, que el presidente dicte menos DNU, y segundo, para que no dicte DNU colectivos porque la caída de un solo artículo haría que se caiga todo el DNU. ■



R. Gargarella, Paris, Francia (2026)

Entrevista a Julieta Lemaitre: "Me parece bajo y cruel lo que están haciendo"

por Redacción

Reproducimos una entrevista en el marco de los ataques a la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia.

27 de octubre de 2026

A continuación la entrevista editada realizada por el periódico *El Espectador* a Julieta Lemaitre, magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el mecanismo de justicia transicional creado en el marco del Acuerdo de Paz de Colombia. El diálogo tuvo lugar tras una serie de ataques y campañas de hostigamiento en redes sociales dirigidos contra la magistrada, en los que participaron, entre otros actores, integrantes del Senado de ese país.

Acá se puede ver la entrevista completa del Espectador, publicada el 14 octubre del 2026

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) ha estado en el centro de las conversaciones en Colombia. Primero, por la discusión de su presupuesto; luego, por proyectos que buscan reformar la Constitución para cambiar algunas de sus competencias; y ahora, por algunos señalamientos contra funcionarios de la justicia transicional. Una de estas personas es la magistrada Julieta Lemaitre Ripoll, quien ha liderado las investigaciones contra la antigua guerrilla de las FARC.

La senadora María Clara Posada recientemente publicó unos videos de audiencias reservadas al inicio del proceso contra el último secretariado de las FARC. En ellos, Rodrigo Londoño, conocido como Timochenko, negaba las torturas a los secuestrados y hablaba de su seguridad de no ir a la cárcel después del acuerdo de paz, estando en la JEP. ¿Qué fue lo que realmente sucedió en esas audiencias? Eso fue en 2019.

Fue la primera diligencia que se hizo en la JEP. En ese momento ni siquiera teníamos un salón para hacerla. Estábamos haciendo interrogatorios en un momento de tensión muy alta en el proceso de paz y enorme presión. Y nadie nunca había hecho esto antes.

Decidimos que arrancábamos con las diligencias judiciales. Pero ¿cómo se hace cuando es una ley que nunca había existido y eran unos procesos que nunca habían existido? Yo soy muy estudiosa y me puse a estudiar las diferentes formas de interrogatorio policial. Hay dos escuelas. Una es más vieja, se llama el método Reid y es liderada por Estados Unidos y sus agencias. En el método Reid, lo que se busca, como en todos los interrogatorios policiales, es la confesión, y se busca a través de la intimidación del interrogado.

La otra escuela es más nueva y empieza a desarrollarse en los años ochenta en Gran Bretaña, porque el método Reid resulta en muchas confesiones falsas, y después hay personas que demandan al Estado por tortura por el uso de ese método.

Cuando arrancamos, el Relator sobre la Tortura de Naciones Unidas, que era Juan Méndez, había sacado hace poco una guía de cómo debía ser el interrogatorio policial, adoptando el método británico, que es más moderno. El método británico se llama el método PEACE.

¿Y cómo se aplica? Primero, uno prepara muy bien su caso, lo cual requiere una investigación muy profunda, porque el caso no depende del interrogatorio.

El interrogatorio entonces es un espacio en el cual lo primero que hay que hacer es que el interrogado se sienta en confianza, que se sienta tranquilo. Son interrogatorios que duran mucho tiempo: duran días, semanas. Se vuelve a interrogar a la persona, uno la escucha y le presenta la evidencia que tiene en diferentes momentos. En ese diálogo uno tiene que generar una conversación. El modelo es un poco como hace un periodista. Tú no llegas a entrevistar a un dictador y le dices: "Ah, usted es un dictador, ha matado a una cantidad de gente, ¿sí?". Tú llegas y en algún momento de la entrevista le dices: "Mire, dicen que usted ha matado a mucha gente; aquí tengo la prueba. ¿Usted qué dice?". Y lo vas llevando al momento que quieres. Así se aplica el método PEACE. Es mucho más ético porque no depende de generar terror o miedo en la persona.

En la JEP ha habido aplicación de ambos métodos. Los dos, técnicamente, son igual de efectivos para obtener confesiones. Con la manera como yo lo aplico, hasta ahora hemos obtenido cien por ciento de confesiones.

Cuando va avanzando el interrogatorio, la persona ve que hay mucha evidencia y que no la puede negar. Generalmente, en las primeras sesiones, la persona lo niega. El rol del investigador, que ha preparado muy bien el caso, es escuchar, escuchar e ir contrastando.

Lo que sacaron en estos videos son 30 segundos de un interrogatorio que duró dos días.

Uno de los enormes retos del trabajo es que, si bien el mandato legal es la publicidad desde el primer momento —lo que no es usual—, generalmente la primera parte de la investigación de la Fiscalía es reservada. Ya sabíamos y sabemos que es súper revictimizante., porque en las primeras sesiones la persona interrogada va a justificarse. Y la aplicación del método requiere que la dejes decir lo que va a decir, que se justifique todo lo que quiera. Luego empieza el diálogo: "Mire, usted dice esto, pero yo tengo esto. Usted dijo esto hace dos días, pero tenemos esto".

Usualmente los primeros pasos son la justificación. Para las víctimas es muy revictimizante oír esa justificación. La única razón por la cual le puse reserva a esas primeras sesiones es porque habíamos estudiado con el equipo —que es interdisciplinario e incluye psicólogas— el efecto que podía tener sobre las víctimas la aplicación de este método.

Además de esas declaraciones de Rodrigo Londoño, hay uno de los videos en los que se la ve, por un par de segundos, riéndose en la conversación con los exjefes de las FARC. ¿En qué contexto sucedió eso, magistrada?

Era la primera versión. Podemos decir que yo era una persona más feliz en 2019 de lo que soy ahora.

En realidad, había mucho temor de que le fueran a hacer un atentado a Rodrigo Londoño. No solo eso: no se sabía si la guerra había parado, teníamos medidas de seguridad muy estrictas. Había varios cinturones de seguridad. Teníamos un tema de seguridad grande. Y, de repente, entra al salón la señora del café, que nadie sabe quién. A mí me dio risa el absurdo de haber preparado tanto todo un operativo se seguridad y que la señora del café entrara como si nada. Fue un error que no volvimos a cometer, pero en su momento me dio risa lo absurdo.

El humor baja la tensión y el método requiere que se baje la tensión, sobre todo en estas primeras sesiones. Generalmente no usé el humor de manera deliberada, pero, si se ve todo, una parte muy importante del método es el respeto.

¿Se arrepiente de haber tenido ese gesto, magistrada?

Pues, si hubiera sabido que iba a pasar esto claro que no —no fue deliberado, fue espontáneo—.

Me acuerdo de otro momento en que me dio risa, aunque no sé si me reí en ese momento. Él dice que leía en la infancia y que se escondía a leer. Parte del método es reconstruir la vida de la persona y escuchar al interrogado durante mucho tiempo. Está basado en la ciencia, en el sentido de que una persona no puede sostener científicamente una mentira durante mucho tiempo. En

un contexto de confianza, la aplicación del método, al parecer da muchas ganas de sincerarse.

Si uno lo piensa como psicólogo: le llega, le dice una cosa, pero después de mucho tiempo es difícil decirle mentiras. Esa es como la premisa. Entonces escuchamos toda la vida y él dice que se escondía a leer. Pensé que iba a hablar de alguna lectura comunista y me dijo que se escondía a leer a Vargas Vila, que era como la pornografía de la época. Entonces me pareció cómico aunque so sé si me reí en ese momento. Yo esperaba que fuera algo militar o político y me sale con Vargas Vila.

Ahora, te voy a decir por qué doy esta entrevista. Me dicen que, si salgo a darla, eso anima a todos los bots que van a volver a sacar cosas horribles de mí, que van a hacer videos de inteligencia artificial. Diga lo que diga, en un contexto de propaganda política, la verdad no importa. Pero a mí me parte el alma —y de verdad me hace llorar— lo que esto les hace a las víctimas.

Justo quiero hacerle una pregunta en esa línea de las víctimas. La expresión, el gesto de ese video que estaba circulando, ya ha dolido a muchas de las víctimas de las FARC. ¿Qué decirles hoy ante ese dolor que sienten?

Durante todo el proceso estudiamos y protegimos mucho a las víctimas de las FARC, sobre todo a las de secuestro. Entendemos el cuadro de afectación; es parte de la imputación.

Me pasé casi dos años oyendo a víctimas de todo tipo de secuestros, documentando las torturas a las que fueron sometidas. Documentamos a las personas que las violaron, hombres y mujeres. Todo eso lo documentamos y lo imputamos.

También aprendí a conocerlas. El secuestro, y más el secuestro que se demora mucho tiempo, genera un estado de alerta y de miedo que vuelve. Me acuerdo de un señor que me decía que, si hoy en día, después de 20 años, lo tocaban de sorpresa, le daba un ataque de pánico. "Todavía hoy, doctora, yo ya me quedé así", decía.

Parte de la afectación es esa alerta y esa angustia que, en cualquier momento, se disparan. He recibido mensajes y mi despacho está intentando contener a personas que, al ver estos recortes de los videos, con la negación que hace Rodrigo Londoño de la tortura el primer día de todo este proceso, entran en estados de pánico y reviven todo el horror.

Lo que es aún más dañino es que la confianza que yo me gané oyéndolos durante tanto tiempo, retomando sus palabras, imputando esos crímenes y poniéndoles nombre —nunca había pasado que se imputaran también la tortura, la violencia sexual, los trabajos forzados; nosotros vimos que eso era esclavitud, el Tribunal luego dijo que no—, toda esa confianza que se ganó con mucha dificultad, durante años de escucha y profundo respeto por el sufrimiento de las víctimas, se deshace con 30 segundos del primer día.

Yo sé el daño que eso hace. Un efecto del trauma es que uno se queda, o parte del cerebro de uno se queda, reviviendo lo que pasó. No es toda la persona; es como una parte que queda en el miedo, en el dolor. Luego hay otras partes de la vida que se van recuperando. Esa parte que se queda volviendo ahí, de alguna manera, se queda en el pasado. Es como estar viviendo tu vida, pero una parte de ti no está aquí, no está ahora: está en el horror. Y en cualquier momento vuelve a ti esa parte.

Entonces, hicimos un esfuerzo muy deliberado. Primero, por si se les mostraba esto a las víctimas, hacerlo con acompañamiento. Las organizaciones que las representan también han tomado metodologías para acompañarlas.

Otra cosa que hacemos de manera muy deliberada es estructurar tanto la escucha como la manera en que se presenta el relato en el tiempo. Si la persona nos cuenta lo que le sucedió durante el secuestro y uno ve que está afectada, la trae al día de hoy, por ejemplo; porque hoy no les está pasando nada. Hoy están seguras. Parte de lo que se hace en terapia es estructurar para que el pasado quede en el pasado y la persona no lo esté reviviendo constantemente.

Lo que hacen con la circulación de este video es un daño enorme a las víctimas porque, al ver a Rodrigo Londoño decir que no hubo tortura,

vuelven al pasado. El daño emocional y mental que esto causa es tremendo. Yo recibí —hay víctimas a las que les he dado mi teléfono personal— un mensaje de una persona que claramente estaba sufriendo: "Mire, yo no he podido dormir". Me parece de una bajeza y de una crueldad. Por eso estoy aquí.

Si ayuda, quiero decirles de nuevo que recogimos y escribimos todo su sufrimiento; que es parte del caso; que los escuchamos con atención; que se imputó la tortura; que sí hubo tortura, y eso no lo pueden negar: ya lo aceptaron.

Esta semana se ha movido una campaña, digamos, de linchamiento en su contra por estas declaraciones de las que estamos hablando, que en gran parte están relacionadas con una herida muy profunda que tiene el país, de muchos años de violencia. También con una herida relacionada con un Acuerdo de Paz que hace justo 10 años perdió. ¿Qué puede hacer entonces la JEP para tratar de mediar en esa herida y para no ignorarla?

No sé. Si supiera, lo haría. Yo creo que personalmente he intentado todo lo que está en mi poder. La gente piensa que... No sé qué piensan.

He intentado todo. Me piden que haga cosas que serían ilegales si las hiciera, porque yo me rijo por una Constitución y una ley. Si el Congreso quiere cambiar las leyes, que las cambie. No entiendo por qué tienen que destruirme a mí para cambiar una ley. No entiendo por qué tienen que hacerle tanto daño a las víctimas para cambiar una ley, si son la rama legislativa. Que presenten un proyecto, consigan los votos, cambien la ley y que la Corte Constitucional decida si eso es constitucional o no.

Realmente no sé qué hacer y no entiendo por qué, para lograr el cambio de ley que quieren, tienen que destruirme a mí. Porque a mí también me destruye.

Usted hablaba hace un momento de las razones que hay detrás de ese abismo entre las primeras declaraciones de Rodrigo Londoño y lo que se ve luego, cuando ya hay un reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas. Tal vez ese abismo sea difícil de comprender para algunas personas ¿cómo explicárselo de la forma más sencilla?

Es que lo que sé hacer es investigar. Yo no tomo la decisión final, yo hago la investigación. Soy la persona que creo que más ha investigado en este país los crímenes cometidos por la guerrilla. No todo lo que pasó en el conflicto armado, pero sí los crímenes cometidos por las FARC, que más les ha preguntado a las víctimas qué les pasó.

Ya he sacado nueve imputaciones muy detalladas de distintas regiones. He documentado la afectación a las personas, a las familias, a las regiones. Los hemos calificado, con mi Sala, como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Todo eso se ha imputado y se le entrega al Tribunal de Paz para que tome las decisiones. Eso es lo que yo puedo hacer.

No sé cómo aliviar el dolor de una persona cuando llega a ese nivel. Eso es una especialidad de afectación emocional. Yo tampoco sé hacer propaganda política. Ni siquiera sé comunicar. Yo sé hacer una investigación, sé mirar las pruebas, los expedientes y los archivos; me conozco la ley y sé cómo calificar jurídicamente. Y, honestamente, lo hago muy bien. Me he ganado reconocimientos. He tenido gente que viene de las universidades más prestigiosas del mundo a estudiar cómo lo hago. Y tengo un equipo maravilloso con el que hemos aprendido juntos.

Yo sé investigar, sé imputar y sé hacerlo con estándares de respeto por los derechos humanos. Eso es lo que hago.

En una de las publicaciones de la senadora Posada, ella hace un cuestionamiento muy directo sobre por qué estas audiencias son reservadas. Usted lo explicaba hace un momento.

Hoy en día no tienen reserva. Eso de pronto fue un error. Yo les puse reserva al inicio por su potencial revictimizante. ¿Qué quería decir reserva? Que solo las víctimas tenían acceso, pero no el público en general.

Es un proceso que se hizo, además, de la mano de las víctimas, porque una de las cosas que más

convence a los perpetradores de reconocer su responsabilidad es el rostro y la humanidad de las víctimas. Lo hicimos con ellas, se logró y lo que se difunde son 30 segundos de un proceso que duró varios años. Ya terminamos las investigaciones en secuestro. El proceso incluyó a todo el país y también la imputación a muchos mandos medios como máximos responsables, quienes lo han venido reconociendo y a quienes la ley les dio una segunda oportunidad.

Usted menciona que ya terminaron las investigaciones sobre el Caso 01, que es el caso de secuestro, ¿no? Una parte muy importante de los opositores de la JEP dice que la justicia transicional ha sido condescendiente con la antigua guerrilla de las FARC y ha tenido mano dura con los militares. ¿Cuál es su postura frente a esas afirmaciones?

Condescendientes no hemos sido con la guerrilla. Ha habido un trato ético, respetuoso de los derechos humanos y dentro del marco de la Constitución y la ley, como parte de un proceso de reincorporación que no contemplaba cárcel, sino el reconocimiento cara a cara y unos trabajos que debían tener un sentido reparador. Eso es lo que está en la ley y eso es lo que hace y puede hacer la JEP.

Creo que la gente se confunde o se deja confundir, porque una vez más estamos en un régimen de propaganda política, aumentado por la tecnología del teléfono. Identifico que la verdad no importa, porque lo que importa es ganar un partido: que tu equipo gane y que el otro pierda.

Se mezclan cosas. Por un lado, está todo este río de la política, donde se utiliza la propaganda para acabar con el opositor, con su carácter moral. Eso no es nuevo. Hay antecedentes históricos de lo que quiere decir acabar con el carácter moral de una persona buscando un fin político. Lo que es nuevo es hacerlo a través del teléfono, con videos e imágenes falsas. Generalmente, lo hacen los políticos unos contra otros. Acá lo están haciendo contra un juez investigador, un fiscal o los periodistas. Uno queda atrapado en un oficio, en un juego que no es el de uno: el de la política y sus odios.

Por otro lado, está una realidad: el enorme dolor que carga la gente hoy. La gente sigue cargando el enorme dolor del conflicto y, para muchas personas, es el secuestro. Por cada persona secuestrada hay decenas, si no más, de personas afectadas personalmente. Estamos hablando de la familia, los amigos, el barrio, y de gente que cambió su vida y sufrió para que no la secuestraran. Todo ese sufrimiento no está allí.

Son cerca de 22.000 casos, ¿no?, los que usted ha documentado.

Hay como dos niveles de documentación. Uno es investigar todas las listas de la gente que dijo a la Fiscalía que la habían secuestrado, o que se lo dijo a la ONG País Libre, o de la que en algún momento hay un registro con su nombre y su cédula como persona secuestrada. Esa cifra era de casi 22.000. Y luego están las personas que vinieron a que las escucháramos, que son un poco más de 4.000.

Muchas de ellas aún no se sienten completamente reparadas. ¿Qué decirles?

Una parte es la reparación monetaria, que la JEP no da ni puede dar. Si yo ordenara darle plata a alguien, terminaría en la cárcel. ¿Quién la tiene? El Gobierno. En ese sentido, hay un tema de reparación y ahí hay diferencias entre las víctimas: hay unas para quienes 20 millones de pesos colombianos les resolverían la vida, y otras que dicen que eso es plata de bolsillo.

Otro tema es sentirse emocionalmente reparado. Uno de los lugares donde me invitaron a dar una clase fue en Argentina, donde han sido muy duros con los militares de la dictadura. Es cadena perpetua. El dictador Videla murió en la cárcel, a los más de 80 años, en unas condiciones muy humillantes: se cayó en un baño, no recibió atención médica y, cuando lo recogieron, ya se iba a morir. Entrevistan a las víctimas y les preguntan si están contentas de que haya muerto. Y no están satisfechas.

Para ir cerrando ¿qué ha podido entender de eso en las investigaciones que ha hecho?

He podido entender distintos niveles. Una cosa es cómo funciona la ideología para deshumanizar al otro y permitir la violencia. Hacerle daño a alguien va en contra de la naturaleza humana. Creo que naturalmente somos compasivos. Además, los colombianos somos, por lo general, muy sociables: nos miramos a la cara, queremos hablar.

Una de las cosas paradójicas del secuestro es que la guerrilla tenía que prohibirles a los guerrilleros hablarles a los secuestrados. Cuando les preguntaba en el interrogatorio por qué se los prohibían, decían que porque se empieza a crear un vínculo afectivo. Creo que esa es la naturaleza humana: la compasión.

¿Cómo puede uno trabajar en contra de la naturaleza para que la gente se mate y crea que está bien matarse? Es el mecanismo de la ideología, que tiene como un paso a paso. En toda la documentación judicial del conflicto está esto.

El primer paso, si quieres que la gente se mate, es convencerla de que hay la posibilidad de un mundo mejor. Le pones el contenido que te parezca: el fin de la pobreza, el reino de Dios en la tierra, cualquier cosa. Pero es un mundo mejor. Y tienes que convencer a la gente de que ese mundo es posible y que está por llegar pronto.

Después tienes que convencer a la gente de que, si no hay un mundo mejor, es por un enemigo, uno solo. Y la única solución es eliminarlo.

Luego, para que la violencia realmente tome vuelo, tienes que entrenar especialistas en la violencia. Tienes que convencer a todo el mundo de que está bien acabar con ese grupo, porque es el grupo que impide el mundo mejor. Y tienes que entrenar a gente que se especialice en matar, torturar y hacer la guerra.

A esa gente la tienes que entrenar para que acepte hacer eso. El entrenamiento de un torturador, por ejemplo, es muy complejo. Tienes que convencerlo de que es necesario, de que hay que acabar con el enemigo, de que, aunque a veces le den escrúpulos al ver el sufrimiento, hay que acabarlo. Y sueltas eso. Es una máquina de guerra que no tiene fin.

La aplicación de eso en Colombia pasa por todas las maneras como tú puedes formular cuál es el mundo mejor, cómo puedes formular quién es el enemigo que hay que acabar —que casi deja de ser un ser humano, porque hay que acabarlo— y por la necesidad heroica de superar los propios escrúpulos para lograr ese mundo mejor.

Siempre hay gente que es una minoría que está en eso para sacar ventaja personal. Pero lo que he aprendido es que esa no es la mayoría de la gente que entra a la guerra. La mayoría tolera que se humille, se maltrate y se destruya física y moralmente porque piensa que es necesario, que hay un enemigo al que hay que eliminar.

Eso lo he aprendido en abstracto. También he aprendido por qué cañones pasan los ejércitos, cuáles son los ríos que recorren los territorios, cuáles son los pueblos más afectados, cuáles son los lugares cocaleros. Es toda la geografía humana y física del horror.

Y también está el aprendizaje del dolor de las víctimas.

Sí, oír tantas historias de dolor te puede destruir, pero también aprendes, a través de la compasión y de la empatía, a ser mejor persona. Aprender de la resiliencia y la fortaleza de las víctimas.

Todo se pega: el sufrimiento y la angustia. A veces uno está oyendo a la persona que volvió a ese momento de horror y uno solo de oírla está ahí con ella. Una vez me pareció ver fantasmas, porque era un campesino que contaba que las FARC le habían desaparecido a tres hermanos. Me pareció verlos allí.

Pero también se te pega la admiración por su generosidad, por su valor y por toda la gente que ha optado por el camino del perdón.

Gracias por habernos acompañado en Entrevistas de El Espectador.

Gracias a ustedes por escucharme. Este mensaje es para las víctimas: lo que se muestra en ese video de segundos es un momento del interrogatorio, que es una técnica de interrogatorio, algo de 2019, y que si están sufriendo en este momento, busquen ayuda. ■

Quien gobierna la casa

por Quimey Báez Sevilla

A propósito de La Corte Suprema de Justicia de la Nación que queremos.

2 de octubre de 2026

> *"Madre mía —replica—, vela delante de la casa y ocupate de tus labores propias, del telar y de la rueca ... El relato estará al cuidado de los hombres; y sobre todo al mío. Mío es, pues, el gobierno de la casa".*
>
> — Homero, *La Odisea*, canto I, vv. 246-249 (trad. de Mary Beard)

Desde la salida de Elena Highton de Nolasco, la Corte Suprema argentina no tiene ninguna mujer entre sus integrantes. El dato es conocido, se repite y casi dejó de incomodar. Este libro, el tercero de la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la UBA, parte de ese hecho, pero no se queda ahí.

La pregunta del título no es cuántas mujeres faltan en la Corte, sino qué Corte queremos; o que obliga a mirar su diseño, su historia, sus prácticas y su jurisprudencia con otros ojos.

Con ese propósito, la obra reúne veintidós trabajos organizados en cinco partes, precedidos por unas palabras introductorias de las coordinadoras. La primera parte revisa las bases del diseño y funcionamiento del tribunal. Allí, Laura María Giosa analiza la paridad de género desde el derecho internacional de los derechos humanos; Marisa Herrera examina la Corte a partir de las nociones de privilegios e intereses; y Estefanía Giaccone y Laura Clérico estudian las acordadas dictadas desde diciembre de 2023. A su vez, Juliana Kina, María Eugenia Rodríguez Pería y Silvina Zimerman muestran cómo la Procuración General de la Nación puede sentar bases para una Corte con perspectiva de género en el ámbito no penal, mientras que María Soledad Manin propone repensar la Oficina de la Mujer y la Oficina de Violencia Doméstica con herramientas del derecho administrativo.

La segunda parte se ocupa de la historia y las identidades. Leticia Vita se pregunta cómo escribir una historia feminista de la Corte, y Déborah González Area y Anabel Soledad Papa analizan cómo los votos de Carmen Argibay y de Highton ampliaron el reconocimiento de derechos humanos y el canon de la perspectiva de género. En la misma línea, Ana María Bestard y María Rosa Ávila vuelven sobre el voto de Argibay en "Quisberth Castro", y María Gabriela Minaggia recorre la participación política de las mujeres en relación con el sufragio femenino.

La tercera parte, dedicada a los desafíos y las deudas pendientes de la participación paritaria, incluye el artículo que motiva esta reseña, junto con el trabajo de Fernanda Maciel sobre el funcionamiento y la composición del tribunal, y el de Virginia Marturet y María Laura Ribeiro sobre la longevidad desde la mirada de las mujeres.

La cuarta parte reúne propuestas de apertura y democratización. Ornela Mazza Gigena reclama una Corte abierta y transparente en materia de acceso a la información, y María Valentina Gleizer Goyeneche se pregunta qué significa fundamentar una sentencia con perspectiva de género, en contrapunto con Minor Salas. Completan la sección Mariana Barbitta y Yamila Negri, que defienden la oralidad en los casos de tra-

ta, y María Andrea Cuéllar Camarena y Marina Ditieri, que comparan la acción de inconstitucionalidad en México y en Argentina.

Finalmente, la quinta parte prueba el enfoque en campos específicos. Paula Sagel analiza el poder de nominación de la Corte frente a la ciudadanía transfeminista, y María José Lubertino Beltrán imagina una Corte ecofeminista. Natalia de la Torre, por su lado, examina los fallos sobre fertilización *post mortem* y gestación por sustitución, y Mónica Míguez sigue los estándares probatorios en discriminación y violencia laboral. Cierran el volumen Silvina Érica Coronello, que aborda el control de constitucionalidad y convencionalidad con enfoque de género, y Julia Lisman, que revisa lo que la Corte no dijo sobre la igualdad en materia tributaria.

Como suele ocurrir en las obras colectivas, los trabajos tienen tonos y extensiones diversas, reflejo de la pluralidad de miradas que las coordinadoras decidieron reunir. Comparten, sin embargo, una virtud poco habitual: no se detienen en el diagnóstico. Aun partiendo de datos y bases descriptivas, las autoras se animan a proponer cómo podría ser la Corte, además de describir cómo es.

Entre esas veintidós voces quiro hacer foco en una que, en parte, corre el eje de la discusión. Se trata del trabajo de Olivia R. Irala González, "El gobierno de la casa: mujeres, poder judicial y la transformación del sentido del derecho" (pp. 225-243).

El título -con la referencia homérica del ep{igrafe- nos adelanta la tesis. Durante siglos, la casa fue el único gobierno reconocido a las mujeres: ese espacio doméstico y privado que quedaba fuera de la ley. La otra casa, la de la justicia, estuvo, en cambio, reservada a los varones. Irala González no se conforma con reclamar que las mujeres entren a esa segunda casa,sino que piensa y pregunta quién la gobierna y bajo qué reglas.

El recorrido del artículo empieza por pensar el Poder Judicial como un campo de disputa y de reproducción del poder. Como aclara la autora, "este trabajo (...) no pretende emitir juicios sobre situaciones particulares, sino analizar las lógicas de poder y autoridad que han configurado sus prácticas y sus sentidos, con el propósito de abrir nuevas preguntas sobre el ejercicio del poder y la justicia" (p. 225). A partir de allí, describe a la Corte Suprema como un territorio reservado, del que las mujeres fueron excluidas de manera estructural.

El artículo distingue y analiza la tensión entre *presencia* y *transformación*. Llegar no alcanza: quien accede a un espacio construido por otros y para otros enfrenta una fuerte presión para adaptarse, para mimetizarse con los códigos del lugar, y en ese movimiento la presencia puede quedar vacía de efecto. De ahí que la autora advierta que "toda inclusión femenina corre el riesgo de volverse funcional al orden que pretende cuestionar" (p. 228).

*«Hay libros que suman información a un debate y otros que cambian la pregunta. *La Corte que queremos* tiene de las dos cosas.»*

Frente a ese riesgo, el cierre propone una práctica jurídica feminista entendida como *disrupción*; es decir, no una cuota de mujeres que juzgan igual que los varones, sino otra manera de concebir lo que hacemos cuando interpretamos el derecho.

Ahí está, a mi juicio, lo esencial del aporte. El artículo da vuelta la mirada habitual sobre la interpretación jurídica. Solemos pensar el derecho como un conjunto de normas neutras que se aplican con más o menos acierto, y la desigualdad como un defecto de aplicación que se corrige con mejores jueces. Irala González sugiere algo más incómodo, postulando que el derecho es también una construcción narrativa. Que cuenta una historia sobre quiénes somos, qué es razonable, qué merece protección y quién habla con autoridad; y esa historia se escribió desde

la experiencia masculina. Y que por eso, tiende a reforzar los mandatos sociales de los varones y a consolidar las diferencias, incluso cuando se presenta como imparcial.

Quienes trabajamos todos los días dentro de un tribunal reconocemos esa narrativa en detalles mínimos. Lo vemos al presuponer qué se considera un argumento serio y qué una opinión; en qué pruebas tienen peso y cuáles se descartan por "subjetivas"; en la voz impersonal de las sentencias, que borra a quien las escribe. Ninguna de estas prácticas es neutral. El artículo nos impulsa a nombrarlo (mas allá del "téngase presente" de uso judicial) y, en esto, dialoga bien con otros trabajos del libro, como el de Vita sobre una historiografía de la Corte sin mujeres o el análisis de los votos de Argibay, que muestran qué ocurre cuando alguien decide narrar el derecho de otra manera.

Para explicar por qué la presencia no alcanza, Irala González retoma una observación de Rita Segato, según la cual las mujeres que llegan a posiciones de autoridad en las instituciones tienden a ejercer ese poder según el *ethos* masculino que domina esas estructuras (Segato, 2018), en una suerte de adaptación que se revela como en una estrategia para permanecer y ascender. Quien entra a un espacio organizado por otros y para otros aprende rápido que conviene hablar *el idioma de la casa*. La firmeza se entiende como dureza, la distancia afectiva pasa por imparcialidad y la disponibilidad sin límites funciona como prueba de compromiso. El androcentrismo institucional, así, no necesita excluir a nadie de manera explícita, porque le basta con fijar las condiciones del éxito.

Con todo, la autora formula de manera explícita el propósito de su trabajo: resignificar los sentidos del poder, del derecho y de la justicia. Y lo hace a través de preguntas: "¿Cómo alcanzarían las mujeres el poder desde una mirada transformadora, capaz de romper con la lógica de dominación? ¿Es posible redefinir el derecho desde su sentido, y la autoridad dentro de una institución que históricamente las excluyó?" (pp. 241-242). Esas preguntas abren otra que me parece central: ¿por qué la casa, el lugar al que históricamente se confinó a las mujeres, quedó marcada como un ámbito de menor jerarquía? El cuidado sostiene y gestiona la vida entera, desde la crianza hasta la enfermedad y la adultez mayor, y también las tramas de afecto sin las cuales ninguna institución funcionaría. Aun así, el derecho lo ubicó del lado de lo privado, de lo no remunerado, de lo que no produce saber ni autoridad. La subestimación del espacio doméstico y el apartamiento de las mujeres de *la casa de la justicia* obedecen a una misma matriz de dominación. Por eso, redefinir la autoridad, como propone la autora, exige también revisar la jerarquía entre esas dos casas.

A mi modo de ver, la respuesta a las preguntas de Irala González nos impulsa a poner en valor lo que las mujeres traemos de esa *otra* casa. La *ética del cuidado* ofrece un marco para hacerlo, en tanto permite concebir el derecho de otro modo, a partir de las relaciones, el contexto y la responsabilidad por el otro, y no solo desde reglas abstractas aplicadas a sujetos indiferenciados. Carol Gilligan (2003) demostró que ese modo de razonar había sido calificado como una etapa inferior del desarrollo moral por el solo hecho de no coincidir con el modelo formal y abstracto construido desde la experiencia masculina. Era una forma distinta de pensar lo justo, que la tradición jurídica nunca se tomó el trabajo de considerar.

Esa voz es, precisamente, la que el derecho necesita. La justicia entendida como la aplicación de reglas universales a sujetos indiferenciados uniforma, no repara en las diferencias y, como advertía Victoria Camps, nunca alcanza a todos. Por eso necesita completarse con aquello que la tradición jurídica expulsó: el cuidado, la solidaridad y la capacidad de conmoverse frente al dolor ajeno.

La práctica jurídica disruptiva y transformadora supone que las mujeres no accedan al poder imitando el *ethos* masculino descripto por Segato, sino transformando desde adentro las formas

de razonar, de valorar y de decidir que la institución consolidó como propias. Ahí se juega, según el planteo de Irala González, la diferencia entre ocupar un lugar y transformarlo. Su trabajo no se detiene en la denuncia de la exclusión, sino que se pregunta por el sentido mismo del derecho y de la autoridad; en esa pregunta reside su mayor fortaleza. Es también la pregunta que recorre el libro en su conjunto, cuyas autoras, desde enfoques y materias diversas, coinciden en que una Corte distinta no depende solo de quiénes la integran, sino del modo en que concibe el derecho que aplica.

Hay libros que suman información a un debate y otros que cambian la pregunta. *La Corte que queremos* tiene de las dos cosas, y el trabajo de Irala González pertenece claramente a la segunda clase, porque nos recuerda que la paridad es el punto de partida y no la meta. La meta es que las mujeres podamos habitar *la casa de la justicia* sin dejar de ser quienes somos, y que el derecho aprehenda, por fin, de todo aquello que durante siglos decidió excluir. En un momento en que la Corte funciona sin mujeres, esa discusión es impostergable. Porque la pregunta, al final, no es solo quién gobierna la casa, sino desde qué concepción del derecho y de la justicia se la gobierna. Desde ahí parte cualquier transformación posible, y es esa la pregunta que este libro, y en especial el trabajo de Irala González, se animan a formular. ■



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)



R. Gargarella (2019)

El otro lado de la constitucion

por Déborah González Area

Volviendo sobre la historia constitucional argentina.

9 de octubre de 2026

Quienes trabajamos sobre historia constitucional tenemos una tendencia bastante obvia y difícil de evitar: empezar por la Constitución. Por el texto, sus antecedentes, los debates que llevaron a su sanción, las reformas, los derechos y las instituciones que quedaron (o no) escritos. *Constitución y Arbitrariedad*, de Agustín Casagrande, propone empezar por otro lugar. Para comprender qué significó históricamente la Constitución en Argentina, se detiene en aquello que fue construido como su contrario.

Ese contrario es la *arbitrariedad*.

Constitución y arbitrariedad no aparecen en el libro simplemente como dos conceptos opuestos. Uno contribuye a producir el sentido del otro. La legalidad, el orden, la razón y las instituciones se vuelven comprensibles frente al despotismo, el capricho, la violencia y el caos. La Constitución no se legitima solamente por aquello que promete, sino también por aquello que permite dejar atrás y por aquello cuyo regreso debe evitarse.

Esta conversión es de lo más interesante del libro. En lugar de preguntarse solamente qué entendieron los juristas argentinos por Constitución, Casagrande reconstruye el universo conceptual e imaginario contra el cual esa Constitución pudo presentarse como necesaria.

El punto de partida obliga a revisar categorías que en el lenguaje jurídico utilizamos como si sus significados fueran más o menos evidentes. Constitución, legalidad, imperio de la ley, arbitrariedad: ninguna de estas palabras llega intacta hasta nosotros. Todas tienen una historia y esa historia no constituye un dato externo a la teoría constitucional. Forma parte de ella.

Por eso *Constitución y Arbitrariedad* tampoco es una historia constitucional en el sentido más habitual del término. No reconstruye una sucesión de normas ni busca antecedentes más o menos remotos de nuestras instituciones actuales. El libro se inscribe en la historia conceptual y en la historia crítica del derecho para interrogar las propias categorías mediante las cuales los juristas construyeron el pasado.

La operación tiene consecuencias importantes. Si observamos la primera mitad del siglo XIX desde una concepción moderna de Constitución (texto escrito, derechos, división de poderes, limitación del poder) resulta relativamente fácil encontrar antes de ella todo aquello que todavía "faltaba": instituciones, Estado, legalidad, orden. El pasado puede convertirse así en una larga espera de la Constitución o directamente en el territorio de su negación a través de la anarquía, el vacío, la violencia, y/o la arbitrariedad.

Frente a ello, Casagrande recupera las revisiones que la historiografía política y jurídica viene realizando desde hace décadas. Se pregunta por aquellas "otras legalidades" y formas de gobierno que resultaban difícilmente comprensibles desde las categorías del constitucionalismo posterior. Un ejemplo es el llamado "gobierno paternal", que durante el rosismo organizaba parte del ejercicio del poder político a partir de la autoridad del padre de familia. Lejos de responder simplemente al capricho del gobernante, esta forma de gobierno encontraba sus criterios de legitimidad en una cultura jurídica y religiosa que no se ajustaba a los parámetros del constitucionalismo liberal.

No se trata de invertir la valoración y transformar aquello que la historia constitucional con-

denó en una experiencia que ahora debamos reivindicar. La idea es intentar comprender antes de juzgar. Pero especialmente señalar que, describir un orden pasado como "arbitrario" puede decir tanto sobre las categorías del observador como sobre la experiencia histórica observada.

La reconstrucción del propio concepto de arbitrariedad constituye, en ese sentido, uno de los núcleos más logrados del libro. Casagrande muestra la distancia existente entre nuestro uso contemporáneo del término y el *arbitrium* propio del *ius commune*. El arbitrio podía ser una potestad jurídicamente relevante del juzgador, vinculada con la *ratio iuris*, la *aequitas* y la resolución del caso concreto. Su ejercicio no equivalía a una voluntad caprichosa, estaba condicionado por un saber jurídico y por los límites internos de ese orden.

La transformación del *arbitrium* en arbitrariedad fue mucho más que un cambio de palabras. Acompañó la construcción de otro modo de pensar el derecho, organizado alrededor de la generalidad de la ley, la certeza, la seguridad jurídica y la limitación del poder. El antiguo concepto técnico adquirió progresivamente una carga moral negativa y pasó a vincularse con el capricho, la violencia y la voluntad absoluta.

Desde ese nuevo vocabulario, el pasado también pudo ser leído de otra manera. La arbitrariedad comenzó a funcionar como una categoría que expulsaba determinadas experiencias fuera del derecho y permitía oponerlas a los valores de la nueva legalidad. El contraste terminó adquiriendo, además, una temporalidad definida, Constitución-futuro frente a arbitrariedad-pasado. El progreso, la libertad y la razón quedaban de un lado, el despotismo y el capricho, del otro.

Pero uno de los principales aportes de Casagrande consiste, justamente, en advertir que una oposición conceptual de este tipo no podía sostenerse únicamente en abstracciones.

La arbitrariedad necesitaba imágenes y en Argentina, una de ellas fue el caudillo.

Aquí el libro se desplaza hacia un territorio que me parece particularmente interesante, el vínculo entre derecho, historia y literatura. *Facundo* aparece como una poderosa máquina de producción de imágenes capaces de traducir localmente las oposiciones del lenguaje constitucional. Ciudad y campaña, civilización y barbarie, instituciones y despotismo terminan dando forma a otra antinomia: Constitución y arbitrariedad.

El caudillo, los "mandones", las masas, el capricho y las "escenas de sangre" ofrecieron un cuerpo concreto a aquello que la Constitución debía negar. El pasado previo a la organización constitucional podía representarse entonces como un espacio dominado por voluntades personales, ausencia de ley y violencia. La potencia de esas figuras no residìa simplemente en su capacidad descriptiva. Servían para producir una sensibilidad constitucional.

Este aspecto se vuelve particularmente claro cuando Casagrande analiza los primeros cursos de derecho constitucional dictados en la Universidad de Buenos Aires. Allí, aquellas representaciones se convirtieron en parte de la formación de los juristas. Los cursos no transmitían únicamente conocimientos sobre instituciones. También enseñaban una determinada manera de mirar la historia.

En las lecciones de Manuel Montes de Oca, por ejemplo, el período anterior a 1853 podía aparecer como un tiempo en el que vida, propiedad y honor permanecían sometidos a la voluntad arbitraria de "mandones locales". El pasado proporcionaba así una lección. Había algo de lo que se había salido y a lo que no se debía volver.

La historia constitucional cumplía, en consecuencia, una función pedagógica. No era sólo la narración retrospectiva de cómo habíamos llegado hasta allí. Participaba en la formación de los sujetos encargados de sostener el nuevo orden.

En las conclusiones, Casagrande lleva esta idea hasta sus últimas consecuencias, con la cual coincido completamente. La teoría jurídica y la historia constitucional se necesitan mutuamen-

te: los conceptos abstractos requieren imaginarios que los localicen en una tradición, faciliten su enseñanza y les otorguen legitimidad. Sin aquellas "escenas primordiales", la oposición entre Constitución y arbitrariedad correría el riesgo de quedar atrapada en una relación circular.

Y es precisamente cuando la lectura está terminada es cuando, creo, aparece una pregunta que vale la pena agregar.

Casagrande muestra que la historia constitucional no sólo produjo una determinada imagen del pasado. También participó en la construcción de un sujeto.

Cuando analiza la función pedagógica del constitucionalismo liberal, Casagrande identifica las figuras del "buen padre de familia" y del "buen hombre de negocios" como modelos del nuevo orden. Las mujeres y los niños permanecían bajo la potestad paternal doméstica. El régimen de legalidad, señala, construía un deber ser masculino frente al cual mujeres, niños y otros sujetos aparecían asociados a una falta o incapacidad.

En otro pasaje la formulación resulta todavía más clara, el sujeto recortado por el discurso constitucional era un sujeto civil, "hombre y productivo", mientras la mujer y los niños quedaban remitidos a la esfera tutelar doméstica.

Es aquí donde mi lectura del libro se encuentra más directamente con otras preguntas para plantear. Si Casagrande reconstruye con tanta precisión las formas de poder que el constitucionalismo convirtió en "arbitrariedad", me interesa preguntarme por aquellas que no fueron nombradas de ese modo. ¿Qué relaciones podrían ser profundamente jerárquicas y, sin embargo, permanecer dentro de la legalidad? ¿Qué poderes fueron convertidos en el reverso de la Constitución y cuáles quedan naturalizados dentro del propio orden constitucional?

Estas preguntas no consisten simplemente en observar que faltan mujeres en una historia, como hemos señalado tantísimas veces, va más allá.

En línea con lo que planteo Joan Scott, el género no es sólo una herramienta para incorporar a las mujeres al relato histórico, permite interrogar la propia construcción de las relaciones de poder[1]. Desde allí, junto con la oposición Constitución/arbitrariedad pueden observarse otras que organizaron el mundo jurídico moderno: público/privado, autonomía/dependencia, ciudadanía/tutela.

A su vez, otro clásico de los feminismos, El Contrato Sexual de Carole Pateman mostró la construcción liberal de un espacio político de individuos libres e iguales podía convivir con relaciones jerárquicas sostenidas en el ámbito doméstico[2]. El nuevo orden no eliminaba necesariamente la subordinación. En algunos casos simplemente decidía que no se trataba de un problema político.

Por eso el señalamiento de Casagrande acerca del carácter masculino del sujeto constitucional resulta más importante de lo que podría parecer inicialmente. Si determinadas prácticas del caudillismo podían funcionar como ejemplos paradigmáticos de arbitrariedad, la potestad marital, las restricciones a la capacidad jurídica de las mujeres o su exclusión de la ciudadanía política podían, al mismo tiempo, formar parte del orden legal.

No estaban fuera de la ley. Estaban dentro.

Esta diferencia permite también pensar las categorías de autonomía y dependencia. Nancy Fraser y Linda Gordon mostraron que la dependencia posee su propia historia y que su progresiva carga peyorativa no se distribuyó de manera neutral entre los distintos sujetos sociales[3]. Las preguntas pueden trasladarse al constitucionalismo: quién podía aparecer como un indivi-

[1] Joan W. Scott, "Gender: A Useful Category of Historical Analysis", *The American Historical Review*, vol. 91, n.º 5, 1986, pp. 1053-1075.

[2] Carole Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988.

[3] Nancy Fraser y Linda Gordon, "Contract versus Charity: Why Is There No Social Citizenship in the United States?", *Socialist Review*, vol. 22, n.º 3, 1992, pp. 45-67.

duo autónomo y quién era definido a partir de sus relaciones con otros; quién hablaba en nombre propio y quién permanecía bajo alguna forma de tutela.

Éste es un problema que excede este libro, pero que su lectura nos ayuda a formular, y que nos permite revisar algo que quienes trabajamos sobre mujeres e historia constitucional tenemos permanentemente presente pero que la mayoría no lo tiene: no alcanza con encontrarlas.

Durante mucho tiempo, la historia de quienes ocuparon las instituciones, escribieron los grandes tratados, enseñaron derecho constitucional o participaron formalmente de los espacios de decisión pudo confundirse con la historia del constitucionalismo mismo. Incorporar a quienes quedaron fuera de esos espacios no debería significar simplemente sumar algunos nombres a una narrativa ya construida.

Porque las mujeres no estuvieron necesariamente fuera de las disputas constitucionales por el hecho de estar excluidas de buena parte de sus instituciones. Intervinieron, se organizaron, formularon demandas y discutieron los sentidos de la igualdad, la ciudadanía y los derechos desde posiciones que el relato tradicional muchas veces no consideró constitucionalmente relevantes.

Visto desde allí, la propuesta de Casagrande resulta especialmente interesante. Si el constitucionalismo también se produce a través de relatos, imágenes y formas de imaginar a sus sujetos, una historia constitucional crítica necesita revisar no sólo los acontecimientos que seleccionó, sino también los criterios mediante los cuales decidió quiénes podían convertirse en protagonistas de esa historia.

Las últimas páginas de *Constitución y Arbitrariedad* trasladan el problema al presente. Casagrande observa una creciente distancia entre la historia producida por los historiadores y aquella que continúa circulando dentro de la cultura jurídica. Muchos relatos tradicionales sobre el siglo XIX han sido profundamente revisados y, sin embargo, conservan una sorprendente capacidad de supervivencia en la enseñanza del derecho.

De allí surge una de las preocupaciones que atraviesan el cierre del libro, qué sucede con la cultura constitucional cuando los imaginarios que sostenían sus conceptos pierden capacidad explicativa pero no son reemplazados por otros.

Casagrande termina con una frase que condensa bien el desafío: *"El aporte es de la historia, la tarea será del constitucionalismo".*

Propongo que quizás esa tarea exija hacer dos cosas. Revisar los fantasmas sobre los cuales construimos nuestra historia constitucional. La anarquía, el caudillo, las masas, el despotismo, la arbitrariedad. Y revisar también sus silencios. Quiénes fueron reconocidos como sujetos autónomos, quiénes pudieron hablar en nombre de la Constitución y quiénes debieron disputar el derecho mismo a ser reconocidas como parte de ella.

Constitución y Arbitrariedad muestra que la Constitución no vive únicamente en sus artículos. Vive también en las historias que contamos sobre ella. Y tal vez ahí reside una de las tareas que el libro nos encomienda. Volver a escribir esas historias preguntándonos no sólo qué nos enseñaron a temer, sino también qué nos enseñaron a no mirar. ■



El federalismo como un conjunto de problemas

por Pedro Caminos

Comentario a "Federalismo y derecho público provincial", coordinado por Gustavo Arballo y Damián Azrak.

27 de octubre de 2026

El federalismo es una manera de organizar las instituciones políticas del estado y, por lo tanto, es también una institución. La reflexión sobre las instituciones puede cobrar formas diversas que son reducibles a dos. Por un lado, es posible presentar sistemáticamente a la institución dando cuenta de sus fines, de las reglas concebidas para cumplirlos que son constitutivas de órganos y procedimientos, que asignan competencias y, en definitiva, dan lugar a las instituciones que son parte del federalismo como institución más general que las comprende. Esta forma de análisis va "de arriba hacia abajo".

La otra posibilidad es, precisamente, la inversa, es decir, ir "de abajo hacia arriba". Ello significa reflexionar sobre las instituciones peculiares que integran a la institución más general. De ese modo, se aprecian aspectos parciales del federalismo del mismo modo en que cada pieza que se agrega al rompecabezas contribuye a mostrar poco a poco, incrementalmente, una imagen determinada. El segundo método permite señalar problemas o dificultades que son locales en el doble sentido, pertinente en este contexto, de que afectan particularmente a las unidades subnacionales del sistema federal y de que se refieren a aspectos parciales, localizados, del federalismo como institución general.

La obra coordinada por Gustavo Arballo y Damián Azrak, dos *connaisseurs* del federalismo argentino, reúne varios aportes de otros expertos en la materia (con alguna salvedad que quedará clara enseguida). El formato de libro colectivo, aunque no precluye necesariamente a ningún método, ciertamente favorece la reflexión por problemas, antes que la sistemática, ya que cada autor puede desplegar su conocimiento especializado sobre cierto tópico particular. El desafío de los coordinadores de una obra de este tipo es sugerir el hilo conductor entre los aportes individuales que conduzca a que el resultado final presente una imagen que, aunque quede incompleta como un rompecabezas al que todavía le faltan piezas, de todos modos, pueda ser reconocible por quien la observa. En este caso, la imagen resultante del libro es la de una muy importante institución que, ya sea por reglas ineficientes o por prácticas de elusión, presenta problemas que se yerguen como obstáculos para el cumplimiento de sus fines. Por eso, el libro presenta al federalismo como un conjunto de problemas. Allí reside su valor: un diagnóstico duro, pero justo, que invita a un debate ulterior de remozamiento, modernización y mejoramiento institucional.

El federalismo y sus instituciones

El libro está dividido en dos partes. Los capítulos que componen la primera se dedican a las instituciones del federalismo. Y el primer capítulo ya le depara una sorpresa al lector que desconozca las prácticas organizacionales del federalismo realmente existente en nuestro país. Es que, en efecto, la explicación estándar del sistema federal alude a los órganos e instituciones que están regulados en la Constitución Nacional. Pero ese primer capítulo, escrito por Jorge Gaite y Horacio Cao, se refiere a las conferencias de gobernadores, una institución extra constitucional. Los autores destacan que se trata de un espacio que ofrece oportunidades para el diálogo

que aumentan las chances para la coordinación de políticas, reduciendo correlativamente la probabilidad de que los actores asuman conductas oportunistas que impidan la satisfacción de los propósitos comunes.

Este aporte se inscribe en la concepción del *federalismo de concertación*, noción que se invoca más de lo que se la entiende y ejerce. Si, para decirlo en palabras de Aileen Kavanagh, la democracia constitucional requiere de ciertos niveles de colaboración institucional para operar adecuadamente, entonces es importante contar con herramientas para promover esa colaboración, reduciendo los costos de coordinación. Así, el federalismo de concertación tiene que dejar de ser la excusa para multiplicar el poder de actores con veto en el sistema político para dar lugar a foros de diálogos y acuerdos. La propuesta final del capítulo, orientada a avanzar en la institucionalización de las reuniones de gobernadores, indica cuáles son los problemas de la hora. Por un lado, la insuficiente organización institucional de la figura sugiere un nivel menos que óptimo de los resultados alcanzados hasta el momento en términos de coordinación. Por otro, la necesidad de institucionalización parece ser una respuesta a las crecientes dificultades que el contexto político actual, caracterizado por la fragmentación y la polarización, le impone al diálogo.

En el segundo capítulo entramos a un terreno más conocido: el de las constituciones provinciales. En su aporte, Gustavo Arballo nos guía por un recorrido en el que se destacan, por un lado, la posibilidad de diversidad implicada en que cada provincia dicte su propia constitución, por ejemplo, en materia de derechos, diseños institucionales e identidades. Por otro lado, el autor destaca que, merced a ciclos constituyentes sincronizados históricamente y a procesos de migración de ideas constitucionales, la diversidad no impide reconocer patrones de semejanza que se traducen una suerte de *Ius Commune* subnacional. De ese modo, el federalismo argentino tiene un rasgo *potencialmente* polifónico, pero que, al menos en ciertos aspectos, converge en un monótono canto gregoriano. En ese sentido, resulta sugestivo el diagnóstico que el autor propone sobre los riesgos que se plantean en las constituciones provinciales. Por un lado, la errada idea de que las provincias, en lugar de autónomas, serían soberanas. Por otro, que las reformas constitucionales locales responden a veces, acaso más de lo deseable, al impulso de liderazgos políticos con incentivos no siempre alineados a la búsqueda de un buen diseño institucional y con poca predisposición a sujetarse a los ideales deliberativos. Finalmente, en lo que aparece como una confirmación de la tendencia a la monodia en el derecho público provincial, Arballo señala la práctica de imitar textos constitucionales *a tontas y a locas* lo cual, en ocasiones, se traduce en una asunción de deberes por parte de gobiernos que carecen de las capacidades institucionales para honrarlos. Este tema de la insuficiente capacidad institucional subnacional aparecerá en otros aportes del libro como el de Gustavo Maurino, como se verá.

Mis conclusiones sobre el segundo capítulo deben ser sustancialmente matizadas en virtud de la exposición que María Gabriela Ábalos elabora en el tercero. En efecto, este aporte al libro recorre la rica historia del constitucionalismo provincial partiendo desde sus tempranos antecedentes decimonónicos, pasando por la etapa de la organización nacional y terminando con los ciclos reformistas habidos desde 1983 hasta la actualidad. El trabajo de Ábalos proporciona ejemplos concretos de la diversidad de regulaciones y diseños institucionales que son el resultado del ejercicio de la autonomía. La autonomía es, así, la cornucopia de la que desbordan las diferencias constitucionales que se explican por factores culturales, históricos, geográficos, sociales, económicos y políticos. Mientras que el texto de Gustavo Arballo buscaba generalidades, incluso en los aspectos en los que se hace presente la diversidad, el capítulo de Ábalos es un caleidoscopio de piezas de diversas clases, colores, tamaños y formas que simbolizan el particu-

larismo en la unidad característico de una federación.

De ahí que este trabajo sea el lugar natural para introducir al concepto de margen de apreciación provincial. Se trata de una noción utilizada por algunos jueces de la Corte en algunas decisiones de ese tribunal para evaluar la constitucionalidad de normas locales, incluyendo a las constitucionales. En términos simples, cuando se usa el lenguaje del margen de apreciación, se concede que el espacio regulatorio de las provincias definido por su autonomía les deja la posibilidad de optar por diversos regímenes normativos, para ajustarse precisamente a sus diversas geografías, historias, culturas, identidades, sociedades, economías y tradiciones políticas. Mientras que las regulaciones en cuestión ocupen ese espacio de elección legítima, la Corte deberá ser deferente frente a la opción preferida por la normativa local. El riesgo implícito, que había sido explicitado por Arballo de manera general, consiste en que un uso inadecuado de la doctrina del margen de apreciación tienda a una disgregación del proceso de constitución de la unión nacional, aludido en el Preámbulo de la Constitución Nacional, impidiendo no solo la conformación de estándares comunes, el *Ius commune* subnacional, sino también la violación de las garantías mínimas impuestas por el pueblo de la Nación Argentina en 1853.

El análisis de la noción de margen de apreciación provincial se completa con el aporte de Marcelo Bernal. En este trabajo se hace explícito el origen de la expresión en el contexto del sistema europeo de derechos humanos. Con independencia de ello, también se ilustra, en forma similar al artículo de Ábalos, que el concepto ya existía, aunque sin ese nombre, en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre los alcances de la autonomía provincial. Finalmente, Bernal pone énfasis en una consecuencia institucional del uso del concepto que es que genera el espacio para un diálogo entre tribunales, es decir, entre la Corte y los superiores tribunales de justicia provinciales, como forma de avanzar en una comprensión común sobre la delimitación apropiada del ámbito que debe ser objeto de regulación local.

No es casualidad que, en este punto, se inserte el aporte de Pedro Caminos, el único de los autores que no es un experto en federalismo. Por eso mismo, el capítulo a su cargo se refiere a un tópico más propio del derecho procesal constitucional, aunque profundamente enraizado con la temática del libro: el recurso extraordinario. Si Bernal había apuntado a la posibilidad de diálogos entre tribunales, ella requiere para consumarse de la existencia de vías procesales aptas. El recurso extraordinario es el mecanismo recursivo que le permite a la Corte revisar las sentencias definitivas pronunciadas por los superiores tribunales de provincia en las que se resuelvan cuestiones federales, es decir, en las que esté en juego la aplicación del derecho federal. El capítulo repasa la dogmática tradicional sobre el recurso e identifica a la doctrina de la sentencia arbitraria como una disfuncionalidad desde el punto de vista del federalismo.

El sexto capítulo pertenece a Mariano Calvento, Stella Juste y Facundo Carcedo. Con él, el libro vuelve a un aspecto menos explorado de la dinámica del federalismo argentino: el accionar de provincias y municipios en el ámbito internacional. El trabajo detalla los cambios en la práctica que incluyen como puntos relevantes, en primer lugar, la admisión constitucional en 1994 de la posibilidad de que las provincias celebren convenios internacionales, para, luego, pasar a los ajustes institucionales necesarios para implementar dicha innovación y, finalmente, terminar con una descripción de la diversificación de las relaciones internacionales encaradas por los gobiernos subnacionales. El trabajo se completa con un prolijo análisis de varios casos provinciales y municipales.

El último capítulo de la primera parte, cuyo autor es Daniel Cravacuore, se dedica de lleno a un problema relacionado con una de las instituciones centrales de nuestro federalismo: los municipios. Para ello, el trabajo evalúa la evolución de indicadores sobre autonomía municipal en la

Argentina durante el período 1990-2020. El hallazgo de esta investigación es un estancamiento en el proceso de descentralización. El autor le atribuye ese resultado a una incapacidad para transformar de manera sustancial las relaciones intergubernamentales que son las que, según su caracterización, definen el nivel efectivo de autonomía local. De ese modo, la descentralización en los municipios no constituye un proceso parejo en su distribución territorial y, cuando se materializa, lo hace de manera parcial y condicionada. El trabajo se destaca por incorporar también un análisis comparativo en el que concluye que ese proceso de descentralización hacia los municipios no quedó particularmente rezagado al observarse lo ocurrido en otros países, pero tampoco se acercó a los primeros lugares.

Análisis transversales



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)

La segunda parte del libro recoge siete capítulos en los que se proponen análisis comparativos entre las diferentes provincias con respecto a instituciones particulares. Sus dos primeros capítulos se refieren específicamente a la regulación y efectividad de los derechos en el ámbito subnacional. El trabajo de Gustavo Maurino propone un análisis interconectado de tres conceptos que conforman los lados de un triángulo: autonomía, derechos sociales y federalismo. Desde su perspectiva, a partir de la recuperación democrática la autonomía individual tomó el centro de la escena en nuestras prácticas constitucionales como parte de una revalorización del ideal igualitario del constitucionalismo, centrado en los valores de la propia autonomía y también de la igualdad y la dignidad. Desde ese lugar central, la autonomía habría conseguido irradiarse hacia el derecho común y también hacia una manera de entender las restricciones que tienen las provincias al reglamentar el ejercicio de los derechos. En este punto, Maurino critica al concepto de margen de apreciación provincial por hacer difuso un límite que debería ser claro. En paralelo con ese movimiento de mayor reivindicación de la autonomía individual, Maurino también computa que en el mismo período se produjo una revalorización del federalismo materializada en una defensa de su autonomía.

El autor advierte la paradoja de que ambas reivindicaciones autonómicas, del individuo y de los gobiernos locales, no vinieron acompañadas de medidas concretas y efectivas para aumentar las respectivas capacidades lo cual traicionaría en los hechos lo que se declama en los discursos. Aquí aparece, en su narrativa, el tercer lado del triángulo. Este triángulo es isósceles: los lados relacionados con la autonomía se han fortalecido, pero el de los derechos sociales se habría achicado. Maurino señala que ello se debe a que esos derechos son entendidos habitualmente en la práctica más como el resultado de políticas y de asignación de recursos que como una directiva fuerte que deben seguir quienes toman las decisiones respectivas. Las deficiencias en materias de políticas sociales están relacionadas con su diagnóstico previo sobre capacidades y autonomías. La debilidad de la capacidad estatal subnacional vuelve poco probable la adopción de las políticas y medidas necesarias para efectivizar los derechos sociales, a lo que se agrega la problemática de las diferencias regionales en su administración. A su vez, esta situación les resta capacidades a los individuos que contarán con menos oportunidades para ejercitar su autonomía.

El trabajo compañero al de Maurino es el que escribió Patricio Méndez Montenegro. En esta

oportunidad, el análisis pone el ojo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. El autor propone que el rol de la Corte es el de ser la mediadora institucional de una tensión inevitable en el sistema federal. De acuerdo con su presentación, una constitución establece derechos que deben ser respetados de manera uniforme en todo el territorio nacional. Al mismo tiempo, el federalismo invita a una diversidad en los modos de entender y regular los derechos. Esta es la tensión que, en los trabajos de la primera parte, aparecía discutida bajo la etiqueta del margen de apreciación provincial y, como se recordará, Bernal había sugerido que ella dejaba un espacio para un diálogo entre tribunales. Ciertamente, la Corte puede concebir que su rol mediador es el de participar en un diálogo. Esto requiere que el tribunal desarrolle una actitud deferente ante las regulaciones provinciales. Pero también podría verse a sí misma como un agente encargado de trazar de manera clara los límites de lo que las provincias pueden hacer en materia de derechos.

El trabajo de Méndez Montenegro registra que, en la jurisprudencia de la Corte, el tribunal hizo las dos cosas e incluso se anima sugerir una periodización: entre 1983 y 2017, las decisiones de la Corte habrían estado más orientadas por la segunda manera de concebir su rol mediador; mientras que, luego de 2017, la Corte habría acercado sus decisiones a la otra concepción. No por casualidad, el concepto de margen de apreciación provincial aparece en esa segunda etapa junto con la actitud deferente hacia las provincias que la acompaña.

La temática sobre los derechos no se agota con los dos aportes recién reseñados. En efecto, el libro incluye otros dos trabajos en los que se hacen explícitas sendas *demandas de reconocimiento*. En efecto, los derechos suelen ser entendidos de un modo desvinculado a las identidades de sus titulares. Esta ausencia de perspectiva identitaria puede resultar devastadora para clases de personas sujetas a situaciones de vulnerabilidad estructural en función, precisamente, de *quiénes son*. Este es el contexto en el que cabe entender al capítulo de Silvina Ramírez sobre los derechos de los pueblos indígenas y el de Liliana Ronconi y María de los Ángeles Ramallo sobre género.

Silvina Ramírez toma como objeto de su trabajo al inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional. En esa línea, la premisa de la que parte su análisis está en que dicha cláusula reconoce la *preexistencia* de los pueblos indígenas. Esta circunstancia es la que, según su manera de ver las cosas, justifica el reconocimiento de derechos a las comunidades respectivas. El punto neurálgico del trabajo está en el conflicto que se plantea entre, por un lado, el dominio originario sobre los recursos naturales, que el artículo 124 les reconoce a las provincias (y que será objeto también del aporte de María Florencia Saulino) y, por otro lado, el derecho que se les reconoce a los pueblos indígenas a participar en la gestión referida a recursos naturales de las tierras sobre las cuales tienen la posesión y propiedad comunitaria. Con acierto, Ramírez señala que, ante estas dos disposiciones, no puede asumirse que las provincias pueden decidir por sí solas sobre la gestión de los recursos naturales respectivos. Al menos, deberán admitir que las comunidades indígenas ejerciten un derecho a participar en la decisión. La regulación del procedimiento participativo respectivo quedaría en el ámbito de las atribuciones que las provincias pueden ejercer de manera concurrente con la Nación según lo establece el artículo 75, inciso 17.

Por su parte, Ronconi y Ramallo se proponen incorporar la perspectiva de género en el análisis del derecho público provincial. Con envidiable sencillez, definen a tal perspectiva como un método que permite visibilizar la discriminación y la violencia en contra de las mujeres y de las personas que integran el colectivo LGBTI+. Este método se despliega en dos direcciones. Por un lado, en la identificación de un tratamiento normativo que refleje diferencias injustificadas. Por otro, en reconocer el impacto diferenciado de las normas jurídicas en determinados grupos. Mientras que el primer punto no es ajeno a acer-

camientos más tradicionales, el segundo es el que resulta peculiarmente innovador ya que se refiere a la demanda de reconocimiento identitaria a la que se aludió más arriba. En esa línea, el trabajo comienza con una iluminadora discusión del concepto de estereotipo y cómo impactan los estereotipos en las regulaciones jurídicas usando el caso de las licencias por maternidad como ejemplo.

Luego, las autoras ingresan en la discusión sobre la relación entre género y federalismo. De ese modo, en línea con otros aportes del libro, destacan las posibilidades de un federalismo dialógico que permita una adecuada protección de los derechos. Sugieren para ello un análisis descompuesto en tres elementos. En primer lugar, detectan que la deficiente protección en materia de derechos suele estar más relacionada con la inefectividad de los derechos ya reconocidos que en la propia omisión de tal reconocimiento. Las autoras ponen su atención en el diseño del presupuesto como clave explicativa. Es posible que ese estado de cosas tenga fuerte relación con el segundo elemento, el referido a la participación política de las mujeres. Si bien existe legislación que promueve la integración de la mujer en listas de cargos electivos y otras posiciones institucionales, lo concreto es que el grupo sigue estando relegado de los ámbitos de decisión. Por último, las autoras se refieren a la situación de la violencia de género y ven en ese ámbito una suerte de decantamiento de los elementos anteriores: el tratamiento dispar en materia de políticas públicas y de su implementación respecto de la violencia de género en cada provincia es una resultante de los puntos analizados previamente.

La segunda parte del libro incluye otros tres capítulos que son compañeros conceptuales. En efecto, Federico Orlando analiza la distribución de competencias en materia de regulación de servicios públicos, mientras que Cristian Altavilla se concentra en los sistemas tributarios provinciales. Ambos trabajos son compañeros porque tienen la difícil tarea de navegar por los meandros de los derechos administrativo y tributario, disciplinas que conforman las dos mitades del cuerpo del derecho público. A ellos se agrega el aporte de Florencia Saulina sobre competencias ambientales.

Orlando comienza por definir al servicio público como una actividad económica que, por considerársela muy importante para la satisfacción de necesidades sociales, es desmercantilizada con el fin de asegurar su prestación obligatoria, para lo cual se la sujeta a un régimen jurídico de derecho público que admite la posibilidad de provisión privada bajo control estatal. Esta definición sugiere el esquema básico dentro del cual Orlando se moverá con claridad y elegancia. En primer lugar, dado que tanto el gobierno federal como los gobiernos provinciales y municipales tienen a su cargo una porción del interés público, esto es, de la satisfacción de necesidades sociales, cada uno de ellos puede decidir organizar un servicio público. Orlando adopta aquí un criterio clásico. El gobierno federal tiene la atribución respectiva cuando el servicio tiene un carácter interjurisdiccional, un gobierno provincial la tiene respecto de los servicios que operen dentro de sus territorios y los municipios la tendrán según cómo esté configurado el derecho público de la provincia a la que pertenecen.

Pero, en segundo lugar, tener claro este criterio no es el fin de la historia. Ya que, una vez establecido un servicio público federal, sus actividades tendrán lugar en los territorios de provincias y municipios. Los gobiernos locales cuentan con poderes de policía y de tributación. Con enorme poder de síntesis, Orlando resume los criterios jurisprudenciales pertinentes. Para simplificar, la circunstancia de que una actividad constituya un servicio público federal no inhibe el ejercicio de tales poderes por parte de los gobiernos locales, salvo que la ley federal hubiera prohibido expresamente dicho ejercicio o que, en el caso, tal ejercicio interfiera sustancialmente con la prestación del servicio.

El aporte de Cristian Altavilla consiste en un análisis a un mismo tiempo clarificador y crítico del sistema tributario argentino. Por un lado, explica la distribución general de competencias entre Nación y provincias en materia tributaria y la clasificación de impuestos sobre la que ella se construye. Ello permite avanzar un paso en la descripción del sistema al presentar los mecanismos de coordinación fiscal interjurisdiccional que terminan definiendo el alcance real de las competencias tributarias de cada nivel de gobierno que tiene diferencias con el esquema que surge del texto constitucional. En un tercer paso, describe de manera más detallada la estructura tributaria nacional y los recursos impositivos propios de las provincias. El cuarto paso es la presentación del sistema de transferencias fiscales federales. Y, finalmente, sintetiza las críticas a este sistema, individualizando los aspectos que necesitan ser reformados y elaborando propuestas concretas en esa dirección.

El capítulo elaborado por María Florencia Saulino también está emparentado con los de Orlando y Altavilla. En efecto, su objeto no es otro que el de clarificar el complejo entramado de competencias ambientales. El trabajo comienza con la enumeración de competencias generales que la Constitución le asigna al gobierno federal que podrían tener incidencia en materia ambiental. Correctamente, el trabajo distingue a las competencias exclusivas de las concurrentes. Como se sabe, en el caso de las primeras, las provincias tienen prohibida la regulación, mientras que, con respecto a las segundas, está habilitada la doble regulación.

Luego, Saulino avanza hacia el tratamiento del sistema de presupuestos mínimos y normas complementarias. Este sistema es el resultado de una innovación introducida por la reforma de 1994 en el artículo 41 de la Constitución. Se trata de una forma institucional peculiar que procura responder a la tensión identificada por Méndez Montenegro entre la exigencia de una protección territorialmente uniforme de los derechos, por un lado, y la reivindicación de diversidad propia del federalismo, por el otro. En este marco, la legislación ambiental adoptada por el gobierno federal establece un umbral uniforme en todo el territorio nacional que garantiza a todos los habitantes una protección ambiental mínima. Dado que cada provincia tiene la potestad, no delegada a la Nación, de regular el aprovechamiento y uso de los recursos naturales, las leyes de presupuestos mínimos no deberían orientarse a la gestión de los recursos, sino a su protección. Por su parte, las leyes provinciales que complementen a las nacionales de presupuestos mínimos podrán agregar requisitos o exigencias a los previstos en éstas, así como también regular aspectos no contemplados en ellas. Siempre que no infrinjan el contenido mínimo, las provincias pueden adoptar regulaciones diferentes. Saulino destaca que las leyes de presupuestos mínimos no son leyes federales, sino de "derecho común" de manera tal que la jurisdicción competente para resolver causas judiciales en las que se requiere su aplicación es la provincial, salvo que las cosas o las personas caigan en la jurisdicción federal.

A continuación, Saulino realiza un prolijo inventario de los conflictos de competencia en la materia. En primer lugar, el Congreso, al dictar leyes de presupuestos mínimos, debe evitar que la profusión regulatoria elimine el espacio para la sanción de leyes complementarias provinciales. En segundo lugar, las leyes complementarias locales tienen la doble limitación de que, además de tener vedado infringir el contenido mínimo impuesto a nivel nacional, no están autorizadas a transgredir los límites impuestos por leyes federales. En este segundo supuesto, las reglas jurisprudenciales aplicables son análogas a las presentadas por Orlando en su trabajo. Si la ley federal les prohíbe a las provincias ejercer su poder de policía, ello incluye a sus potestades en materia ambiental. Cuando no exista tal prohibición expresa en la ley federal, de todos modos, la legislación provincial resultará inaplicable cuando se plantee en el caso una repugnancia efectiva entre su aplicación y la consecución

de los fines federales perseguidos por la normativa nacional.

Este recorrido termina con una explicación sobre el concepto de "dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales". Saulino expone con precisión que la noción asume una distinción entre el dominio originario y el derivado, de manera tal que los derechos de propiedad de los particulares se derivan de una asignación decidida por el titular originario. Sin embargo, el dominio originario no equivale a la jurisdicción, es decir, a la potestad regulatoria sobre el recurso. Por lo tanto, el gobierno federal tiene los poderes que le atribuye la Constitución Nacional, ya sea de manera exclusiva o concurrente, y, especialmente en materia ambiental, cuenta con la atribución de adoptar la legislación de presupuestos mínimos. ■



¿Metáfora mecánica o analogía biológica?

por Yanina Welp

Pensar el Constitucionalismo Deliberativo como ecosistema.

22 de septiembre de 2026

En España, Argentina, Estados Unidos, Brasil, Hungría y Colombia, por citar unos pocos casos, los tribunales o cortes supremas están tensionados por problemáticas específicas con un fondo común: el poder último de estos órganos para decidir *solos* sobre los asuntos constitucionales más relevantes con un déficit de legitimidad política y en entornos cada vez más polarizados. Aunque el tema no es nuevo, hay mucho por decir, como demuestra *Constitucionalismo Deliberativo. Objeciones a la jurisdicción constitucional y democracia deliberativa* (Marcial Pons 2026), de Ignacio Giuffré.

Constitucionalismo Deliberativo está motivado por una doble crítica, al problema –el derivado del "Constitucionalismo fuerte"– y al marco desde el que se ofrece una de las soluciones más promisorias –la insuficiente institucionalización de los ideales de la democracia deliberativa. Frente a estos, el autor propone un constitucionalismo deliberativo que conserve la función protectora de los derechos, pero distribuya de manera más democrática la autoridad constitucional no sólo entre jueces y entre instituciones sino también con la sociedad.

Aquí quiero centrarme en tres aportes que hace la obra: su documentado recorrido histórico y teórico, la delimitación de los desafíos de los modelos constitucionales dominantes, y su propuesta para superarlos. A esto añado un comentario crítico a la teoría deliberativa, en general, y al constitucionalismo deliberativo, en particular, que refiere a los límites que impone quedarse en un marco universal a la necesidad de contemplar la agencia como elemento clave en la traducción que conecta ideas con instituciones. Mi argumento es que este desplazamiento exige no sólo repensar el diseño institucional, sino también el ecosistema político y social en el que esas instituciones operan. Vamos por partes.

Los modelos constitucionales y sus desafíos

Los primeros capítulos del libro reconstruyen, histórica y teóricamente, la evolución del constitucionalismo moderno. El "constitucionalismo fuerte" tiene su momento fundante con la Constitución de Filadelfia en 1787. Sus características centrales son la rigidez –medida como la dificultad para cambiar la constitución–, la supremacía constitucional y el poder de veto otorgado a los tribunales.

Una alternativa que lo precede en el tiempo es el "Constitucionalismo de Westminster" (también llamado "Constitucionalismo político"), que hunde sus raíces en la Revolución Gloriosa (1688) y tiene a Locke como principal referente contra el absolutismo monárquico. En este modelo, los textos normativos no están jerarquizados, tienen un procedimiento de reforma flexible, no otorgan a los tribunales potestad de ejercer control de constitucionalidad y la autoridad final la tiene el parlamento. Fue el modelo dominante hasta 1945.

Las críticas contemporáneas a la supremacía judicial propia del constitucionalismo fuerte resuenan en las que ya planteaban los antifederalistas – derrotados en la discusión constitucional americana: el poder judicial es conservador, oligárquico, los magistrados actúan como "guardianes platónicos". Una de las mayores objeciones deriva de su carácter contramayoritario: "el déficit de legitimidad y de credenciales democráticas de la potestad judicial de declarar la (in)constitucionalidad de las normas que atañen a los aspectos más fundamentales de la sociedad, aun en contra de sus preferencias o las de sus representantes políticos" (p.33). A pesar de estas críticas, se volvió hegemónico. Si en 1946, solo un 35% de los países del mundo desempeñaba alguna forma de revisión judicial de constitucionalidad, en 2006 dicho índice alcanzó el 86% mientras la supremacía constitucional ha sido adoptada, de una forma u otra, por más de 150 países y por varias entidades supranacionales(datos citados en p.71).



Los sistemas evolucionan y se adaptan. Así lo demuestra la Carta Canadiense de Derechos y Libertades del año 1982, de control judicial "dialógico" o "débil". Aunque éste admite que la Corte Suprema declare la inconstitucionalidad de una norma, impide que la última palabra quede en sus manos ya que el poder legislativo puede invocarla de manera preventiva para blindar explícitamente una ley antes de la revisión judicial, o de manera reactiva, para revertir una decisión de inconstitucionalidad y mantener temporalmente la validez de la ley. Este modelo ha sido adoptado por Nueva Zelanda (1990), Reino Unido (1998) y más tarde también en sistemas constitucionales de fuera de la Commonwealth, como Japón, India, Hong Kong, entre otros (p.160). La idea central que motiva esta arquitectura constitucional es la de que ni el modelo de constitucionalismo fuerte ni el modelo de soberanía parlamentaria ofrecen una protección adecuada de los derechos y la democracia, por lo que se opta por involucrar a los tres poderes. Sigue quedando afuera la sociedad, sugiere Giuffré.

Este recorrido permite al autor analizar no sólo la tensión entre modelos sino también todas sus subvariantes y su evolución histórica. El libro en su conjunto se caracteriza por el esfuerzo, exitoso, de sistematizar objeciones, propuestas y alternativas al constitucionalismo fuerte, bases sobre las que luego analiza las respuestas que desde la teoría deliberativa se ha dado a esta problemática.

Un marco para el desarrollo del constitucionalismo deliberativo

Uno de los principales argumentos a favor del constitucionalismo fuerte se centra en el rechazo a la politización –"la cultura constitucional predominante ha sostenido que las mayorías parlamentarias no tienen incentivos institucionales para asegurar la garantía de los derechos, sino más bien para conseguir la reelección en sus cargos" (p.40)– intereses frente a los que la posición institucional de una magistratura independiente sería inmune. No hace falta dar muchas vueltas para mostrar la distancia que separa esta expectativa de la realidad en un buen número de países, empezando por los citados en la introducción, donde los nombramientos de miembros de la alta magistratura son un ámbito de disputa entre gobierno y oposición, en el mejor de los casos (en el peor reina la cooptación).

Pero no sólo de la experiencia surgen objeciones, también pueden plantearse desde su misma concepción que privilegia el aislamiento y la elaboración individual: "se vincula el aisla-

miento institucional de la jurisdicción constitucional con el deber de dar razones públicas. Sin embargo, es más probable que las razones públicas, en tanto tales, emerjan del debate público, antes que del debate secreto de un grupo de jueces" (p.84), señala Giuffré. Sobre esta misma cuestión, Carlos Nino señalaba que "la discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no solo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados" (citado en p.85)

Es en este marco que la democracia deliberativa aspira, para Giuffré, a ofrecer imparcialidad y legitimidad, ya que estas dependen de un proceso abierto y continuo de justificación argumentativa entre autoridades públicas y grupos afectados. A pesar de cierto acuerdo general al respecto, el autor muestra que algunos de los principales referentes de las teorías deliberativas –Rawls, Dworkin, Lafont–, acaban defendiendo la supremacía constitucional.

Límites y desafíos del constitucionalismo deliberativo

Por último, me permito hacer algunas consideraciones críticas para alimentar el debate. En primer lugar, observo una tensión entre la expectativa de contar con un marco universal de protección de derechos que no necesariamente confluye ni va de la mano con la de promover una democracia inclusiva. Dice Ignacio: "El constitucionalismo deliberativo no presupone que, al sustraer la voz privilegiada a la jurisdicción constitucional y otorgar mayor poder a la sociedad, las decisiones serán inexorablemente correctas. Simplemente, presupone que en tales casos las decisiones gozarán de mayor legitimidad e imparcialidad. A lo sumo, cabe esperar también una mayor probabilidad de que se tomen buenas decisiones, en la medida en que se atienda a las preferencias y los problemas de las personas y grupos afectados" (p.192). Sin embargo, al no estar claros los procedimientos –debido a la tesis de la dependencia contextual– si la teoría no sale del universal para abordar de lleno al menos algunos casos particulares corre el riesgo de quedar en la bolsa de las buenas intenciones con escasa aplicabilidad práctica. El reparo no es menor si se observa el incipiente rol de líderes políticos con agendas antiderechos y amplio apoyo popular. No se trata de contraponer una solución a otra sino de cuestionar la existencia misma de una solución universal.

El autor anticipa que los contextos deben ser considerados. Cito: "La tesis de la dependencia contextual deja en claro la imposibilidad de que una teoría normativa, como lo es la democracia deliberativa, ofrezca a la pregunta institucional una respuesta conceptual y unívoca para todo momento y lugar" (p.77). Sin embargo, limita el contexto a la dimensión institucional: las reglas, los procedimientos, las competencias y las relaciones entre los distintos actores constitucionales. Queda menos desarrollada, la dimensión social y política: las desigualdades de recursos, las asimetrías de poder, las capacidades organizativas y las luchas por definir la agenda y los términos mismos de la deliberación.

Ignacio reconoce que la desigualdad es un problema. Dice: "en sociedades complejas y con dificultades para gobernar, donde el poder y el dinero tienden a concentrarse y solaparse en espacios opacos y ciegos a la vista del público, el giro deliberativo apuesta a la implementación de estructuras institucionales que alberguen procesos inclusivos y dialógicos de formación de la opinión y la voluntad común." (p.62) Sin embargo queda abierta la cuestión de cuáles son los *drivers* del cambio institucional? Es justamente esa desigualdad la que explica y retroalimenta el modelo constitucional opaco, ciego a la vista del público.

Frente a estas limitaciones propongo retomar la propuesta de Laurence Whitehead en el artículo "Un concepto de democratización reani-

mado". En su análisis de los procesos de democratización, Whitehead señalaba que las ciencias sociales habían quedado dominadas por la metáfora mecánica –andamiaje institucional, consolidación, quiebres – frente a lo que sostenía que la analogía biológica es más productiva: "un orden político democrático es un sistema adaptativo complejo con sus propios acuerdos internos que se coordinan a través de un conjunto de principios reguladores orientados hacia su mantenimiento, desarrollo y adaptación a las condiciones externas". Creo que esta reflexión es muy válida para pensar los pasos futuros del constitucionalismo deliberativo.

La metáfora mecánica es útil para pensar el diseño institucional en abstracto, porque remite a un modelo que permite aislar elementos y establecer relaciones entre ellos: competencias, procedimientos, incentivos, reglas de decisión, canales de diálogo. La analogía biológica permite un abordaje particular y específico porque obliga a mirar el sistema como un ecosistema: las instituciones evolucionan, los actores cooperan o compiten, las desigualdades condicionan su comportamiento, hay relaciones de dependencia, conflictos de poder, procesos históricos y diferentes capacidades de adaptación. La inclusión de la ciudadanía puede tener efectos positivos en un entorno y ser una puerta a la consolidación del autoritarismo en otro.

La cuestión principal es, a mi entender, si puede diseñarse un constitucionalismo deliberativo sin una teoría del ecosistema político en el que la deliberación tiene lugar. Los estudios empíricos de instituciones participativas sugieren que no. América Latina es prolífica en mostrar todas estas tensiones y adaptaciones que ilustra con particular intensidad la evolución de la Constitución venezolana de 1999, que revolucionó la discusión sobre la democracia participativa por unos pocos años y acabó impulsando el autoritarismo (participativo). Esto ocurre porque la inclusión no puede ser vista como un mero proceso de incorporar voces desconectado de la distribución del poder. La inclusión institucional no garantiza por sí misma una distribución equitativa de la capacidad de agencia. No se trata de una precisión menor: reconocerlo tiene consecuencias para el propio diseño y evaluación de las instituciones deliberativas.

Otro ejemplo proviene de las innovaciones participativas más recientes. Para muchos académicos las asambleas ciudadanas sorteadas son una forma de ampliar la inclusión pero algunos movimientos sociales las identifican con una forma de quitarles su lugar en la mesa de negociación en nombre de un ideal de la representación descriptiva. Así, la misma institución es interpretada y experimentada de maneras casi opuesta (inclusión / exclusión) dependiendo de la posición de los actores en el ecosistema político.

El constitucionalismo deliberativo busca formular principios con pretensión general, pero su funcionamiento depende de ecosistemas políticos, sociales e históricos particulares. Pensar el constitucionalismo deliberativo como ecosistema implica pasar de preguntar qué instituciones debemos diseñar a preguntarnos qué relaciones de poder hacen posible –o bloquean– su funcionamiento democrático ■



R. Gargarella, Panamá (2026)

La madurez del constitucionalismo deliberativo

por Constanza Núñez Donald

O cómo cumplir con la promesa inconclusa de la democracia deliberativa.

23 de septiembre de 2026

El libro de Ignacio Giuffré "*Constitucionalismo deliberativo. Objeciones a la jurisdicción constitucional y democracia deliberativa*" se inserta en el "giro deliberativo" de los estudios de la justicia constitucional. Tal como él lo indica, en los últimos años, al giro deliberativo de la democracia, se ha sumado también el giro deliberativo del constitucionalismo. Esto ha implicado volver a revivir algunos debates que nunca han terminado de cerrarse o nunca han terminado de irse, como es el de la legitimidad de la justicia constitucional, el cómo responder a la objeción contramayoritaria o si el constitucionalismo tiene o no, inevitablemente, una dimensión antidemocrática (como duramente, por ejemplo, ha denunciado Loughlin).

El estudio del giro deliberativo se ha dado fundamentalmente en el norte global, pero en América Latina, trabajos como los de Giuffré se suman a los esfuerzos por traer este debate a nuestra región. En este afán podemos ubicar también a Roberto Niembro y su texto "La justicia constitucional de la democracia deliberativa", el proyecto del "Derecho como una conversación entre iguales" de Roberto Gargarella y al trabajo de categorización de las diferentes perspectivas que aporta Leopoldo Gama en "Derechos, democracia y jueces: modelos de filosofía constitucional".

Si es que un modelo de filosofía constitucional es aquel que articula, por una parte, una determinada concepción de la democracia con el modelo constitucional idóneo vinculado con ella, ello tiene incidencia, por ejemplo, en el diseño de la *judicial review* y en otro tipo de arreglos institucionales. Si asumimos que el constitucionalismo tiene una tensión inherente que le es propia (entre democracia y derechos), lo que harían los modelos de filosofía constitucional sería proponer modos de canalizar esa tensión o posicionarse frente a esa tensión. Mientras que algunos modelos inclinan la balanza hacia los derechos, como el constitucionalismo sustancialista, principialista o fuerte (Ferrajoli, Dworkin), otros optan por inclinar la balanza hacia la democracia, como lo hacen, por ejemplo, los modelos de constitucionalismo popular o político (Bellamy, Tushnet) (cada vez nos llenamos más de etiquetas).

La tesis central del texto es sostener que el constitucionalismo deliberativo ha alcanzado la mayoría de edad al articular, de una mejor forma, los presupuestos normativos de su teoría de la democracia con los modelos institucionales idóneos para hacerlo realidad. El gran aporte consiste en presentar una reconstrucción de continuidades y discontinuidades del constitucionalismo deliberativo, a partir de la revisión de sus principales exponentes contemporáneos, pero no se agota en una reconstrucción, sino que también toma posición respecto a cuáles serían, desde la perspectiva del autor, los arreglos institucionales idóneos para hacer realidad las promesas de la democracia deliberativa.

En esta reconstrucción quisiera plantear los principales aportes del texto, y algunos matices con la propuesta e interrogantes que me surgen a partir de su lectura.

Este texto es probablemente el más sólido que disponemos actualmente en el esfuerzo de caracterizar al constitucionalismo deliberativo como una vía intermedia entre lo que serían los extremos de la tensión razón y voluntad (que podrían verse reflejados en el constitucionalismo

fuerte y el político, respectivamente), al tratarse de una vía que intenta canalizar la tensión entre democracia y derechos, antes que llevarla a suma cero. En este sentido, me parece relevante destacar que el principal aporte de este texto es situarse metodológicamente desde una perspectiva que no siempre es explícita en los debates sobre justicia constitucional que es el vínculo entre los arreglos institucionales y la teoría de la democracia que lo sustenta. Es decir, se asume que existe una conexión entre la teoría de la democracia que se sustenta y los diseños constitucionales idóneos para hacerla realidad, algo así como "*Dime qué idea de democracia defiendes y te diré que tipo de modelo de judicial review deberías defender*".

Este tipo de claridad, creo que la alcanzamos de manera más evidente con el modelo del constitucionalismo deliberativo, porque el camino -como lo muestra Giuffré en el texto- ha sido primero la profundización del giro deliberativo de la democracia y luego, ello ha venido acompañado de la profundización del giro constitucionalista. Lo que ha pasado con otros modelos de filosofía constitucional, en mi opinión, es que, en la mayoría de los casos, si me permiten la expresión, se ha empezado la casa por el tejado y no por los cimientos, y no siempre emergen con claridad las concepciones de la democracia que están detrás de modelos propuestos.

Tener esta base permite avanzar en la conversación sobre los mecanismos institucionales idóneos porque así se fija el horizonte sobre los presupuestos normativos que se quieren implementar a través de las instituciones.

Respecto de los matices, la forma en que el autor aborda la exclusión de mecanismos de constitucionalismo fuerte para la realización de las tesis de la democracia deliberativa, hace que me plantee algunas dudas. Aunque el autor tiene presente el "matiz contextual" que debe ser considerado en los diseños institucionales, creo que el incorporar paliativos fuertes, no significa "claudicar" frente al constitucionalismo fuerte (como se sugiere, por ejemplo, haría Lafont), sino simplemente reconocer que esos mecanismos pueden ser funcionales para crear las condiciones que permiten el mismo ideal deliberativo.

Hay que tener presente que la idea central que permite equilibrar la balanza entre democracia y derechos es la tesis de la co-originalidad de las tesis de democracia y derechos. En este sentido, la balanza podrá inclinarse (aunque no del todo), si el contexto justifica la inclinación para mantener la co-originalidad. En este sentido, tiendo a coincidir con Lafont, en que la cuestión de los arreglos institucionales es también una cuestión contextual o empírica y ello es compatible con mantener las tesis normativas de la democracia deliberativa. Estas, al tener un compromiso con la inclusión, por ejemplo, requerirán mecanismos más fuertes si la inclusión no está asegurada. En dichos casos, los mecanismos fuertes deben ser entendidos como atajos complementarios mas no sustitucionistas), en las palabras de Lafont. Algo así como "mecanismos transicionales" que permiten equilibrar la balanza.

Justamente por lo anterior me parece especialmente valioso que el autor utilice las perspectivas sistémicas de la democracia deliberativa, es decir, aquellas que entienden que la legitimidad hay que evaluarla en términos sistémicos de macro deliberación, donde "todo el peso de la toma de decisiones y la legitimidad no recae en un solo foro o institución, sino que se distribuye entre distintos componentes en diferentes casos" (Mansbridge, et.al). Este análisis entiende que cada una de las partes puede jugar un rol relevante en la democratización del sistema en su conjunto y que no todos los principios relevantes concurren a la vez en una sola institución. Esto es una perspectiva de "macro-deliberación", que es diacrónica, es decir, implica un proceso que se va a producir a diferentes velocidades a lo largo del tiempo.

Esta es la idea de legitimidad ecológica que, por ejemplo, nos plantea Buchanan al momento de pensar en la justicia internacional. Es decir, lo relevante no solo está en ver la legitimidad

per se de los diseños de *judicial review*, sino en entender su rol en un esquema amplio y cómo la interacción de este actor junto con otros puede contribuir a la legitimidad del sistema en su conjunto en términos deliberativos. En este sentido, si desde una perspectiva de macro-deliberación, se permite la inclusión de grupos marginalizados de la sociedad, desde el punto de vista normativo de la democracia deliberativa, se podrían justificar mecanismos de control fuerte. Pensemos en el rol de la Corte Constitucional de Colombia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos para empoderar a grupos de ciudadanos para reclamar su derecho y hacer oír su voz: al empoderar a minorías excluidas y otorgarles el poder de participar eficazmente en el debate público se les da una oportunidad, no solo de visibilizar su problema y denunciar la omisión o desidia de los organismos estatales, en base de razones y no de mayorías circunstanciales.

Esta tensión manifiesta en el constitucionalismo deliberativo pudiera llevarnos incluso a cuestionar la categorización entre constitucionalismo fuerte o débil (esto es algo que ya ha sido apuntado por Dixon). El mismo constitucionalismo deliberativo de Giuffré nos podría invitar a pensar en la noción de transicionalidades al incorporar la perspectiva de la macro-deliberación, en que antes de clasificar a los arreglos institucionales, en relación del peso que ocupan en la balanza democracia y derechos, podríamos pensarlos en relación con los actores: los diálogos institucionales, los diálogos ciudadanos y los diálogos entre los ciudadanos y las instituciones.

Lo que se reprochaba al constitucionalismo deliberativo antes de "llegar a la mayoría de edad", era su dimensión ideal y la falta de desarrollo de una arquitectura institucional más robusta, algo que como indica el autor, se ha ido subsanando en el tiempo. Como se puede inferir del libro, esto podría explicarse por las propias tesis normativas de la democracia deliberativa que terminan por decantar en lo que se ha denominado "experimentalismo democrático". El experimentalismo es consustancial a los proyectos de democracia deliberativa, en la medida en que la perspectiva incremental desarrolla los mecanismos de manera contextual, es decir, por cada vez que los actores están obligados a enfrentar sus prácticas a estos principios normativos, la práctica de la democracia se va profundizando. Por ello, la cuestión de la evaluación de la democracia no está confinada solo a la evaluación de instituciones, sino a la práctica misma de justificación. En este sentido, ahora tenemos que sentarnos a pensar, junto a Giuffré, en cómo operan esas transicionalidades (lo que no implica abandonar el ideal normativo) más aún en contextos de regresión autoritaria.

Finalmente, algunas interrogantes que la lectura me provoca y sobre las que me gustaría seguir conversando con el autor, tienen que ver con un asunto central en las teorías de la democracia, que es el principio normativo que la sustenta: los debates acerca de si este debe ser el principio de todos los afectados por las decisiones, todos los sujetos a las decisiones, todos los interesados o *stake holders*, etc. La toma de posición sobre este punto incide también en la cuestión de los arreglos institucionales. De ello depende a quiénes abrimos la conversación, es la profunda conversación sobre los límites del *demos*. Creo que esta definición es particularmente acuciante en contextos donde muchos de nuestros problemas no pueden ser resueltos en los estrechos límites del *demos* nacional.

Los matices y la pregunta abierta planteada hacia el final confirman que la obra de Giuffré es una invitación a que sigamos conversando en torno a cómo hacemos realidad la promesa inconclusa de la democracia deliberativa. La ventaja es que con el libro de Giuffré tenemos una base sólida para, desde la madurez del constitucionalismo deliberativo, seguir andando en ese camino. ■



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)

El sueño deliberativo ante los retos contemporáneos

por Marcos de Armenteras Cabot

Apuntes desde la democracia ambiental.

24 de septiembre de 2026

El pasado 3 de julio tuvimos la fortuna de contar con Ignacio Giuffré para la presentación de su libro *Constitucionalismo deliberativo. Objeciones a la jurisdicción constitucional y democracia deliberativa* (Marcial Pons, 2026, 318 pp.) en el marco del Seminario de Filosofía Práctica de la Universitat de les Illes Balears. Pese a lo intempestivo de las fechas, contamos con una nutrida presencia de investigadores de las Facultades de Filosofía y de Derecho, lo que propició un debate especialmente vivo y sugerente. En lo que sigue me gustaría detenerme en una cuestión que conecta con el libro que me parece particularmente significativa.

El trabajo de Ignacio lo he podido discutir con él en muchas ocasiones. La conversación viene de lejos y seguirá, pues es muy rica y apasionada. En términos generales el libro es una producción académica estupenda, no solo porque trata un tema muy definido, sino porque además está bien fundamentado y extraordinariamente bien escrito, por lo que permite una lectura placentera y ligera. Ignacio –consciente de que entra en una discusión enmarañada, con múltiples aristas, y con una cantidad ingente de literatura producida desde hace décadas– evalúa y discute los argumentos más relevantes sobre el tema, saltado sin problema de la filosofía política y jurídica, al derecho constitucional y a la teoría constitucional, para dar cuenta de su tesis en torno al rol de la jurisdicción constitucional en la protección de los derechos.

Ignacio, en la presentación de su libro partió de la constatación de que la revisión constitucional de las normas es, probablemente, uno de los productos culturales exportados por los Estados Unidos que mayor impacto ha tenido más allá de sus fronteras. No es para menos. La difusión del control constitucional de las normas –en su variante fuerte, la que asocia la revisión judicial a la supremacía del intérprete judicial sobre el significado de la Constitución– constituiría así un trasplante jurídico central que permite explicar parte de la historia del constitucionalismo en todo el planeta; y cuya recepción en América Latina y en Europa –con diferencias institucionales y doctrinales– ofrece una buena muestra de ese proceso. Este hecho, narrado como curiosidad, tiene, sin embargo, relevancia en las conclusiones que derivan de su estudio.

El lector que se acerque a esta nota seguro que ya conoce los argumentos del libro, por lo que solamente daré algunas pinceladas de su propuesta. El punto de partida marca el trazo del libro, que no busca dar una respuesta conclusiva y cerrada al sempiterno desacuerdo en torno a la legitimidad del control constitucional de las normas. Ese debate cuenta con una amplia literatura enquistada desde hace décadas entre quienes defienden la revisión judicial como garantía de los derechos (pp. 38–41; 72–73) y quienes la impugnan ya sea en nombre de la autoridad del legislador o del autogobierno democrático (pp. 45–48; 73–74); así, tiende a plantearse como una disputa sobre quién debe tener la última palabra acerca del contenido de la Constitución. En estos términos, enfrenta intuiciones normativas genuinamente contrapuestas que rara vez logran moverse de su sitio. En este sentido, unos y otros defienden su posición con genuino conven-

cimiento, de donde resulta un desacuerdo cristalizado. Aquí es donde entra la propuesta de Ignacio, que, incorporando el discurso en torno al constitucionalismo deliberativo, abre la puerta a una discusión más amplia en este campo, tanto desde la perspectiva normativa, como los estudios empíricos.

La propuesta consiste, precisamente, en desplazar los términos de esa discusión, siguiendo el legado de algunos autores centrales en este debate, como Zurn y Lafont. En lugar de preguntar si el control de constitucionalidad es ilegítimo porque frustra la voluntad democrática, el constitucionalismo deliberativo invita a evaluarlo por su rendimiento deliberativo. Esto es, sería legítimo en la medida en que contribuya a mejorar la deliberación democrática, tanto en el interior de las instituciones –los tribunales incluidos– como en la esfera pública en sentido amplio. El eje deja de ser la titularidad de la última palabra y pasa a ser la calidad del proceso de formación en la toma de decisiones. Para operar ese giro, Ignacio incorpora al debate sobre la jurisdicción constitucional las herramientas conceptuales del "giro deliberativo" en la teoría de la democracia (pp. 49–67), que ofrecen estándares no ya para adjudicar competencias, sino para evaluar y corregir procesos decisorios. Como afirma, "más que excluir a la jurisdicción constitucional del desafío de proteger los derechos y la democracia, lo necesario es sentar bases teóricas e institucionales para que esa tarea no recaiga de manera exclusiva ni en forma privilegiada en ella, sino que se ejerza de manera deliberativa, colaborativa, y compartida con otras instituciones y la sociedad" (p. 66). Aquí está la cuestión que el libro busca resolver: reevaluar las bases teóricas e institucionales para ampliar la deliberación en torno a los derechos y la democracia y el lugar que ocupa esta dicotomía en la jurisdicción constitucional.

El desarrollo del argumento pasa entonces por explicar y justificar el constitucionalismo deliberativo a partir de la democracia deliberativa. En este sentido, Ignacio da cuenta de las mejoras institucionales en el campo dadas en las reformas en el modelo de algunos países de la Commonwealth en los últimos treinta años (pp. 158-159). Los mecanismos institucionales de deliberación interinstitucional implementados en estos Estados (Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido, Australia) habrían supuesto una mejora en la deliberación publica, no solo mejorando la deliberación interinstitucional, sino influyendo también en la esfera pública en su totalidad en la protección de los derechos y la democracia (p. 167). Igualmente, describe y evalúa los desarrollos teóricos que sustentan el desarrollo institucional mencionado, y que conducen a su cuarto capítulo orientado a explicar el "corazón" del constitucionalismo deliberativo (p. 183) –quienes deliberan; cómo deliberan y deciden; y sobre qué se delibera y decide– defendiendo un diálogo inclusivo (pp. 210-216) –entre las instituciones y la sociedad– sobre los asuntos intersubjetivos (pp. 229–232).



En última instancia, en el quinto capítulo aborda la consecuencias prácticas de vincular el constitucionalismo deliberativo en la jurisdicción constitucional, de lo que emerge la tesis presentada. En este sentido, la propuesta se distancia del debate que enfrenta la deferencia al legislador y el activismo de los jueces y lo reformula a conectándolo con el diálogo y la inclusión, como sostiene: "a mayor diálogo inclusivo, mayor deferencia jurisdiccional; y, a menor diálogo inclusivo, mayor activismo jurisdiccional" (pp. 247-249). Esto implica que la clave estriba en cómo se han tomado las decisiones y no tanto en una fórmula rígida y estática prestablecida de cómo debe actuar la jurisdicción constitucional, lo que

deriva en lo que denomina un "control de constitucionalidad semiprocedimental" (pp. 250; 260-261).

El resultado es una propuesta normativa relevante. Este planteamiento sugiere un marco general que puede ser afinado según el contexto social dado. Esto es, un marco normativo "ideal", matizado contextualmente en su aplicación práctica. Esto es de interés. El punto de partida de su presentación conecta ahora con esta cuestión: el trasplante jurídico de un mecanismo como la revisión constitucional de las normas, esencial para entender la historia constitucional contemporánea, no lo impugna mediante un mecanismo antagonista con una pretensión de universalidad, sino lo hace a través de la reconstrucción de una propuesta normativa que puede (y debe) ser matizada en el contexto específico. Esto es, al objetar dicho mecanismo en su presentación, lo hace presentando una propuesta normativa que puede desdibujar la fuerza con la que su autoridad cae sobre los cimientos de la democracia. Es de interés porque la crítica inicial critica la elevación a autoridad última un instrumento que bien podría ser útil en un contexto con unas características muy determinadas, pero en ningún caso universalizable. Así, en contraposición de un sistema que cierra la deliberación democrática –fundado en la desconfianza al pueblo– a un "procedimiento constantemente abierto a la deliberación democrática" (p. 277). Este planteamiento resulta necesariamente contextual, porque las puertas de la deliberación están abiertas constantemente, ya que la visión deliberativa de la jurisdicción constitucional aceptaría la tesis de la dependencia contextual (pp. 281-283). En este sentido, la propuesta no deriva conclusiones sobre la evolución de la aplicación contextual del ideal propuesto. La adaptación contextual podría derivar en la existencia de mecanismos adaptados contextualmente que ofrezcan mejor "rendimiento deliberativo" en cada situación dada.

Este planteamiento teórico tiene muchas aristas. Me gustaría introducir un elemento que no tuvimos ocasión de discutir durante la sesión, pero que ilumina el alcance de la propuesta más allá del terreno estrictamente constitucional y creo que amerita un debate, también por el interés que ha suscitado en Ignacio.

El pasado enero, ante la reapertura del debate público sobre la megaminería en Mendoza, Ignacio publicó un artículo de opinión en estas páginas[1] en el que trasladaba a un conflicto ambiental concreto en un marco teórico aplicable a su libro. La tesis que plantea es que la controversia no se agota en la disyuntiva sustantiva –desarrollar o prohibir la explotación minera–, sino que remite a una cuestión procedimental de fondo en torno a cómo debe una sociedad adoptar decisiones estructurales, complejas y atravesadas por desacuerdos profundos. La respuesta que ofrece Ignacio es la que vertebra su propuesta normativa. La legitimidad de las decisiones depende de dos condiciones fundamentales: el diálogo y la inclusión, por lo que cuanto más dialógico e inclusivo sea el proceso, mayor será la legitimidad del resultado.

La democracia ambiental ha sido un campo fértil para los postulados del giro deliberativo, tanto desde un punto de vista teórico como práctico. La institucionalización de la democracia ambiental, a través del Principio 10 de la Declaración de Río (1992) cristalizó en instrumentos vinculantes, como el Convenio de Aarhus (1998) y, el Acuerdo de Escazú (2018), articulados en tres pilares: el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia ambiental.

El diagnóstico de Ignacio en este caso –la "cultura de la imposición", hecha de celeridad, información limitada y negociación a puerta cerrada, y la ausencia de controles independientes– es el reverso de los pilares de la democracia ambiental, que, recordemos, están recogidos en legislación nacional y en tratados internacionales. El fracaso de la participación pública, reducida a

[1] I. Giuffré, *No es sólo el agua: es la democracia*, 9 de enero de 2026 https://lacritica.ar/post/no-es-solo-el-agua/.

una formalidad hueca cuando la decisión ya está tomada, y el vaciamiento del acceso a la justicia y a la fiscalización cuando las instancias de control quedan capturadas por los mismos actores interesados. En este sentido, el imperativo democrático que exige Ignacio converge con lo planteado en el libro en la necesidad de incorporar un dialogo inclusivo y controles institucionales efectivos.

El ideal regulativo de la democracia ambiental, en principio, incorpora mecanismos suficientes para dar respuesta a los déficits democráticos diagnosticados por Ignacio: acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia ambiental. El problema, al parecer, sería la implementación de dichos mecanismos, que dependen de coyunturas contingentes, vinculadas con insuficiencias institucionales, corrupción o, vinculada con las anteriores, como señala Ignacio, una constante erosión democrática a nivel global.

En este sentido, los problemas ambientales nos obligan a plantearnos cuestiones que están presentes en la propuesta de Ignacio. Estas cuestiones vinculan el proceso de toma de decisiones y el impacto a largo plazo; y las dificultades de tomar decisiones democráticas en situaciones de irreversibilidad ecológica.

El giro deliberativo se fundamenta en la inclusión de los afectados. Existe una amplia discusión en torno a la toma en consideración de las generaciones futuras en la toma de decisiones. El principio de desarrollo sostenible y el principio de equidad intergeneracional integran esta preocupación en su articulado. En este sentido, más allá del debate en torno a su toma en consideración, algunas voces han hecho hincapié en la importancia de establecer instituciones que permitan tener una voz más (obviamente, no definitiva) en torno a cuestiones que afecten a las generaciones futuras. Esto es, a cuestiones que tengan un claro impacto a largo plazo. La literatura sobre instituciones para las generaciones futuras[2] recoge comisionados, defensores y órganos consultivos pensados para introducir el largo plazo en decisiones que, por defecto, ignoran los impactos a largo plazo debido al cortoplacismo político. El caso húngaro es ilustrativo para el caso que nos ocupa. La figura del *Ombudsman para las Generaciones Futuras* llevó al Tribunal Constitucional a incorporar de forma expresa el horizonte intergeneracional en su argumentación[3]. Esta institución introduce son razones en base al estudio empírico que permite emitir dictámenes sobre la actividad política que tendrá efecto a largo plazo. Otras propuestas incluyen cuotas de jóvenes en sistemas representativos[4] o instituciones que incluyan la representación de estos.

En segundo lugar, es relevante notar que algunos daños ambientales son de carácter irreversible. Cuando se agota un acuífero, se extingue una especie o se cruza un punto de no retorno en el sistema climático, ninguna deliberación posterior nos permitirá retornar al lugar precedente. La noción de irreversibilidad tensa la posibilidad fluida que proporciona el giro deliberativo que, si bien es de utilidad con la idea de derechos, no parece que sea posible con las precondiciones ambientales que permiten tener derechos. Esto implica que el marco constantemente "abierto a la deliberación democrática" (p. 277), no siempre es posible ante circunstancias específicas. Es por ello por lo que el derecho ambiental ha incorporado la noción de "no regresión", también –de forma muy discutible– asumida en algunas teorías sobre los derechos sociales, por la que una protección alcanzada no debería revertirse sin justificación reforzada. Este principio, discutido y discutible, cierra y no abre a la nueva deliberación en torno a la protección ambiental.

[2] González-Ricoy, I., y Gosseries, A. (2016). *Institutions for Future Generations*, Oxford University Press.

[3] Bándi, G., (2020). Interests of Future Generations, Environmental Protection and the Fundamental Law. *Journal of Agricultural and Environmental Law*,15, 29.

[4] Bidadanure, J., (2016). Youth Quotas, Diversity, and Long–Termism: Can Young People Act as Proxies for Future Generations? In González–Ricoy, I., y Gosseries, A., (Eds.), *Institutions for Future Generations*, Oxford University Press.

El punto se ve con particular nitidez en un caso reciente que, además, dialoga de lleno con el aparato conceptual del libro. En *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza* (2024), una asociación de mujeres mayores llevó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la insuficiencia de la respuesta del Estado suizo frente al cambio climático. El TEDH negó a las demandantes individuales la condición de víctimas, al considerar que no alcanzaban el umbral especialmente elevado de afectación exigido el Convenio (art. 34), pero reconoció *locus standi* a la asociación para actuar en defensa de los derechos de sus miembros, estableciendo criterios específicos para la legitimación asociativa, vinculados a la representatividad de la organización, a su finalidad estatutaria de protección frente al cambio climático y a la necesidad de garantizar una tutela efectiva sin convertir el sistema del Convenio en una *actio popularis*. El TEDH justificó esta apertura atendiendo a las características singulares del cambio climático como preocupación común de la humanidad y, en particular, a la urgencia de combatir sus efectos, la gravedad de sus consecuencias y el grave riesgo de irreversibilidad que entrañan, circunstancias que, a su juicio, hacen necesario garantizar también la protección de quienes podrían verse afectados en el futuro y favorecen el recurso a la acción colectiva por medio de asociaciones.

La cuestión adquiere una dimensión todavía más interesante si se atiende al contexto democrático en el que se produjo la intervención del TEDH, ya que la respuesta climática suiza había sido objeto de decisión directa por parte de la ciudadanía –en junio de 2021, el electorado rechazó por un 51,6 % la reforma de la normativa climática que pretendía reforzar los objetivos de reducción de emisiones hasta 2030–. El TEDH, aunque no presenta el referéndum como una decisión que deba simplemente ser corregida por la jurisdicción, su sentencia termina imponiendo exigencias jurídicas que condicionan el margen de decisión de los poderes públicos en una materia sobre la que el cuerpo electoral acababa de pronunciarse. El hecho de que una decisión provenga de un referéndum no la convierte, desde luego, en deliberativa, pero tampoco puede ignorarse que la intervención del TEDH se produce aquí sobre una cuestión estructural y profundamente divisiva que había sido sometida directamente a la ciudadanía. El problema contramayoritario aparece, por ello, en una forma especialmente nítida: ¿con qué legitimidad puede un tribunal de derechos humanos desplazar o condicionar las opciones adoptadas por una comunidad política cuando estas han sido objeto de deliberación y decisión a través de sus propios procedimientos democráticos?

Además, el TEDH justifica su intervención apelando precisamente a la calidad del proceso democrático. Aunque advierte que la jurisdicción no puede sustituir la acción de los poderes legislativo y ejecutivo, recuerda que "la democracia no puede reducirse a la voluntad de la mayoría del electorado y de los representantes electos, en menoscabo de las exigencias del Estado de derecho", de modo que su función debe entenderse como complementaria del proceso democrático. Es significativo que, para sostener esta concepción, el TEDH recurra a *Animal Defenders International c. Reino Unido*, el mismo precedente que Ignacio presenta como un ejemplo logrado de deferencia hacia un legislador que había cumplido con los estándares deliberativos (p. 260). Allí, la calidad del proceso legislativo justificaba la deferencia; sin embargo, en el caso suizo, las deficiencias que el TEDH identifica en la respuesta estatal justifican una intervención más intensa.

La apelación a la urgencia y, sobre todo, a la irreversibilidad introduce, una dificultad adicional. Cuanto más irreversible se presenta el riesgo, más difícil resulta justificar la espera a que los mecanismos democráticos produzcan un nuevo acuerdo; pero, al mismo tiempo, más decisiva se vuelve la intervención judicial sobre decisiones colectivas que afectan a las prioridades y a los costes que una sociedad está dispuesta a asumir. La irreversibilidad parece, así, reforzar

la necesidad de la tutela judicial y, a la vez, intensificar el problema de su legitimidad democrática. Porque si el riesgo de que una decisión sea demasiado tarde para poder revertir sus consecuencias permite al TEDH apartarse de una deferencia mayor hacia los procesos democráticos, queda por determinar quién debe valorar cuándo existe realmente ese riesgo, qué grado de incertidumbre es compatible con una intervención judicial y qué contenido concreto pueden imponer los jueces sin sustituir las decisiones que corresponden a los poderes democráticamente responsables.

La democracia ambiental permite, en definitiva, volver sobre la propuesta planteada por Ignacio desde una tensión que resulta especialmente relevante en este ámbito. La información, la participación y el acceso a la justicia ofrecen una auténtica infraestructura deliberativa capaz de mejorar la calidad de las decisiones ambientales. Pero los problemas ambientales introducen una dificultad en términos democráticos. Las decisiones pueden producir daños irreversibles, la posibilidad de mantener permanentemente abierto el proceso democrático deja de ser una garantía suficiente. Si esperar a una nueva deliberación puede significar que ya sea demasiado tarde para corregir la decisión, la protección ambiental exigiría bajo el derecho ambiental, en ocasiones, limitar precisamente esa posibilidad de revisión.

Esto es, plantea un límite a la traslación directa del criterio de Ignacio sobre la relación entre deliberación y deferencia. Si, como sostiene el libro, a mayor diálogo inclusivo debe corresponder una mayor deferencia jurisdiccional, los conflictos ambientales obligan a precisar qué sucede cuando existe una decisión democrática formalmente válida, pero esta se adopta sin incorporar adecuadamente a quienes soportarán sus consecuencias, excluye a quienes todavía no tienen voz –como las generaciones futuras– o amenaza con producir daños irreversibles. En estos casos, la cuestión no puede reducirse a medir la calidad del procedimiento que condujo al resultado. Es necesario preguntarse también quiénes han podido participar, quiénes quedan necesariamente fuera del proceso y qué consecuencias tiene para ellos la posibilidad de que la decisión sea errónea.

Con todo, las preguntas que esta lectura suscita no hacen sino confirmar el interés de la propuesta de Ignacio. *Constitucionalismo deliberativo* es un libro excelente, ambicioso y muy bien construido, que consigue volver a abrir un debate que parecía atrapado entre posiciones ya conocidas. Precisamente porque no ofrece respuestas cerradas, sino herramientas para pensar de otro modo la relación entre jurisdicción, derechos y democracia, resulta especialmente fértil cuando se lo lleva a otros terrenos de aplicación Es, en definitiva, un libro que merece ser leído, discutido y, sobre todo, seguir conversando con él. ■



R. Gargarella, Panamá (2026)

Sobre la objeción contramayoritaria, de nuevo

por Aída Kemelmajer de Carlucci

Algunas reflexiones, a propósito del libro Constitucionalismo Deliberativo. Objeciones a la jurisdicción constitucional y democracia deliberativa.

25 de septiembre de 2026

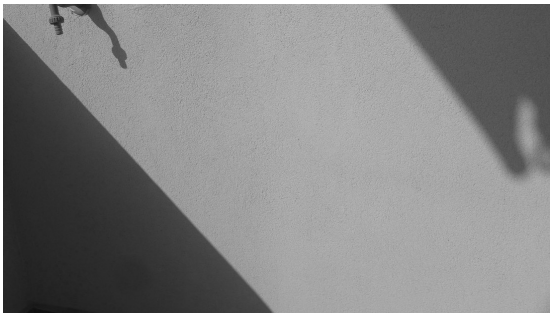
Preliminares. Agradecimiento

Debo agradecer, y no como un acto simplemente protocolar, la invitación a la presentación de este libro. No soy filósofa del Derecho, ni historiadora ni constitucionalista. Presumo que esta convocatoria obedece al hecho de haber sido jueza de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza durante veintiséis años, una jueza que integró el sistema judicial cuyo criterio democrático el autor cuestiona.

Seguramente debo este rol a la generosidad de Ignacio, un rasgo que también manifiesta con la larga enumeración de las personas que reconoce lo ayudaron en el difícil camino del doctorado. Leyendo ese listado recordé a Eduardo Mallea, quien pone en boca de uno de sus personajes estas palabras: "Bien valdría la pena de que, alguna vez, se escribiera el estudio de cómo las naturalezas humanas, el azar de sus encuentros mutuos se fecundan entre sí y fertilizan en incontables planos y en diferentes provincias del ser... La vocaciones y direcciones de una vida individual ¿qué habrían sido en éste o en aquel caso, de no habérseles presentado tal amistad, tal lección, tal encuentro que ha sido después decisivo en esa vida... Hasta qué punto habríamos sido iguales a lo que somos si no hubiéramos encontrado en nuestro camino a aquellos a quienes hemos encontrado". Y agrega: "Creo que uno de los mayores padecimientos de Hispano América es la falta de expresión madura en sus individualidades, el grávido mutismo de sus gentes, esa imposibilidad de servirse los unos a los otros gracias a la experiencia asimilada y comunicada"[1].

Dicho esto, señalaré algunos puntos que, en mi opinión, caracterizan a esta obra.

El libro es un diálogo continuo



Umberto Eco afirma que "con frecuencia, los libros hablan de los libros. Es como si ellos discurrieran entre ellos. La biblioteca ha sido, por largas centurias, el lugar de murmuración, de un imperceptible diálogo entre un pergamino y otro, una cosa viva, un receptáculo de poder no gobernado por la mente humana, un tesoro de secretos cincelados por muchas mentes. Supervivencia de aquellos que lo produjeron en su mayoría o que fueron quienes lo aceptaron y lo transmitieron". Pues bien, el libro que presentamos esta tarde responde a esa idea. Ignacio dialoga con Dowkin, Gargarella, Nino, Alexy, Habermas, Zagrebelsky, Waldron, Rawls, Lafont, Ferrajoli, y muchos otros.

¿Cómo dialoga? ¿Es un diálogo llano? Alguna vez Zaffaroni dijo que el verdadero diálogo es montaña, una cordillera que remonta los problemas sin detenerse ante ninguna cumbre, haciendo caso omiso de cuanta prohibición haya para obturar las preguntas fundamentales. Coincide

[1] MALLEA, Eduardo, *La bahía de silencio*, Bs. As., Sudamericana, 1945, pág. 170.

con Sabato, que afirma que el verdadero diálogo no es sofístico ni catequístico. Debe ser libre, herético, "mal educado. Ya que al fin de cuentas la verdad tiene mucho que ver con la mala educación, puesto que la buena es atenerse a las normas consagradas. Razón por la cual los primeros filósofos griegos, que andaban recitando y bailando sus verdades por las calles y ferias, fueron a menudo tomados por locos y corridos a pedradas".

Pues bien, Ignacio dialoga en ese estilo. Por eso, es probable que a Ferrajoli no le caiga bien que se recuerde que alguien dijo que sus ideas tienen "consecuencias devastadoras para la teoría de la democracia y para la democracia misma"; seguramente, numerosos jueces de tribunales colegiados se enojarán porque se les dice, con cita de Kramer, que la conversación al interior de la jurisdicción constitucional es un mito, pues los jueces "nunca se reúnen para discutir el borrador de una opinión y nunca desarrollan su argumentación en grupo", es decir que, no se dedican a "discutir las opiniones de cada uno en detalle y con detenimiento", sino solo tienen reuniones "lo más cortas posible" y "pocas veces leen algo más que el «memo de la judicatura» por lo que su papel consiste fundamentalmente en resolver los resultados", pues "confían a los relatores la preparación de un caso en su nombre; tampoco creo que le guste a Dworkin que le señalen que al juez Hércules"le falta diálogo; que es un solitario demasiado heroico; que sus construcciones narrativas son monológicas; no conversa con nadie, si no es a través de libros; no se entrevista con otros; nada le conmociona". En fin, quizás tampoco está a gusto el lector a quien Ignacio llama *conservador* porque está de acuerdo con la idea de que el poder judicial pueda declarar la inconstitucionalidad de las normas sin consultar al resto de la sociedad.

¿Y todo esto por qué? Porque Ignacio piensa que, aunque deliberen en serio, esa metodología resulta insuficiente, porque la mayoría lo hace en secreto o en forma cerrada. Reconoce que este era el sistema defendido por Hamilton con el argumento que el hermetismo en la deliberación garantiza la inmunidad ante las presiones, la invulnerabilidad a las manipulaciones y la prevención frente a las pasiones del público externo. Sin embargo, en opinión de Ignacio, este sistema implica que solo los jueces –y en algunas jurisdicciones también sus relatores– están habilitados para entrar e intervenir en los plenos donde se abordan las resoluciones. Entonces, la publicidad, tan importante en una democracia, queda reducida al texto definitivo de la sentencia.

Señalo que, aunque son pocos, algunos tribunales, como la Suprema Corte de México deliberan de forma pública, a punto tal que las audiencias son transmitidas por TV.

Por mi parte, quisiera contar, a título de anécdota, que hace unos veinte años, siendo jueza de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza, fui recibida en una de las Salas de la Casación francesa y, gracias a la función que ejercía en la Argentina, tuve la oportunidad de presenciar una reunión deliberativa de los jueces franceses. Fue una experiencia extraordinaria.

Más allá de hablar sin eufemismos, el autor dialoga (aunque a él le gusta más hablar de deliberación y no de diálogo) no para mostrar que es el mejor, sino para llegar a un acuerdo o, por lo menos, para aclarar las ideas, porque como decía Bobbio, "la capacidad de intercambiar argumentos en vez de acusaciones mutuas acompañadas por insolencias está en la base de cualquier convivencia pacífica y democrática".

En suma, Ignacio pretende para la democracia no solo el diálogo, sino la *deliberación* que respeta los principios estructurales y cuyo objetivo es resolver cuestiones comunes, alcanzar un consenso y tomar decisiones políticas sobre la base de razones públicas.

Una cuestión terminológica

Las personas de mi edad o algo menos, las que no son profesoras ni de Filosofía ni de Derecho constitucional pueden sentirse un poco confundida con alguna terminología que, como regla, no aprendieron en la facultad cuando estudia-

ron esas materias. Me refiero, especialmente, a las expresiones "fuerte" y "débil" que adjetivan al sustantivo "constitucionalismo". Esa sorpresa se diluye tan pronto se avanza en la lectura del libro; en realidad, el adjetivo *fuerte* hace mención a la posición de poder que tiene la jurisdicción constitucional en los sistemas en los que es el juez, sin otro sujeto participante, quien puede declarar la inconstitucionalidad de las normas; *débil*, en cambio, sería ese juez cuando no dice la última palabra.



La perplejidad original surge porque en la facultad estábamos acostumbrados a escuchar frases como éstas: "Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es", pronunciada por Charles Evans Hughes, en su discurso en Elmira, el 3 de mayo de 1907; o "No somos los últimos porque seamos infalibles, sino que somos infalibles únicamente porque somos los últimos", expresada Robert H. Jackson, en 1953. Además, ese juez no solo tiene la última palabra, sino que debe cumplirse: "Los estadounidenses son libres de estar en desacuerdo con la ley, pero no de desobedecerla. Pues en un gobierno de leyes y no de hombres, ningún hombre, por muy prominente o poderoso que sea, y ninguna turba por más rebelde o turbulenta que sea, tiene derecho a desafiar a un tribunal de justicia. Si este país llegara al punto en que cualquier hombre o grupo de hombres por la fuerza o la amenaza de la fuerza pudiera desafiar largamente los mandamientos de nuestra corte y nuestra Constitución, entonces ninguna ley estaría libre de duda, ningún juez estaría seguro de su mandato, y ningún ciudadano estaría a salvo de sus vecinos"[2].

Décadas atrás, en general, en la Argentina, desde la cátedra no se afirmaba que el hecho de que el juez tuviese la última palabra y el poder de hacerla cumplir era un ataque a la democracia. La razón es que, como dice Angelo Lumiminoso, "el proceso señala el momento crucial de la tutela de los derechos; más aún, señala el momento más alto y crítico, dado que la tutela jurisdiccional constituye, por así decirlo, la *última playa*, la última de las tutelas previstas por el ordenamiento, la destinada a operar cuando la observancia espontánea de los preceptos ha sido violada y han fallado todas las otras formas de tutela"[3]. Si esto es así, entonces el juez dice la última palabra sin tener que dialogar con otros que, justamente, fueron convocados antes y fracasaron.

Pero un día escuchamos que declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una norma es "contramayoritario"; aun así, pensamos que eso no es malo, porque mientras la Constitución responde a criterios fundamentales en los que estamos de acuerdo las sucesivas generaciones, las leyes responden a mayorías circunstanciales contra las cuales necesitamos defensas, a la manera de las cadenas de Ulises. Es que, desde sus inicios liberales, como explica Ignacio, el control

[2] Palabras del presidente Kennedy cuando mandó las tropas federales porque el gobernador Barnet de Misisipi se negaba a cumplir la sentencia que imponía que un estudiante negro debía entrar a la facultad. Al respecto, ver https://confilegal.com/20210214-jfk-los-estadounidenses-son-libres-de-estar-en-desacuerdo-con-la-ley-pero-no-de-desobedecerla/.

[3] LUMINOSO, Angelo, *Quale processo per la famiglia. Ricognizione dell'esistente e prospettive di riforma*, en AV, *Quale processo per la famiglia e i minori*, Milano, Giuffrè, 1999, pág. 27.

de constitucionalidad asumió dos objetivos principales: la limitación del poder y la garantía de los derechos fundamentales. De esta forma, la tradición constitucional ha estado orientada a garantizar los derechos fundamentales mediante resortes institucionales que aseguren el llamado *gobierno limitado* y eviten la denominada *tiranía de la mayoría democrática*. Por eso, el poder judicial debe ser fuerte; por el contrario, ser débil puede ser peligroso.

Eso sí, para ser fuerte, hay que dar buenas razones; en nuestro derecho, el juez cordobés Armando Andruet lo ha dicho muy claramente: "Lo óptimo está en que quien tiene la última palabra sea también quien tenga las mejores razones en la contienda"[4]. La motivación, entonces, es un instrumento a favor de la fuerza convictiva.

Ignacio recuerda que los seguidores de Rawls alegan que hay una escala decreciente de exigencias deliberativas según sea el grado de distancia con la sociedad: los tribunales, los organismos públicos, el parlamento y el sufragio de la sociedad. Así pues, en un extremo se ubica el sufragio, que es una zona libre de razones, en la cual solo cuenta la cantidad de votos; mientras que, en el otro extremo, se ubican los tribunales con una demandante obligación de recibir y dar razones. En esta línea, Ignacio recuerda que según Hamilton "la jurisdicción constitucional no tiene fuerza ni voluntad, sino solamente su *juicio*", por lo que un poder judicial fuerte podría ser positivo en tanto es el poder que está en condiciones de encontrar el mejor argumento.

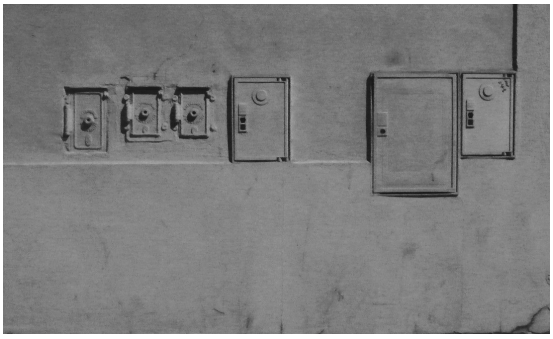
Hoy, como se lee en la Resolución 2640/2023 del 10.10.2023 de la Corte Nacional, "El requerimiento de una decisión razonablemente fundada es una regla general del sistema jurídico, aplicable a todo tipo de sentencias. Tiene relación con la seguridad jurídica, porque da estabilidad a las decisiones y permite el control sobre la base de los argumentos. Su publicidad hace a la transparencia de los actos de gobierno, que es un pilar del sistema republicano. Este sistema es consistente con el pluralismo y la diversidad, porque el debate sobre argumentos permite asumir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado". El más alto tribunal también sostiene que la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo –no electivos– en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones".

No obstante, para el autor del libro que presentamos, dar buenas razones no es suficiente, porque la Corte se guía exclusivamente por la ponderación de datos o argumentos racionales, y aunque son fundamentales, no lo son todo, pues también tienen valor deliberativo otro tipo de intervenciones, como las protestas sociales, las movilizaciones, los piquetes, las huelgas, las sentadas, las conversaciones informales, los cortes de calles, entre tantas otras. En su opinión, "las intervenciones de este tipo, aunque a primera vista aparecen en tensión con el debate racional, contribuyen a la circulación de la información, la visibilidad de las demandas ignoradas, y la consideración de las voces excluidas en los procesos de toma de decisiones. No puede omitirse que hay grupos desaventajados, con dificultades para expresarse y sin poder de lobby. En ocasiones, para que sus perspectivas y demandas lleguen desde la periferia hacia los centros de toma de decisiones no tienen más alternativa que recurrir a este tipo de intervenciones. Por lo tanto, se vuelve imprescindible una noción más amplia de deliberación, capaz de captar todo lo que está involucrado". Es que la idea de un gobierno limitado es insuficiente para hacer fren-

[4] ANDRUET, Armando, *El Estado de derecho construye afirmativamente el ámbito de lo jurídico y promociona, al mismo momento y en negativo, el ámbito de lo no-jurídico,* Comercio y Justicia, 8 marzo, 2017. http://comercioyjusticia.info/blog/opinion/la-ignorancia-o-el-desprecio-por-los-instrumentos-de-la-etica-judicial.

te a los desafíos actuales, como la exclusión, dominación, precariedad y erosión de los derechos. Tales desafíos ponen de manifiesto el atractivo de la democracia deliberativa que entiende que el deber del Estado va más allá de la restricción e incluye un deber positivo de garantizar la posibilidad de que los derechos se ejerzan.

El hilo conductor



R. Gargarella (2019)

Para entender esa terminología (constitucionalismo fuerte y débil) y la idea central, el lector debe comprender el hilo conductor del libro que es, según el propio autor, dar respuesta democrática a tres preguntas fundamentales: *quién* decide (autoridad); *cómo* se decide (el procedimiento) y *qué* se decide (la justicia de la decisión).

Quién decide

El autor defiende una idea: el mundo jurídico del poder (el que tiene la última palabra) no se divide solo en dos (o el judicial o el legislativo). Yo comparto la lucha contra el binarismo, aunque expresada para otros ámbitos. Así, la incorporación de la justicia restaurativa en el derecho penal juvenil da batalla a ese binarismo; el juez en soledad no tiene la última palabra; se requiere la participación de otros órganos de la sociedad. El respeto de las garantías procesales de base constitucional es importante, pero no soluciona el problema de fondo. Como dice Eligio Resta, en la concepción política de Hobbes, el juez es el que dice la "última palabra". Pero ¿cuándo es posible decirla? En algunos conflictos, la expresión "última palabra" no tiene sentido; no sólo es improductiva sino inadecuada. Son los conflictos que tienen necesidad de ser transformados lentamente en un proceso que los griegos llamaban "metanoia" o sea "transformación interna". Pero claro, no estoy aquí para defender la justicia restaurativa.

De cualquier modo, Ignacio reconoce que, aun en el *judicialismo* fuerte (utilizaré esta expresión en lugar de constitucionalismo fuerte), han aparecido figuras interesantes que se abren a la participación en el proceso judicial de otros integrantes de la sociedad, tales como las audiencias públicas, los *amicus curiae*, las acciones procesales con legitimación colectiva, las acciones ciudadanas de inconstitucionalidad, las consultas previas e informadas de la jurisdicción constitucional a las comunidades originarias, la participación social en los procesos de selección de los jueces, etc.

Ahora bien, en mi opinión, la cuestión de con quién debe deliberar quien tiene la última palabra (sea el juez, sea el legislador) no es de fácil respuesta. Así, por ejemplo, al discutirse la ley de despenalización del aborto en Francia, Simone Veil recordó que en el Parlamente no había legisladoras mujeres; ¿podían los hombres decidir sobre un derecho tan exclusivo de las personas que tienen órganos reproductivos femeninos? En esa línea, cabe recordar que el Comité Internacional de los Derechos del Niño, en sus últimas resoluciones, como es por ejemplo, la Observación general núm. 21 (2017) sobre los niños de la calle, los convocó y escuchó, desde que no se puede regular sin oír la voz de los destinatarios; o en la observación general n° 25 (2021) relativa a los "Derechos de los niños en relación con el entorno digital" también dieron opinión mientras el documento se redactaba.

Ante temas que la ciencia debate, como es por ejemplo, el síndrome de alienación parental, tengo claro que el legislador no puede ni prohibir su invocación ante los tribunales ni obligar a la pericial respectiva, sin escuchar previamente a las

voces que vienen de los científicos, más aún si no hay acuerdo entre ellos.

Ahora bien, la conveniencia o utilidad de esa participación no es tan clara en otros casos. Así, por ejemplo, en diversos hospitales existen los llamados Comités de Bioética; claro está, su mayor o menor eficacia en la garantía de los derechos individuales depende de cómo están conformados, si intervienen o no personas religiosas, etc.; en este sentido, en los hechos, no son pocos los que impiden la interrupción del embarazo, la cancelación de instrumentos que sólo prorrogan la vida vegetativa del paciente, etc., aun en los casos legalmente permitidos. ¿Es útil deliberar con ellos, aunque se demore una decisión que requiere urgencia? ¿Cabe escucharlos en los procesos individuales en los que una persona solicita terminar con un embarazo, o autorización para implantarse un embrión, técnica negada por el médico porque la pareja solicitante es homosexual, o en un proceso en el que se oponen a que la píldora del día después se venda al público en farmacias?

En este sentido, y sin desconocer las críticas que Ignacio recuerda, coincido con Nino en que cabe distinguir entre derechos autorreferenciales e intersubjetivos; la deliberación con sujetos de la sociedad no corresponde, como regla, en los primeros. El mal uso de la distinción no implica que la esfera privada deba abolirse por completo dando entrada a extraños movidos por otros intereses o ideologías.

Independientemente de estos temas puntuales, la idea que el autor defiende es que "El diálogo inclusivo constituye una vía promisoria para que la democracia constitucional arroje decisiones, por un lado, con mayor probabilidad de garantizar los derechos y la justicia y, por otro lado, con mayor legitimidad e imparcialidad". En su opinión, "si la jurisdicción constitucional respeta y promueve el diálogo inclusivo, puede gozar de mayor legitimidad e imparcialidad, al mismo tiempo que puede ofrecer una mejor garantía de los derechos involucrados en los casos sometidos a adjudicación. Una jurisdicción constitucional deliberativa, entonces, resulta justificable no solo por razones procedimentales, sino además por razones sustantivas. Sin esa deliberación real no hay por qué pensar que los derechos se encuentran inexorablemente mejor resguardados en la jurisdicción constitucional, pues como es sabido padece déficits de legitimidad, imparcialidad y capacidad para alcanzar resultados justos".

La ponderación

Para Ignacio, la ponderación es un instrumento valioso, pero no es suficiente. Argumenta en torno a esa insuficiencia con el caso *Lautsi* contra Italia, decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, surgido de la presentación de la señora Lautsi, en nombre de sus dos hijos menores de edad, quienes cursaban en una escuela pública, en cuyas aulas había un crucifijo. La señora Lautsi consideró que la imagen contrariaba el principio de laicidad del Estado, el derecho a una educación conforme a sus convicciones filosóficas, y la libertad de pensamiento y religión. En 2009, la Sala Segunda del Tribunal Europeo, por unanimidad, le dio la razón; sostuvo que la presencia de un símbolo característico de una determinada confesión dentro de escuelas públicas restringe el derecho de padres y madres a educar a sus hijos e hijas según sus convicciones, así como la libertad de pensamiento de las personas escolarizadas (art. 2 del Protocolo Nº 1 y el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, en 2011, esa sentencia fue revocada por la Gran Sala, con el argumento de que la presencia de símbolos religiosos dentro de escuelas públicas italianas encuadraba en la tradición e identidad de cada país. Adicionalmente, afirmó que, dado que no existe un consenso europeo sobre el asunto, correspondía aplicar el margen de apreciación de cada Estado. Alexy apoyó la decisión del pleno con el método de la ponderación: frente a la tensión entre libertad religiosa y tradición, la sentencia dispuso que el mantenimiento de esa tradición pertenece al margen de apreciación de Italia y que la

injerencia en la libertad religiosa resulta proporcional porque el mantenimiento de los crucifijos interfiere "levemente" sobre la libertad religiosa; en cambio, la prohibición de los crucifijos interfiere más fuertemente en la tradición, razón por la cual este principio tiene primacía sobre aquel.

Ignacio critica el razonamiento de la sentencia y el de Alexy; en su opinión, resultan problemáticos por cuanto omiten que se estaba ante una normativa del período fascista, que no había sido convalidada por el Congreso ni examinada por la Corte Constitucional. En ese cuadro, la falta de calidad democrática y deliberativa de la normativa local era una razón suficiente para invalidar la regulación de Italia. El criterio de la ponderación que realizó el tribunal y que Alexy apoya soslaya completamente este aspecto. De este modo, no toma en serio las objeciones al carácter puramente sustancial del control de constitucionalidad, ni el giro deliberativo de la democracia. Esas falencias podrían suplirse mediante un control de constitucionalidad semiprocedimental, según el cual la jurisdicción constitucional debe adjudicar los casos de acuerdo con criterios democrático-deliberativos.

Qué pasa después de la declaración de inconstitucionalidad

¿Viola la independencia judicial el legislativo que dicta una ley contraria a lo resuelto por la Corte? Ignacio recuerda lo que Lafont argumentó con el caso *Zappone vs. Revenue Commissioners* (2006) del Tribunal Superior de Irlanda. La sentencia afirmó que el derecho a contraer matrimonio establecido en la Constitución de Irlanda se refería solamente a un hombre con una mujer. La decisión generó un debate público significativo que desencadenó una propuesta de enmienda constitucional a fin de incluir el derecho a contraer matrimonio sin discriminación. A tal efecto, en el año 2015, se aprobó un referéndum popular. Lafont afirma que el debate y el referéndum posterior no pueden interpretarse como un rechazo a la "más alta" autoridad judicial; la sociedad irlandesa, lejos de interpretar la decisión judicial como "final" o definitiva, continuó el debate sobre la cuestión y organizó un referéndum popular. La enmienda partió del supuesto de que la "más alta" autoridad judicial realizó una interpretación correcta del texto constitucional, pero, al mismo tiempo, tanto el debate como el referéndum popular posterior implicaron un rechazo a la autoridad "final" de los tribunales.

Según Ignacio, las respuestas a las sentencias judiciales mediante reformas legislativas o constitucionales promueven cierto tipo de diálogo. Esto contribuye a obtener mayor legitimidad democrática, pues permite mantener abierta, reabriendo y profundizando, la discusión en el campo político, aun después del ejercicio del control judicial de las leyes.

Países que tomaron la delantera en el constitucionalismo deliberativo

Una fuerte corriente destaca que la revisión judicial dialógica "se inventó" (nació) en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades del año 1982 y en un artículo muy influyente de Hogg y Bushell sobre la Carta Canadiense. En palabras de los mencionados autores, "cuando una decisión judicial puede ser revertida, modificada o evitada por el poder legislativo, entonces tiene sentido considerar la relación entre la jurisdicción constitucional y el poder legislativo como un *diálogo*". De ahí que Ignacio plantea que "el advenimiento de un constitucionalismo al servicio del diálogo se explica a partir de la conexión entre la democracia deliberativa y el constitucionalismo. La Carta canadiense fue redactada con múltiples propósitos, pero uno de ellos tuvo que ver con el objetivo evitar la dificultad contrademocrática del control judicial fuerte".

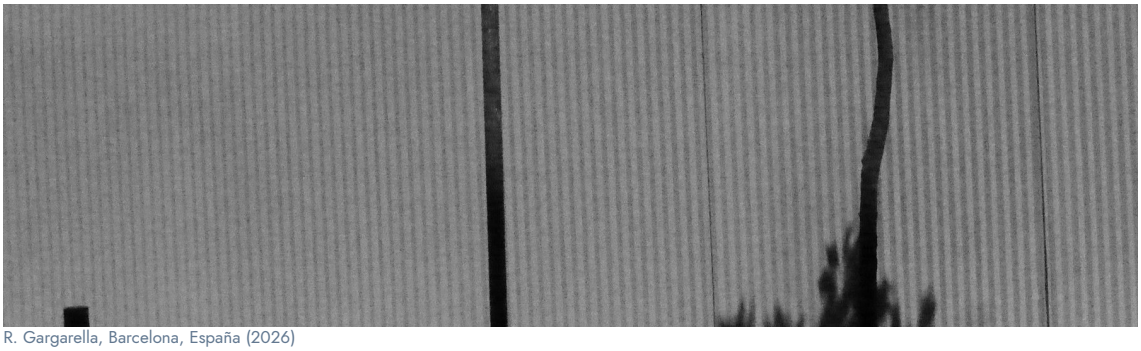
Nino apoyó esa variante; señaló que en esas respuestas la intervención de la jurisdicción constitucional "no consiste en la descalificación definitiva de una ley o medida administrativa como inconstitucional", sino "en la adopción de procedimientos institucionales que amplíen el debate público sobre la cuestión"; en tal sentido,

"*merece estudiarse* la posibilidad –instrumentada en parte en la Constitución canadiense– de que los jueces estimulen la intervención parlamentaria con un poder de veto suspensivo"; a través este mecanismo, según él, los "los jueces tendrían un papel activo en el mejoramiento de la calidad del proceso de discusión y decisión democráticas". Sin embargo, él mismo advirtió que sus "*sugerencias tentativas* pueden resultar chocantes bajo la concepción prevaleciente de un Poder Judicial que [...] debe mantenerse aislado del proceso político democrático".

Para Ignacio, aunque no hay una, sino múltiples teorías del constitucionalismo deliberativo, hay un núcleo y objetivo compartido: hacerse cargo de las críticas a la jurisdicción constitucional mediante remedios teóricos e institucionales *al servicio* de cierto tipo de deliberación. Se asume, entonces, que "la incorporación de las ideas de la democracia deliberativa puede morigerar [...] el problema contramayoritario". Con la llegada del nuevo modelo constitucional emerge una alternativa institucional "ecléctica" que se sitúa a medio camino entre dos extremos opuestos: el modelo de soberanía parlamentaria y el modelo de constitucionalismo o judicialismo fuerte

Estas reformas radicales, según el autor, "parten de la premisa de que ni el constitucionalismo fuerte ni el modelo de soberanía parlamentaria ofrecen una protección adecuada de los derechos y la democracia. De allí que no solo incorporaron declaraciones de derechos fundamentales, sino que además involucraron a las tres ramas del gobierno en la tarea de su protección. De este modo, evitaron las credenciales deficitarias de legitimidad de los dos modelos tradicionales, en los cuales la autoridad a cargo de los derechos opera bajo lógicas de jerarquía, exclusividad y unilateralidad: el parlamento o la jurisdicción constitucional. Consiste en disociar la noción de supremacía constitucional de la noción de supremacía judicial. A la autoridad jurisdiccional no se le otorgan funciones exclusivas o monológicas, sino que las ejerce complementariamente con el gobierno y el parlamento, al que se le reserva la última palabra autoritativa, que no es automática, pues puede o no ejercerla". Esto ha dado lugar a lo que Ignacio, siguiendo a Perry, denomina "penultimate judicial review": un control judicial que no constituye necesariamente la última palabra y que, en términos de Perry, vuelve a la jurisdicción constitucional menos "hostil" y más propicia a la deliberación.

De cualquier modo, y no obstante la defensa, Ignacio reconoce que la solución no es la panacea, ni puede serlo; de allí que, con toda sabiduría, deja abierta la deliberación a nuevas argumentaciones, que es lo que yo he tratado de hacer en esta presentación, aunque no sé con qué éxito. ■



R. Gargarella, Barcelona, España (2026)

La democracia deliberativa y el riesgo del maximalismo

por Gonzalo Scivoletto

Notas sobre "Constitucionalismo deliberativo", de Ignacio Giuffré.

28 de septiembre de 2026

Antes de comenzar quiero agradecer a *La crítica del derecho* por la invitación a participar de este número en torno al reciente libro de Ignacio Giuffré. En mi caso, esta participación tiene una significación particular que excede la habitual discusión académica, y que tampoco puede ser contenida dentro de los fríos protocolos del caso. He tenido la oportunidad de seguir de cerca la génesis de la obra que nos convoca, así como de compartir con su autor muchas de las vicisitudes científicas y humanas que acompañan una tarea de tal magnitud. Por lo tanto, no es una fórmula vacía expresar mis felicitaciones a Ignacio y la profunda alegría de que tantos años de trabajo se hayan objetivado en una obra tan rigurosa, sistemática y ambiciosa.

El presente comentario no se propone ofrecer una *reseña* del texto, sino plantear algunas notas marginales, que pueden ser leídas como un intento de contribución al desarrollo de un programa de trabajo compartido. Por lo demás, estas notas reflejan preocupaciones, intereses y discusiones sostenidas desde hace muchos años con Ignacio y nuestros colegas y amigos de Mendoza.

En términos generales, comenzaría por una intuición: siempre he considerado que la democracia deliberativa -en su formulación *mainstream*- se beneficiaría si tuviera en cuenta más detenidamente, por un lado, no sólo al Habermas de *Facticidad y validez*, sino también al de la *Teoría de la acción comunicativa* -en especial su teoría social (crítica) y la articulación entre sistema y mundo de la vida-; y, por otro lado, a la ética de la responsabilidad (o parte B) de la ética del discurso de Karl-Otto Apel[1]. Es a través de estas lentes que he leído este extraordinario trabajo de Ignacio.

Constitucionalismo deliberativo. Objeciones a la jurisdicción constitucional y democracia deliberativa (Marcial Pons, 2026) tiene el destino de clásico: se trata de un libro que sin duda se convertirá en referencia obligada para quienes estén interesados en la democracia deliberativa, la teoría constitucional y la filosofía política y jurídica en general. Pero, además, sin duda será un libro que formará parte de las discusiones sobre nuevos diseños y arreglos institucionales en esta época de transformaciones profundas y de discusión de una nueva estatalidad. Ignacio recoge de manera ordenada y con un enorme trabajo de erudición una infinidad de discusiones tanto clásicas como contemporáneas dentro de la teoría constitucional y la teoría democrática deliberativa, para dar forma de manera clara y sistemática a este nuevo modelo llamado "constitucionalismo deliberativo". Este modelo tendrá a partir de ahora, sobre todo para el lector en lengua castellana, contornos definidos, metas y objetivos, supuestos epistemológicos y metaéticos explicitados e indicaciones aproximadas de formas de institucionalización.

El libro se ocupa de los grandes problemas fundamentales de las democracias constitucionales contemporáneas, por ejemplo, quién debe tener la última palabra en materia constitucio-

[1] En especial, algunas de las críticas planteadas por Apel a *Facticidad y validez* de Habermas. Al respecto, ver: Apel, K.-O. *Apel versus Habermas*. Comares: Granada, 2017.

nal, o cómo debe interpretarse la clásica tensión entre derechos individuales y soberanía popular, o incluso cómo debe pensarse el ejercicio mismo de la justicia, el papel que deberían desempeñar los afectados, la articulación entre derechos sociales y políticos, etc. Muchas de estas cuestiones, que apasionan a los constitucionalistas, confieso que tienen un carácter técnico-jurídico que excede mi campo de especialización. Por ello, no pretendo evaluar aquí los detalles de la reconstrucción doctrinaria ni pronunciarme sobre los diferentes modelos de control de constitucionalidad examinados en el libro, sino que me circunscribo a considerar la propuesta del constitucionalismo deliberativo desde la mirada *general* de la filosofía social y política, y especialmente desde la articulación entre ética del discurso y teoría crítica[2].

Desde esta perspectiva, creo que uno de los méritos principales de *Constitucionalismo deliberativo* consiste en mostrar que la discusión acerca de la jurisdicción constitucional no puede reducirse a una cuestión de *ingeniería* institucional. Por el contrario, en ella se pone en juego una determinada concepción de ciudadanía, de los derechos y de la democracia, e incluso de supuestos filosóficos acerca de qué significa racionalidad, cuál es su vínculo con la legitimidad y la verdad práctica, y cuál es la relación con el poder. Cuando los tribunales son concebidos como custodios últimos o intérpretes privilegiados de los derechos, los ciudadanos corren el riesgo de quedar reducidos a destinatarios de una protección cuyo contenido es definido por otros. Aun cuando esa protección esté basada en las "mejores intenciones", el resultado es una forma de alienación política, esto es, de paternalismo: los sujetos son protegidos por el derecho, pero no participan suficientemente o en igualdad de condiciones en la determinación de aquello que el derecho debe significar. Este ideal de autogobierno es expresión profunda de un ideal de autonomía que nos remite a Kant y la articulación entre racionalidad y libertad, pero trasformada lingüística y comunicativamente, esto es, anclada en los procesos intersubjetivos de entendimiento recíproco. Que el punto de partida ya no sea el sujeto autárquico racional sino la comunidad de comunicación tiene implicancias éticas y políticas de largo alcance, que aún estamos explorando. Creo que el constitucionalismo deliberativo puede ser considerado como un momento, una oleada de transformación institucional, que emana del núcleo mismo de transformación del sujeto moderno en la comunidad de comunicación como *a priori irrebasable*.



En términos generales, y de acuerdo con la mirada de un no-jurista, el resultado al que se arriba hasta ahora es el siguiente. La interpretación constitucional ya no debería quedar clausurada por la decisión de un órgano único, sino formar parte de un intercambio sostenido entre instituciones y ciudadanía, esto es, debería formar parte de un diálogo o deliberación inclusiva. La Constitución ya no se manifiesta como un conjunto de respuestas definitivas, que habría que *descubrir*, sino como el marco de una práctica comunitaria de interpretación, lo cual se corresponde con los dos componentes del *principio del discurso*[3], expresado políticamente en el modelo

[2] Scivoletto, Gonzalo. *Ética del discurso y teoría social crítica*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2025

[3] Ignacio rechaza el término "discurso" por la confusión que puede generar en nuestra lengua, y por lo tanto prefiere hablar de "deliberación". Sin embargo, tal vez haya aquí algo más que una cuestión terminológica: ¿habrá una conexión más de fondo entre el constitucionalismo *fuerte* y la idea de *discurso* práctico y *discurso* jurídico, en lugar de *deliberación*? Esta cuestión se encuentra planteada de manera paradigmática en la crítica de Alexy (pp. 104 ss.).

deliberativo de democracia: inclusión de todos los afectados (aspecto político) y discurso racional (aspecto epistémico). La autoridad constitucional se distribuye (¿o se diluye?), las decisiones permanecen abiertas a revisión y los derechos dejan de ser solamente límites externos impuestos al proceso democrático para convertirse en objeto de una elaboración pública y compartida.

Esta orientación posee, a mi juicio, un valor indudable. Ignacio toma en serio una tesis central de la democracia deliberativa: ningún individuo ni ninguna institución puede reclamar un acceso privilegiado, infalible o definitivo al significado de los derechos. También acierta al cuestionar la oposición demasiado simplista entre constitucionalismo y democracia, como si debiéramos elegir entre proteger los derechos o confiar en la participación ciudadana. Precisamente porque los derechos expresan relaciones de reconocimiento recíproco, su interpretación no puede quedar completamente sustraída de la formación democrática de la voluntad.

Con todo, la pregunta que quisiera plantear es si el constitucionalismo deliberativo no corre el riesgo de adoptar una interpretación maximalista de la democracia deliberativa[4]. Entiendo aquí por maximalismo no el carácter exigente de sus ideales normativos, sino la tendencia a trasladar de forma inmediata -literalmente, sin mediaciones- las condiciones del discurso al diseño y funcionamiento del sistema (Estado y mercado). En otras palabras, el riesgo de pasar de la afirmación según la cual todo ejercicio del poder o práctica social entraña la posibilidad de un discurso -como instancia crítica- a la pretensión de que el propio *sistema* político adopte, en todas sus instancias, la forma de una deliberación abierta.

Esta cuestión remite, en su aspecto político, a la diferencia entre sociedad civil y Estado y, en términos habermasianos, a la relación entre poder comunicativo y poder administrativo o, de modo más general y sistemático todavía, entre sistema y mundo de la vida. La esfera pública posee una estructura abierta, descentrada, donde el poder comunicativo circula anárquicamente. Es este el ámbito de aparición por excelencia de problemas, reclamos, necesidades, etc., que todavía no han encontrado una traducción institucional. No se trata de un ámbito de producción de decisiones colectivamente vinculantes, sino de elaboración de interpretaciones, críticas y reclamos.



R. Gargarella, Oaxaca, México (2022)

El Estado, en cambio, debe producir decisiones. Los órganos estatales tienen competencias funcionalmente delimitadas, actúan bajo la coerción *(Sachzwang)* de las contingencias (restricciones temporales, presupuestarias, etc.) y además *producen* coerción. Por eso el medio específico no es el poder comunicativo sino el poder *administrativo (Verwaltungsmacht)*. La democracia deliberativa no debería eliminar este poder ni transformar al Estado en una prolongación inmediata de la sociedad civil, ni tampoco puede eliminar las razones estratégicas-funcionalistas. Por eso, por ejemplo, la traslación del poder comunicativo de los ciudadanos a las decisiones concretas vinculantes sobre leyes y políticas, esto es, al poder administrativo, fundamenta la habilitación de cuerpos parlamentarios con roles

[4] Al respecto, ver: López de Lizaga, J. L. "Una teoría de la democracia para la sociedad contemporánea: Jürgen Habermas". En: J. M. Aragüés / J. L. López de Lizaga (coords.), *Perspectivas. Una aproximación al pensamiento ético y político contemporáneo*, Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, pp. 149-172

y funciones claramente definidos. Y otro tanto se sigue, al menos desde Habermas, de la praxis jurídica. Con la diferencia, para nada menor, de que mientras la praxis legislativa adquiere la forma de un discurso de *fundamentación*, la praxis jurídica se configura como un discurso de *aplicación*. Según entiendo, esta diferenciación también obliga a repensar la idea misma de imparcialidad, al menos si se sigue dentro del marco de Habermas y Günther, y la distinción entre fundamentación y aplicación[5]. Con lo cual, habría dos tipos de imparcialidad. Claro que la forma normal de considerar la imparcialidad corresponde a los discursos de fundamentación, sin embargo, esta debe ser ajustada cuando se trata de discursos de aplicación: "una decisión política cuenta con esta condición [de imparcialidad] en la medida que sea vertebrada en un proceso de consulta y discusión entre todas las voces afectadas" (p. 55). Pero el modelo de la decisión política no es el de la decisión judicial. La imparcialidad de una ley depende de la deliberación por parte de todos los afectados, o que al menos los argumentos involucrados sean contemplados por parte de los cuerpos parlamentarios, garantizando pluralidad e inclusión de las propias voces (por ejemplo, mediante audiencias públicas). Por su lado, la decisión judicial, no puede depender de que las partes mismas alcancen un acuerdo ni reproducir sin más el modelo participativo propio de los discursos de fundamentación. Debe resultar de un discurso de aplicación institucionalizado, en el que un tercero determine cuál de las normas válidas resulta adecuada para el caso, después de considerar los argumentos de las partes y todos los rasgos normativamente relevantes de la situación. "Imparcial" no designa aquí una superioridad cognitiva o moral del juez ni la mera ausencia psicológica de intereses. Designa una posición institucional caracterizada por la independencia respecto de las partes, la igualdad procesal, la consideración de todos los rasgos relevantes del caso y la obligación de justificar públicamente la decisión. El discurso de aplicación sigue siendo un discurso, pero su orientación al entendimiento no exige el consenso efectivo de las partes: exige que la sentencia pueda aspirar a una aceptación racional dentro de la comunidad jurídica.

Claro que este aspecto particular de la imparcialidad en los discursos de aplicación presenta todavía una imagen demasiado imprecisa, pues atañe a una dimensión netamente institucional, empírica y contingente, pero el mismo Habermas da una señal clara: "Por un lado, la diferencia que, en lo tocante a lógica de la argumentación, se da entre fundamentación de normas y aplicación de normas, se refleja en las formas de comunicación que representan respectivamente los discursos de fundamentación y de aplicación, los cuales, por tanto, habían de institucionalizarse de modo distinto. En los discursos jurídicos de aplicación ha de tomarse una decisión acerca de cuál de las normas presupuestas como válidas es la que se ajusta a una situación descrita de la forma más completa posible en todos sus rasgos relevantes. Este tipo de discurso exige una constelación de roles en la que las partes (o, en su caso, las autoridades estatales encargadas de hacer las correspondientes diligencias) puedan presentar todos los aspectos controvertidos de un caso ante *un juez como representante de una comunidad jurídica encargada de juzgar imparcialmente*, y además una distribución de competencias conforme a la que *el tribunal ha de justificar su sentencia ante un espacio público jurídico ilimitado en principio*. En cambio, en los discursos de fundamentación sólo hay en principio participantes. *Por otro lado, la administración de justicia, para imponer sus decisiones —y ejecutar las sentencias— ha de recurrir a los medios de represión del aparato estatal* y dispone, por tanto, ella misma de poder administrativo. Por esta razón la justicia ha de quedar se-

[5] Günther, K. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1988

[6] Habermas, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2005, p. 241

parada del poder legislativo, impidiéndosele así que se programe a sí misma"[6]. (Cursiva, G. S.)

Una interpretación maximalista de la democracia deliberativa produciría un resultado paradójico. La *discursivización* integral del Estado podría borrar la diferenciación funcional que le permite transformar el poder comunicativo en decisiones colectivamente vinculantes. El Estado no sólo debe garantizar la existencia de la propia comunidad jurídico-política frente a las potenciales amenazas de otros Estados, sino también garantizar el cumplimiento mismo de las normas que hace posible la convivencia pacífica, el uso de las libertades individuales, etc., y esto se logra mediante el ejercicio del poder y la coacción: el monopolio de la fuerza.

Por supuesto que esto no debe interpretarse con liviandad, como un argumento en contra de la institucionalización de la deliberación en los órganos estatales, por ejemplo, en contra de la legitimidad del juicio por jurados o de otras prácticas en el ámbito parlamentario que apuntan a la inclusión de la ciudadanía de forma directa. Lo que se trata de señalar es que no todo lo que puede y debe permanecer abierto en la discusión pública puede permanecer igualmente abierto en el plano administrativo y jurídico. El plano de realización del discurso, que no es la deliberación en sentido estricto, tiene una fuerza centrífuga y centrípeta: penetra en la conformación de la subjetividad en los micro-ámbitos de la esfera social (intimidad, familia, etc.), e irradia hacia las instituciones estatales y supraestatales, pero no se "identifica" con ellas. Dicho de otra manera, la deliberación tiene límites que funcionan como condición de posibilidad.

El propio Habermas advierte de este riesgo, cuando elocuentemente afirma: "a la lógica del discurso no se la debe conectar en cortocircuito con ninguno de los procedimientos institucionalizados en términos de Estado de derecho. Una aplicación de la ética del discurso al proceso democrático sin las *necesarias mediaciones*, o la aplicación de un concepto de discurso no suficientemente aclarado, no pueden conducir sino a disparates; y estos ofrecen entonces a los escépticos pretextos para desacreditar ya en su propio planteamiento el proyecto de una teoría discursiva del derecho y la política"[7].

Este problema aparece con claridad en la cuestión de la "última palabra". La tesis de que ningún órgano debería poseer la última palabra resulta convincente si se interpreta en un sentido epistémico y normativo. Es decir, ninguna decisión constitucional debería ser definitiva o podría ser infalible por la sencilla razón de que la argumentación es un proceso abierto y falibilista por principio, por lo tanto, ninguna interpretación debería quedar inmunizada frente a nuevos argumentos. Sin embargo, de ello no se sigue necesariamente que ninguna institución deba poseer una competencia decisoria final en una controversia concreta. Se puede favorecer, sin duda, y con buenas razones, instancias de revisión que amplíen o permitan profundizar una discusión sobre un determinado asunto (e Ignacio presenta un relevamiento exhaustivo e ilustrativo de diferentes modelos ya puestos en práctica), pero al final del día hay que decidir. Si todas las decisiones forman parte de una interacción potencialmente indefinida, ¿cómo se determina qué órgano asume la responsabilidad institucional por una decisión concreta, durante cuánto tiempo esa decisión debe considerarse vigente y bajo qué condiciones puede reabrirse?

Creo que se puede distinguir, entonces, entre la última palabra en un sentido normativo y epistémico de la última palabra en el plano institucional. Debe existir alguna forma de última palabra institucional porque, en un momento determinado, hay que resolver si una ley se aplica, si una medida rige a partir de ahora o si un funcionario está habilitado para actuar. Aplicación, vigencia y habilitación pueden ser discutidos en un segundo plano, precisamente en el plano de las razones públicas que se esgrimen en torno a ello, y ese diálogo puede permanecer abierto indefinidamente en la esfera pública, pero debe

[7] *Ibid.*: 225

zanjarse en algún momento en el ámbito estatal. Podríamos decir que el discurso (o la deliberación) acompaña virtualmente cada decisión, como instancia crítica y fundamentadora, pero no la elimina del sistema. Presentar esta problemática mediante la oposición entre "cultura de autoridad" *versus* "cultura de justificación" (p. 222) puede resultar excesivamente polarizante, porque la autoridad jurídicamente delimitada no es necesariamente contraria a la exigencia de justificación.

En esta confusión de planos, se pierde de vista el carácter sistémico del Estado, su dimensión funcional y su necesidad de autoestabilización, su racionalidad estratégica. Karl-Otto Apel utiliza un concepto muy interesante, cuya indagación podría aportar al análisis: habla de *sistemas de autoafirmación (Selbstbehauptungssysteme)*. Si bien "sistema" (Habermas) y "sistema de autoafirmación" (Apel) no son exactamente idénticos, este aspecto de la teoría social del primero y de la ética de la responsabilidad del segundo puede aportar a morigerar cierto grado de idealismo presente en algunos defensores de la democracia deliberativa. No hay que olvidar, desde mi punto de vista, que el idealismo y la moralización de la política pueden ser tan perjudiciales como el decisionismo y el realismo político. Con ello no quiero señalar que el *constitucionalismo deliberativo* incurra necesariamente en este tipo de idealismo, sino advertir un riesgo posible sobre el que se debería -a mi juicio- seguir trabajando en un futuro. Es un tipo de riesgo análogo a quienes, por ejemplo, deducen del principio del discurso también un ideal de organización social "democrático radical", según el cual se debería tirar abajo el subsistema social de la *economía de mercado*. Al mismo tiempo, no quiero con esta analogía (capitalismo *versus* democracia / constitucionalismo *versus* democracia) señalar una preferencia definida por un tipo de constitucionalismo *fuerte*. De nuevo, lo que señalo es el riesgo maximalista de derivar de los principios arreglos institucionales, sin una adecuada mediación. Y tal mediación requiere, a mi modo de ver, una teoría social de base y un análisis institucional empírico. En su libro, Ignacio advierte esta dificultad y afirma no querer extraer -de las teorías de la democracia deliberativa y el constitucionalismo deliberativo- "una única respuesta por el diseño institucional" (p. 262). Con todo, creo que la respuesta está, y si se ha de seguir trabajando en ella, los comentarios precedentes podrían contribuir.

También podría contribuir a este proyecto un análisis más pormenorizado de los tipos de desacuerdos que atraviesan la política democrática, algo que excede a la discusión entre procedimiento y sustancia. No todos los conflictos pueden resolverse mediante el descubrimiento de un interés generalizable, de hecho, aquello que puede ser materia de consenso es realmente un ámbito muy reducido. Por el contrario, por lo general en política se enfrentan intereses particulares legítimos que no pueden satisfacerse simultáneamente. Por ejemplo, la asignación de recursos públicos constituye un caso paradigmático: las demandas de las universidades, los hospitales, la seguridad social y la infraestructura, o de las Provincias contra la Nación y viceversa pueden estar igualmente justificadas, aunque las restricciones presupuestarias impidan satisfacerlas plenamente al mismo tiempo. La política incluye discursos morales, pero también deliberaciones pragmáticas, debates ético-políticos, negociaciones y compromisos. En estos últimos, además, lo máximo a lo que se puede aspirar es a cierto equilibrio de intereses, mas no un consenso basado en las mejores razones. Por lo tanto, creo que también es importante indagar en si el constitucionalismo deliberativo tiene en cuenta una teoría suficientemente diferenciada de los desacuerdos.

La ética del discurso proporciona criterios universales para juzgar estos procesos: inclusión de los afectados, corresponsabilidad, posibilidad efectiva de exigir y ofrecer razones, etc. Pero esos criterios no permiten deducir directamente una forma institucional determinada. Entre la fundamentación normativa y el diseño de

las instituciones no hay deducción, sino mediación. La filosofía puede justificar la obligación de democratizar las instituciones, pero no establecer por sí sola qué órgano debe decidir, qué competencias debe poseer ni qué combinación entre deliberación, negociación, votación y autoridad es adecuada para cada conflicto.

En este sentido, la autoridad no es necesariamente la negación del discurso. Bajo determinadas condiciones, puede constituir una condición institucional de una democracia deliberativa, porque permite que una sociedad continúe funcionando aun cuando sus integrantes no hayan superado sus desacuerdos. Además, la racionalidad estratégica es importante también por razones de institucionalización de la deliberación. Por ejemplo, cuando no están dadas las condiciones de simetría discursiva para la discusión, pero una decisión ejecutiva o judicial (aunque no le preceda una deliberación real) dictamina un cambio rupturista de tales condiciones *naturalizadas*.

Esta perspectiva también permite recuperar una intuición central de Karl-Otto Apel: la historia no puede comenzar desde un punto cero. Los sujetos no ingresan a la deliberación desde condiciones ideales, sino desde instituciones, relaciones de poder, estatus y roles, y sistemas de autoafirmación ya existentes. La realización del principio del discurso debe comenzar muchas veces dentro de condiciones que todavía no son discursivas. Es necesario discutir sobre las condiciones de exigibilidad *(Zumutbarkeit)* de los sujetos e incluso de las propias instituciones (atadas a reglamentos, funciones y límites precisos).

Tal vez pueda concluir con un ejemplo concreto que, a mi juicio, ilustra el tipo de riesgos sobre el que he tratado de reflexionar en este comentario.

En un pasaje, Ignacio califica de "bella" una reflexión de Lafont, según la cual "no hay"atajos" para la toma de decisiones sobre derechos" (p. 222), y que estos "solo pueden estar verdaderamente seguros" mediante el "arduo" proceso de "involucrar y transformar los corazones y las mentes" de las personas, grupos o autoridades potencialmente afectadas.

Más allá de la consideración estética del pasaje citado, lo importante es que creo efectivamente expresa una forma de *wishful thinking* sobre la que el propio Ignacio en otro lugar advierte y rechaza. De modo resumido: no deberíamos hacer de la democracia deliberativa una expresión de deseos. Sobre todo, en una región como la nuestra, con una desigualdad estructural tan obscena, urgida de transformaciones radicales y sometida al cinismo de los poderosos. Pero los deseos no son problemáticos por su impotencia, sino porque también pueden conducir a resultados catastróficos.

No se puede partir ni esperar responsablemente que todos los agentes ingresarán de buena fe y voluntad en el discurso. Los agentes deben contar con la posibilidad de que en condiciones no ideales también la deliberación puede ser instrumentalizada, por ejemplo. Entonces la sugerencia de que simplemente, sobre todo en materia de derechos, es suficiente con decir "deliberemos" sin un adecuado análisis de las condiciones materiales y la mera confianza en la buena voluntad de los interlocutores resulta riesgosa. Es cierto que Ignacio en un punto advierte esto mismo y recupera la noción de activismo deliberativo (Fung), pero me parece que esta advertencia no ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias. Dicho rápidamente, afirmar que "la jurisdicción constitucional debe intervenir ante las decisiones que menoscaban los principios estructurales del diálogo inclusivo" es perfectamente coherente; sin embargo, si además debe intervenir sobre las *precondiciones* del diálogo inclusivo ya es una cuestión más radical que amerita una segunda reflexión.

¿Qué se entiende por "precondiciones"? Ignacio presenta una caracterización altamente saturada: en primer lugar, retoma los ocho principios de Martí, pero además agrega "precondiciones materiales y culturales" (p. 218) que adquieren una forma concretista cuando los designa como "desigualdad estructural, marginación,

concentración de la riqueza, dominación, y dificultades para informarse y expresarse" (p. 219). Dejemos por un momento abierta la cuestión de que la determinación concreta de qué significan estas precondiciones es altamente problemática y otorgan un margen abismal de discrecionalidad. Por ejemplo: ¿qué *nexo* debe existir entre una desigualdad estructural y la distorsión concreta de un procedimiento deliberativo para habilitar la intervención judicial, y qué remedios puede adoptar el tribunal sin reemplazar al legislador o a la administración?

Desde un punto de vista político práctico, por supuesto que las precondiciones señaladas afectan los procesos deliberativos, pero ¿atañe a la jurisdicción constitucional? Con todo, esto muestra que la deliberación *per se* no resuelve el problema de la *institucionalización* de la deliberación. ¿Cabe esperar que la sola participación en el proceso deliberativo conduzca a quienes ocupan posiciones de poder a revisar los privilegios de los que son beneficiarios?

Las apretadas y apresuradas reflexiones planteadas hasta aquí -digamos, al calor de la lectura- no han pretendido simplemente señalar inconsistencias en la propuesta del *constitucionalismo deliberativo*. Muy por el contrario, apuntan a fortalecer esta propuesta, tanto desde el plano de la fundamentación como el de la aplicación, mediante una reflexión de segundo orden. De modo general, creo que sería de gran importancia seguir trabajando en dirección a articular la teoría constitucional con la teoría social -y dentro de esta última, la propia tradición de la filosofía discursiva puede hacer un gran aporte. Pero también creo que todavía queda como tarea desarrollar una teoría deliberativa del Estado capaz de reinterpretar los principios de *representación* y *división de poderes*, por mencionar tal vez los más importantes del *constitucionalismo clásico*. La propuesta de Ignacio de una reconfiguración de la jurisdicción constitucional según los principios de la democracia deliberativa (que en un plano más profundo supone una nueva comprensión de la subjetividad, la racionalidad y la legitimidad) apunta en la dirección correcta para la realización de esta tarea. Tal vez el siguiente paso puede ser la complementación de la crítica a los déficits normativos con la exposición de los rendimientos funcionales en la dinámica evolutiva de la modernización social. ■



R. Gargarella, Panamá (2026)



R. Gargarella, Panamá (2026)

Los derechos como artefactos

por Tania Busch Venthur

La visión de los derechos y del Estado sólo como dique, antes que como cauce para la expresión de las mayorías, se ha agotado.

29 de septiembre de 2026

Hace unos días atrás, exactamente el 20 de agosto, tuve la oportunidad de comentar la presentación de este libro en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. En dicha oportunidad, escuchamos la preocupación de Ignacio Giuffré por las aporías de la democracia constitucional y su apuesta a superarlas mediante el diálogo público y la inclusión. Una mirada del constitucionalismo que incluye a las autoridades, las personas y los grupos en un debate continuo de intercambio de argumentos. Subyace a su propuesta una antropología optimista, ya que tiene como presupuesto a ciudadanas y ciudadanos con la capacidad de intervenir en las discusiones y decisiones públicas, y una visión republicana de la libertad entendida como ausencia de dominación. A través de una introducción, cinco capítulos y sus conclusiones, el libro ofrece una sugerente y original teoría del constitucionalismo deliberativo.

Durante la presentación del libro de Ignacio Giuffré, los académicos y académicas presentes en el seminario debatíamos los méritos de esta mirada democrática para dar voz a grupos tradicionalmente excluidos, como las mujeres. Entretanto, la coyuntura constitucional en Chile se encaminaba a otras lógicas, muy lejanas a las que animaban el debate en nuestra sala. Esos días, José Antonio Kast presentaba un proyecto de reforma constitucional proponiendo un nuevo estado constitucional de emergencia fundado en amenazas a la seguridad pública, sin control ni intervención del Congreso Nacional por 240 días, que otorga al ejecutivo poderes de excepción todavía más amplios que los que contempló la Constitución de 1980 previo a sus reformas en democracia. Así, fenómenos como el "iliberalismo" y la "erosión democrática" –recurrentes en la experiencia comparada– se tornaban presentes en nuestra discusión político constitucional.

De ahí que, mientras conversábamos animadamente en el sur de Chile, en el fondo de mi cabeza aparecían algunas preguntas disonantes: ¿Tiene sentido proponer formas débiles de constitucionalismo cuando la urgencia es que no colapsen los límites del poder? ¿Es momento de ponernos a deliberar el sentido de los derechos cuando estos están siendo negados? La escena, mirada desde la contingencia apremiante, podría parecer fatua. Por supuesto, el público de este medio especializado responderá que, lejos de ser frívola, la reflexión es imprescindible para la transformación de la realidad. Porque la práctica sin teoría resulta "ciega", como me recordaba el mismo Ignacio Giuffré aquel día. Sobre esta base, quisiera plantear tres puntos sobre su libro: una ausencia, una paradoja y una defensa.

La ausencia. El libro propone que la mejor forma de proteger nuestros derechos y libertades es la discusión colectiva, que a su vez debe asumir la falibilidad de la política y el carácter provisional de los acuerdos constitucionales. Por lo tanto, se propone abandonar la pretensión de fijar de modo definitivo el significado de la Constitución, sin que su hermenéutica pueda ser continuamente redefinida por la institución o foro que demuestre mejor desempeño deliberativo. Esta propuesta descansa en una concepción de los derechos como un artefacto de creación humana contingente que yo comparto, pero que el libro escamotea. Algo aparece en parte del capítulo primero y un poco más evidente recién en

el cuarto capítulo. No obstante, esta concepción sobre lo iusfundamental es una condición necesaria e ineludible para que el constitucionalismo deliberativo de Ignacio Giuffré funcione. Pero se echa en falta un mayor desarrollo sobre qué se entiende por los derechos y libertades que, según propone el libro, deben ser objeto de discusión pública.

La paradoja. La propuesta de Ignacio Giuffré es dejar de evaluar a la jurisdicción constitucional según el eje activismo vs. deferencia, centrado en el contenido de la decisión, y que la califiquemos según su aporte a la conversación democrática, atendiendo al proceso de formación de la decisión sobre los derechos y las libertades. Pasar del "qué" se decide al "quién" y al "cómo" se decide. Para ello, propone un "control de constitucionalidad semiprocedimental", según el cual los jueces constitucionales deben evaluar si el procedimiento de sanción ha satisfecho estándares de conversación pública, inclusiva y abierta al intercambio de razones, en lugar de ser el resultado de la exclusión o la imposición de voluntades. Ahora bien, la cuestión de definir cuándo el diálogo público ha sido suficientemente dialógico e inclusivo –me parece– bastante sustantiva y, tiene poco de procedimental. Ignacio Giuffré reconoce que "la determinación del cumplimiento de esas condiciones puede resultar una tarea compleja y rodeada de desacuerdos", y dice que en ese caso "la alternativa recomendable parece ser la deferencia desde la jurisdicción constitucional hacia la rama de gobierno con mejor desempeño deliberativo e inclusivo en el proceso decisorio". Pero esto nos deja en el mismo lugar de partida, puesto que no tenemos formas concretas de medir el desempeño deliberativo. Para una realidad como la chilena, en la que el Tribunal Constitucional muchas veces frenó los avances de derechos que había logrado el poder legislativo, dejar a la jurisdicción constitucional como calificadora del proceso democrático resulta inquietante y peligroso.

Como epílogo, una defensa. Asistimos a una crisis del constitucionalismo fuerte, hoy hegemónico, pues sus instituciones resultan incapaces de hacer frente a las negaciones o erosiones de los derechos. Hoy las retóricas de la crueldad, la ostentación de la fuerza y la opresión seducen a los electorados y directamente niegan los derechos y libertades. Y esto muestra la actualidad de los debates que abre el libro de Ignacio Giuffré. Quizá una de las causas de este desgaste sea que el constitucionalismo fuerte no alcanza a ser suficientemente convocante, y que concibe los derechos como "lo indecidible" o aquello que está "fuera de las mayorías". Precisamente esta visión de los derechos y del Estado sólo como dique, antes que como cauce para la expresión de las mayorías, es lo que se ha agotado, y hoy no encuentra resonancia en las personas que han visto incumplidas las promesas originarias del constitucionalismo fuerte. Los vertiginosos y profundos cambios tecnológicos, culturales y sociales que hemos experimentado en este cuarto de siglo, implican también una obsolescencia de las ideas e instituciones pensadas en otros contextos, un mundo que ya no existe.

Los derechos, como yo los entiendo, no son realidades metafísicas, sino que son una tecnología contingente que permite proteger a los seres humanos y sus necesidades para el logro de una vida deseable y buena. Hasta ahora, el constitucionalismo robusto ha sido la técnica utilizada para ello, pero con el tiempo ha demostrado sus limitaciones. Precisamente por tratarse de una técnica, puede y debe ser revisado y reinventado para hacer frente a las acuciantes contingencias y regresiones que afectan a los bienes que busca resguardar. El constitucionalismo y los derechos, lejos de ser abandonados a causa de las deficiencias de las instituciones existentes, deben ser repensados y mejorados. En esa tarea, el libro que aquí se reseña ofrece una contribución fundamental para reconsiderar nuestras instituciones, revitalizarlas y hacerlas más aptas para preservar y hacer posible aquello que consideramos valioso y necesario. ■

Una conversación abierta

por Roberto Gargarella · José Luis Martí

Sigue el simposio de "Constitucionalismo deliberativo"*: objeciones a la jurisdicción constitucional y democracia deliberativa de Ignacio Giuffré.*

1 de octubre de 2026

Ignacio Giuffré ha escrito un libro importante: *Constitucionalismo deliberativo. Objeciones a la jurisdicción constitucional y democracia deliberativa.* Se trata de una obra seria, meditada, inteligente e informada con la mejor y más reciente literatura internacional sobre la materia. El trabajo de Ignacio ayuda a marcar y definir una era de reflexiones en el constitucionalismo democrático, que aparece tal vez en un momento especialmente crítico, dada la evolución que muchas de las democracias consolidadas y los sistemas constitucionales liberales están siguiendo en los últimos años.

Su texto, a este respecto, puede verse como punto culminante y de síntesis, que llega después de muchos años de discusión y controversias en torno a la jurisdicción constitucional en el marco de una democracia. Lamentablemente, las significativas discusiones que se habían ido dando, en las últimas décadas, en dicho terreno, se habían desarrollado a través de dos caminos separados y paralelos. Por un lado, nos encontramos con muchos (innumerables, inabarcables) estudios sobre la revisión judicial de constitucionalidad, y su justificación en democracia; y, por otro lado, y sobre todo en los últimos años, contamos con enfoques de enorme interés, que prestan atención al constitucionalismo, desde el punto de vista de la teoría democrática. Esas dos corrientes de la literatura, aunque se referían, básicamente, a la misma materia, hablaban de cuestiones parecidas y se movían por nobles y similares intereses, no se prestaban mayor atención entre sí. De ahí el valor especial de un libro como el que nos ofrece Ignacio.

Constitucionalismo deliberativo vincula, de manera virtuosa, esas dos líneas de estudio dentro de la literatura, mostrando la riqueza y potencia de esa suma de esfuerzos. Repensado en clave deliberativa, el control judicial puede verse -finalmente- justificado. A la vez, la teoría deliberativa puede ganar expresión institucional efectiva, a través del accionar de los jueces. La confluencia puede resultar, entonces, enriquecedora y fructífera para ambas ramas de la teoría. Combinadas de una cierta forma (y sólo así, nos dice Ignacio) la teoría de la *judicial review*, y la teoría deliberativa pueden fortalecerse mutuamente, dotando de mayor factibilidad a objetivos que resultan, finalmente, comunes.

En efecto, hasta tiempos muy recientes, la teoría del control judicial de constitucionalidad aparecía estancada en una serie de discusiones que giraban en círculos, y que se abrían, en todo caso, a dicotomías sin aparente salida. Pensemos, por caso, en la perenne controversia acerca del carácter contra-mayoritario o no democrático del control judicial. ¿Qué representaba, en democracia, la práctica del control judicial? ¿Se trataba de la forma más apropiada de hacer efectiva la democracia (tal como pudiera sugerir, pionera y lúcidamente Alexander Hamilton, en los inicios del constitucionalismo)?[1] ¿O es que el control judicial constituía, más bien, e irremediablemente, un "insulto" a la democracia (como pudiera escribir Jeremy Waldron, en uno de

[1] Así, en términos de Hamilton, en *El Federalista* 78, dado que la Constitución condensaba la voluntad popular última, el control judicial era visto como la manera de hacer posible que prevaleciera finalmente dicha voluntad última del pueblo, cada vez que una decisión de la legislatura desafiara a la Constitución.

los embates más fuertes que se hicieran contra dicha práctica, en los años 80)?[2] ¿Es que la *judicial review* implicaba conceder la "última palabra" institucional al órgano con credenciales democráticas más débiles (como supiera criticar Mark Tushnet, en sus estudios más críticos)? ¿O es que se trataba de una práctica extendida en el tiempo, que finalmente dejaba a las mayorías la posibilidad de seguir insistiendo siempre con sus opiniones (como sugiriera Robert Dahl en sus trabajos, empíricamente informados, sobre la materia)?

Paradójicamente, la discusión aparecía empantanada en esas arenas movedizas, como incapacitada de salir de allí. Y es que había argumentos sensatos en ambos lados. Como resultado de ello, la práctica se prolongaba en el tiempo, siempre idéntica a sí misma, mientras se sofisticaban las razones que se daban en torno a la misma, y la retórica con la que se las envolvía. Una discusión que, finalmente, parecía "oxidada," encallada en el tiempo. Cabe recordar que esta polémica acerca de las credenciales democráticas del control judicial provenía, como ya hemos dicho, de los orígenes mismos del constitucionalismo moderno, cuando se enfrentaban Hamilton y Brutus o Jefferson, y que se había reproducido con especial virulencia en el nacimiento del control judicial europeo, en el famoso debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, hasta que en la década del 60 del siglo pasado volvió a reactivarse por tercera vez en la historia del constitucionalismo tras la publicación del influyente trabajo de Alexander Bickel sobre la rama "menos peligrosa" del estado, y así hasta nuestros días.

En el ámbito de la teoría deliberativa nos encontrábamos, mientras tanto, con problemas de naturaleza semejante. Aquí también se avizoraban pulsiones intensas y tensiones que se traducían, finalmente, en la dificultad para el progreso y el cambio. En efecto, a pesar de sus obvias ambiciones prácticas, la teoría deliberativa se manifestó, inicialmente, a través de formulaciones meramente abstractas. Se trataba de expresiones que, ante todo, buscaban contradecir y trascender, finalmente, a otras concepciones teóricas en boga: las visiones minimalistas, economicistas y pluralistas, en particular, pero también ciertas lecturas alternativas -participativas- que, por unas u otras razones, mostraban límites cuestionables. Ello así, ya sea por sus rasgos elitistas o populistas, ya sea por tomar las preferencias de los agentes como preferencias dadas, ya sea por su resistencia a los mecanismos de diálogo y transformación o "lavaje de preferencias", etc. (Held, Manin, Goodin).



Luego de convertirse en un interlocutor identificable, plausible -en otros términos, una vez llegada a la mayoría de edad, como lo describiera James Bohman- la teoría deliberativa buscó demostrar que, además, ella se encontraba "preparada para gobernar". Es decir, resultaba posible apelar a ella para reorganizar el orden institucional. A una oleada interminable de estudios netamente empíricos desarrollados en los últimos 20 años, se unieron también muy variadas y concretas propuestas de diseño institucional.

[2] Ello así porque un tribunal de pocas personas, no elegidas directamente por el pueblo, era capaz de imponer su voluntad sobre una decisión política (imaginemos, una ley de aborto), capaz de reflejar la voluntad de un sinfín de personas que durante años se organizan, discuten, intentan convencer a otros, elaboran argumentos, realizan campañas, participan activamente en los canales democráticos disponibles, finalmente logran que el parlamento apruebe una ley que refleja ese trabajo colectivo y el acuerdo alcanzado tras amplios procesos deliberativos, para que finalmente una corte —utilizando su poder de control judicial— declare inconstitucional esa ley.

Sin embargo, una vez más, los primeros intentos -importantes- para mostrar la musculatura práctica de la teoría, resultaron, en nuestra opinión, limitados en su atractivo. Desde el "día de la deliberación", propuesto por Bruce Ackerman, hasta los experimentos localizados de James Fishkin, y más tarde ciertas formas de las asambleas ciudadanas, sugirieron la presencia de una alternativa democrática visible, llamativa, atractiva, pero también "fantasiosa", reservada para muestras de laboratorio.

Frente a una coyuntura, a la vez, de estancamiento (en la discusión sobre *judicial review*) y de crisis de crecimiento (en la teoría deliberativa), el encuentro y mutua interpenetración, entre ambas secciones de la literatura, resultó enormemente fructífero. Dicha confluencia terminó permitiendo una (exitosa) renovación argumentativa, en el debate en torno al control judicial de constitucionalidad en democracia, a la vez que contribuyó a que la teoría deliberativa ingresara, de una manera sensata y a la vez potente, en la conversación sobre diseños institucionales. Ahora, la teoría constitucional podía responder de una forma inteligente a las tradicionales objeciones "democráticas" que recibía, por su defensa del control judicial, mientras que la teoría democrática podía sentarse a la mesa de discusiones sobre reforma legal o constitucional, con buenas cartas de propuestas en la mano.

La confluencia entre estos nuevos enfoques de teoría constitucional, y esta nueva aproximación a la democracia, se expresó en lo que Ignacio denomina, con acierto y siguiendo una novísima tendencia internacional en la que se encuentran autores como Habermas, Lafont, Levy, King, Tierney o Chambers, *constitucionalismo deliberativo*. Estaríamos hablando, en sus términos, y para decirlo simplificadamente, de una concepción que entiende que las decisiones públicas se justifican en la medida en que ellas sean el resultado de una "deliberación inclusiva". En estos tiempos, dicha aproximación teórica viene a ofrecernos un ideal regulativo preciso y meditado -luego de tantos años de reflexión previa- que muestra ductilidad y competencia para su traducción práctica. En particular, las propuestas que fue capaz de presentar el constitucionalismo deliberativo, en materia de control de constitucionalidad, resultaron particularmente productivas.

Las respuestas que el constitucionalismo deliberativo dio y puede dar en el área, son y han sido diversas (en tal sentido, otra de las virtudes del texto de Ignacio es la de tratar de precisar qué es lo que una concepción sólida y consistente de este constitucionalismo dialógico debería defender en la materia). De todos modos, y como idea general, podríamos decir que lo que el constitucionalismo deliberativo justifica es un tipo de control de constitucionalidad dirigido a hacer posible el diálogo inclusivo. Esto es, el diálogo inclusivo que debe caracterizar a las decisiones en una democracia sensible a (lo que Waldron denominara) "el hecho del desacuerdo". Se trata de un control judicial (débil, no fuerte, en la terminología de Tushnet), concentrado de manera especial, aunque no excluyente, en los procedimientos o "reglas de juego" de una democracia inclusiva. Y se trata de un control judicial que se orienta a impedir males muy propios de nuestro tiempo: la concentración del poder, la censura sobre los opositores, el desmantelamiento de los órganos de control, etc. Ello, asegurando a su vez, y de ese modo, la preservación de una conversación común, sobre temas de interés público: una conversación siempre abierta y por tanto inacabada, como advirtiera Habermas.

Como siempre, "el diablo está en los detalles". Sin embargo, ya sólo con estas pocas pautas iniciales, podemos reconocer la riqueza de la propuesta deliberativa, y el modo en que la misma ayuda a romper las muchas inercias en donde la discusión sobre el control de constitucionalidad aparecía encallada. Adviértase -en efecto- el impacto que puede tener la propuesta del constitucionalismo deliberativo, en esta área. Ella:

- Rompe con el dilema sobre la "última palabra", sobre la deben tener unos o los otros:

Lo que nos dice, por el contrario, es que la discusión sobre temas constitucionales fundamentales se inscribe en un "diálogo continuo, abierto, inacabado".

- Destraba la discusión sobre si la decisión en torno a la constitucionalidad de la norma debe recaer en los jueces o en las mayorías. En principio, la idea es que la decisión de los jueces se justifica siempre que sea protectiva o "activadora" de la decisión mayoritaria -en tanto decisión al servicio de la democracia. En este sentido, ya no corresponde analizar el control judicial en los viejos términos (¿es contra-mayoritario? ¿es pro-mayoritario?): la *judicial review* queda justificada si y sólo si se ejerce de una manera que favorece la conversación colectiva.
- Termina con la idea de una decisión constitucional "elitista" e "impuesta desde arriba". Ahora queda en claro que la decisión judicial debe orientarse a posibilitar la "conversación horizontal" sobre el conflicto del caso. Se establece, de este modo, que la intervención de la "elite judicial" sólo se justifica como modo de hacer posible un diálogo inclusivo.

Más todavía, esta primera aproximación al constitucionalismo deliberativo (aún en ese preliminar esbozo que hemos presentado, siguiendo a la propuesta de Ignacio) nos permite distinguir y valorar a dicha propuesta, frente a otras aproximaciones que, en un sentido muy amplio, integran la misma "familia teórica", es decir, el intento de conciliar democracia deliberativa con control judicial deliberativo de constitucionalidad. Piénsese, por caso, en alternativas como las siguientes. El constitucionalismo deliberativo que favorece Ignacio Giuffré, ante todo, no se superpone con una propuesta como la de que sostiene John Rawls en su *Liberalismo Político:* una propuesta que considera a la Corte Suprema (norteamericana) como un "ejemplo de la razón pública". Ocurre que la siempre lúcida visión de Rawls termina descansando en las exigencias formales del accionar de la Corte (su obligación de justificar las decisiones a través de razones públicas, ante todo) que, como podemos intuir, y como la práctica de las últimas décadas nos reafirma, nos refieren a exigencias que los jueces pueden eludir con relativa facilidad (para terminar presentando, bajo la forma de razones públicas, lo que en definitiva resultan razones de intereses particulares).

Del mismo, el constitucionalismo deliberativo no se identifica con la propuesta del "foro de los principios", que defiende Ronald Dworkin. Ello, entre otras razones, porque, a pesar de que ese foro se muestra sensible, en principio, a la intervención de voces e intereses diversos, el mismo resulta, en la práctica, un ejercicio que corresponde fundamentalmente a los jueces (que son los que, en definitiva, determinan el contenido y forma de esos principios). Y, aunque Dworkin defendiera explícitamente la necesidad de explorar las posibilidades de diálogo interinstitucional, no había espacio en su visión para subordinar, en ningún sentido, la acción judicial a los fines de un interés democrático deliberativo superior.

Igualmente, una propuesta como la de Ignacio no se identifica con las que pudieron defender Robert Alexy o Philip Pettit, a través de sus propuestas de una "representación argumentativa" o una "representación indicativa", respectivamente, dado que no hay buenas razones, en definitiva, para entender a los jueces como representantes aceptables de la diversidad de argumentos y puntos de vista existentes. Ni tampoco con la que, más recientemente, sostuviera Cristina Lafont, en su crítica a los "atajos deliberativos", tal vez el intento alternativo más sólido de preservar las credenciales democráticas y deliberativas del control judicial, pero que, curiosamente, y en última instancia, aparece reposando sin quererlo en el "atajo deliberativo" de tribunales superiores, como las Cortes Internacionales.

Permítannos subrayar una virtud más -y ya son muchas- propia de un enfoque como el propuesto por Ignacio, en su constitucionalismo de-

liberativo. La propuesta de Ignacio aparece apropiadamente atenta a los datos de su tiempo, del lugar y el momento en que la misma se presenta. Se trata, en efecto, de una propuesta que pretende ser, de manera muy especial, sensible al contexto. ¡Y menudo contexto tenemos hoy! Por ello, la misma gana especial atractivo, en la actualidad, cuando resultan tan comunes como nefastos los experimentos populistas, de concentración del poder y de "erosión democrática", que buscan socavar al sistema de "frenos y controles", favoreciendo de ese modo el accionar discrecional y arbitrario de presidentes fuertes. En un momento crítico, como el que vivimos, la alternativa del constitucionalismo deliberativo aparece entonces como de particular interés, porque ella se muestre crítica y activa frente a los experimentos autoritarios del momento. Ante los mismos, el constitucionalismo deliberativo reclama jueces activos, especialmente, en el sostén de las condiciones y precondiciones de la democracia.

Por todo lo anterior, resulta claro ya que el aporte que realiza Ignacio Giuffré, a través de *Constitucionalismo deliberativo,* es de primera importancia. El libro nos introduce a una teoría innovadora y pertinente, de particular interés en este momento histórico, y que es capaz de dialogar bien (y de salir muy airosa en tales diálogos) con lo mejor de la teoría constitucional y la teoría democrática contemporáneas. Más todavía, en el desarrollo de su argumentación, Ignacio nos ofrece, además, un exhaustivo -podríamos decir, inmejorable- panorama, acerca de los debates actuales internacionales en materia de control de constitucionalidad; y nos ilustra acerca de las implicaciones y posibilidades prácticas del particular enfoque que defiende en la materia.

Siendo una obra escrita en español, que se suma y contribuye a la literatura académica propia de nuestra comunidad lingüística, una literatura rica y relevante pero siempre necesariamente limitada y falta de un mayor diálogo riguroso, sus aportaciones contribuyen de modo original también al debate internacional de esta materia. Por esa razón, también podemos verlo exactamente al revés: Ignacio ha realizado una importante contribución que ayuda a comprender mejor el ideal del constitucionalismo deliberativo y añade buenas discusiones al debate internacional, y es por ello doblemente valioso que haya decidido publicar esta obra en español para enriquecer y fortalecer nuestra comunidad académica.

La invitación que nos hace el autor es desafiante, provocativa, y de enorme interés. Y es capaz, por las mejores razones, de activar nuestras dudas y disputas, nuestros encendidos acuerdos y desacuerdos con su propuesta. No es éste el momento ni el lugar para presentar o resolver tales controversias, pero, en todo caso, valgan algunas preguntas sobre su trabajo, que puedan servir para futuros debates.

Podemos preguntarle a Ignacio, primero, si estructuras institucionales como las existentes pueden hacer posible el constitucionalismo deliberativo o, en verdad, representan un obstáculo serio frente al mismo. Sabemos bien, a través de la experiencia comparada, que ejercicios dialógicos como los que propone *Constitucionalismo deliberativo* son posibles -realizables en la práctica. Tenemos varios e importantes ejemplos de ello. Sin embargo, ¿no es que podemos decir, al mismo tiempo, que las ilustraciones con las que contamos son, todavía, episódicas o anecdóticas? En otros términos: ¿tenemos razones, bajo el "arreglo institucional" en el que vivimos, para pensar que dichas experimentaciones dialógicas ocasionales pueden convertirse, alguna vez, en prácticas estables?

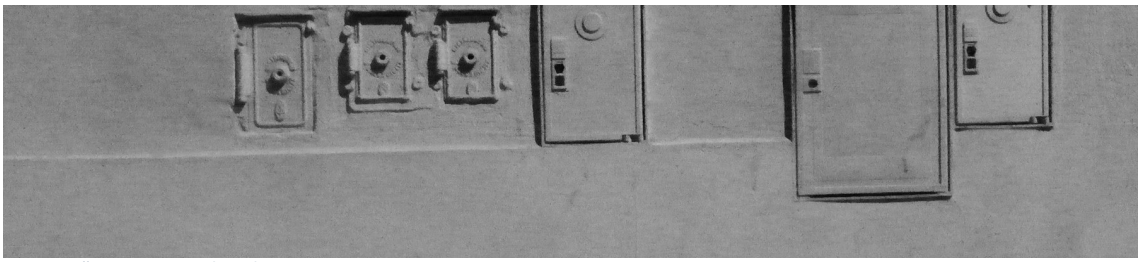
Segundo, y en sentido similar: ¿no podríamos decir que, bajo la actual estructura de incentivos institucionales, nuestros jueces van a verse particularmente inclinados a reforzar su propio poder, y/o satisfacer a los intereses privados con los que habitualmente se rodean (y de donde, habitualmente, provienen)? Más todavía, para una teoría institucional que pretende ser realista y contextualmente situada: ¿No es que podemos pensar, particularmente en democra-

cias frágiles (como, pero no solamente, las latinoamericanas, que interesan en particular a Ignacio), que allí, justamente, van a emerger y prosperar las condiciones para un ejercicio judicial anti-deliberativo, o pro-corporativo, o reforzador de la desigualdad? ¿Es que tenemos razones para pensar que, en contextos institucionales de injustificada desigualdad, van a emerger las conductas requeridas (i.e., en los jueces) para acabar con tales injustas diferencias? ¿Es que podemos pensar que jueces surgidos de acuerdos entre las elites del poder más cerradas, van a estar motivadas a guiarse por teorías igualitarias y deliberativas? ¿Es que podemos pensar que tales jueces van a liderar (o, al menos, contribuir de modo apropiado) para poner fin a las condiciones (a las estructuras de poder) que permitieron que esos jueces llegaran a sus cargos, en primer lugar?

Relacionado con lo anterior, ¿qué precondiciones debería cumplir un ideal tan exigente como el del constitucionalismo deliberativo? ¿Qué educación o formación deberían tener los jueces, pero también los legisladores y hasta los propios ciudadanos? ¿Qué papel deberían tener lo partidos políticos y las organizaciones sociales cívicas en un régimen constitucional deliberativo? ¿Qué recursos son necesarios para poder desplegar el arsenal de mecanismos institucionales que el modelo requiere? ¿Deberíamos, tal vez, repensar incluso cómo entendemos el derecho y hasta la forma en que redactamos las leyes y las sentencias? ¿Cómo podemos lograr una verdadera inclusividad de nuestros procedimientos institucionales -los judiciales, pero también los legislativos- que no deje a nadie a fuera y que no se preocupe únicamente de una inclusión formal, sino atienda a las condiciones materiales, cognitivas o epistémicas y culturales de todos los ciudadanos, especialmente los más vulnerables?

Finalmente, ¿cómo convive el modelo de constitucionalismo deliberativo con la existencia y actividad de los tribunales y jurisdicciones internacionales, con la evolución del orden y el derecho internacional, con las presiones de la globalización económica, tecnológica y sociocultural? ¿Y cómo impacta en el modelo la irrupción de las nuevas tecnologías digitales, y en especial de la Inteligencia Artificial, que por un lado hacen posible técnicamente un acercamiento al ideal democrático deliberativo con el que no podíamos soñar hace apenas tres décadas, pero por el otro presentan importantes amenazas para la pervivencia de nuestros sistemas democráticos y constitucionales, además de que tienen el potencial de transformar la naturaleza y el funcionamiento del propio derecho?

Por supuesto, se trata sólo de algunas preguntas relevantes que nos provoca el inspirador y vanguardista trabajo de Ignacio Giuffré. Tratar, con detalle, sobre estas cuestiones, de todos modos, es una tarea que debemos dejar pendiente, para que siga alimentando nuestra conversación persistente, inacabada, abierta siempre. ■



R. Gargarella, Paris, Francia (2026)

Réplicas a mis comentaristas

por Ignacio Giuffré

Cerramos el simposio sobre Constitucionalismo Deliberativo.

23 de octubre de 2026

Introducción

Agradezco al equipo de **La Crítica del Derecho** la generosidad de alojar este simposio sobre mi libro *Constitucionalismo deliberativo* (2026), y a Aída Kemelmajer, Constanza Núñez, Gonzalo Scivoletto, José Luis Martí, Marcos de Armenteras, Roberto Gargarella, Tania Busch y Yanina Welp –colegas que admiro– por sus comentarios atentos, interesantes y amigables. Me emocionan y, como siempre, me ayudan a aclarar argumentos y abrir líneas de trabajo. Responderé a sus comentarios agrupándolos en seis temas: I) derechos; II) democracia; III) división de poderes; IV) constitucionalismo; V) control judicial; y VI) crisis contemporánea.

Derechos

Busch pide más detalle sobre la concepción de los derechos del constitucionalismo deliberativo. Coincido con ella en que los derechos son "artefactos"; por eso, el libro recurre a Habermas (2008) y Nino (1989), para quienes son creaciones "artificiales". No los concibo como "verdades autoevidentes" (Jefferson, 1776) ni como "naturales e inalienables" (Locke, 2014). De ahí que el libro critique las reminiscencias de esas concepciones en teorías contemporáneas que presentan los derechos como "esfera de lo indecidible" (Ferrajoli, 1995), "coto vedado" (Garzón Valdés, 2000) o "cartas de triunfo" (Dworkin, 2012) frente a las mayorías. Estas concepciones enfrentan, al menos, los siguientes problemas.

Primero, presentar los derechos como límites morales prepolíticos frente a las mayorías corre el riesgo de omitir aquello que quise advertir con las referencias a Habermas y Nino: la incorporación, reforma e interpretación de tales derechos son indisociables de la política, pues también dependen de luchas sociales, debates colectivos y decisiones mayoritarias, por ejemplo, de una asamblea constituyente, un congreso, un minipúblico, un referéndum o, incluso, un tribunal. Una vez establecidos, los derechos pueden limitar a determinadas mayorías, pero no quedan al margen de toda mayoría, sino que siempre quedan bajo el poder "de alguna" mayoría. En el constitucionalismo fuerte, bajo el poder de una corte, que también decide por mayoría. Por lo tanto, pese a la preocupación de estas concepciones de los derechos por las mayorías, no es la regla de la mayoría la que terminan limitando, sino las mayorías democráticas en el congreso y la sociedad. De ahí que Waldron (2006) plantee que la "dificultad" de esta posición no es "contramayoritaria" –como denunciaba Bickel (1962)–, sino "contrademocrática".

Segundo, pese a las preocupaciones por la justicia de quienes defienden estas miradas, estudios empíricos –como los analizados por King (2019) o Chilton y Versteeg (2020)– ponen en tela de juicio que el atrincheramiento de los derechos en constituciones supremas, con mecanismos de reforma rígidos y contramayoritarios, y control judicial fuerte, sea suficiente para garantizar su efectividad. En consecuencia, no puede darse por sentado –como lo ha hecho la teoría predominante– que el mejor modo de protegerlos exija transferir un poder extraordinario desde la sociedad y las instituciones representativas hacia los tribunales. La eficacia de los derechos depende también del modo en que organizamos –en términos de Waldron (2006)– la "estructura constitucional" relativa a la "autoridad", quién

decide, y los "procedimientos", cómo se decide, o –en términos de Gargarella (2014)– la "sala de máquinas de la Constitución".

Tercero, aun si esos mecanismos garantizaran una protección eficaz de los derechos, quedaría pendiente la cuestión de su legitimidad democrática. Los derechos son fundamentales, pero, dados los desacuerdos que tenemos sobre ellos, la legitimidad democrática de los procedimientos también importa. Como digo en los términos del republicanismo, "la cuestión no se reduce a que las decisiones que tome el amo sean justas, porque la mera existencia de un amo es injustificable en una democracia". Sustraer la definición de los derechos del control democrático genera alienación: esto es, que las decisiones políticas no puedan ser consideradas como propias por quienes nos vemos obligados por ellas –lo que agrava la crisis contemporánea que abordaré más adelante (VI). Por lo tanto, si bien los derechos pueden operar como límites a una institución determinada según cada contexto –como el poder legislativo o el poder de reforma constitucional–, es inadmisible en términos democráticos que no queden bajo el control último de la sociedad.

En suma, el carácter artificial y político de los derechos, los hallazgos empíricos citados y estas razones normativas exigen afrontar su dimensión institucional a partir de principios democráticos. Esta comprensión recoge la tesis de Habermas (2008) de la "cooriginalidad" entre derechos y democracia, en el sentido de que no son principios opuestos, sino que se presuponen mutuamente: los derechos hacen posible la democracia y, a la vez, encuentran en ella la vía para definir su contenido.

Desde esta perspectiva, si queremos tomar "los derechos en serio" –como reclamaba Dworkin (2012)–, lo mejor que podemos hacer, lejos de atrincherarlos mediante constituciones contrademocráticas, es reconocer a las víctimas de violaciones de derechos como participantes en las decisiones sobre el sentido, alcance y relaciones de prioridad de esos derechos. La lucha por los derechos debe ir en tándem con la lucha por la democracia, pues ella ofrece el mejor y más legítimo e imparcial foro para garantizar lo que Arendt (2006) denominó "el derecho a tener derechos".

Democracia

Kemelmajer y Núñez preguntan *quiénes* deben participar del manejo de los asuntos públicos, mientras que Welp pregunta *cómo* debe ser esa participación. Ambas preguntas me permiten precisar los dos componentes que, siguiendo a Habermas (2008), articulan mi concepción de la democracia: inclusión y diálogo.

El diálogo y la inclusión se justifican por razones *éticas* –la igual influencia política–, *epistémicas* –la posibilidad de incorporar información y aprender de otras perspectivas–, de *imparcialidad* –la igual consideración de los intereses de todos los afectados–, de *legitimidad* –la posibilidad de reconocer las decisiones como propias– y de *justicia* –la mayor probabilidad de adoptar decisiones justas.



La *inclusión* exige que la participación alcance, en pie de igualdad política, a todas las personas o grupos afectados. Este criterio recoge la preocupación de Kemelmajer por conversar con los destinatarios de las normas que luego deberán obedecer, incluyendo expertos y representantes políticos, pero sin quedar acotada a ellos. Por eso, el diálogo inclusivo que suscribo amplía el alcance de aquellas teorías limitadas al intercambio entre jueces de un mismo tribunal –intrajudicial–, entre tribunales –transjudicial– o entre instituciones –interinstitucional.

El *diálogo* exige que esa participación permita la formación y transformación de la opinión y la voluntad políticas mediante un proceso público y continuo de justificación. Welp advierte que una mayor inclusión no garantiza por sí sola la "protección de derechos", pues puede tener efectos positivos o negativos según el contexto. Coincido, por eso la inclusión que priorizo requiere oportunidades de dar y exigir razones, confrontar perspectivas e incidir en la adopción y revisión de las decisiones. El sufragio y el referéndum, en cambio, pueden ser ampliamente inclusivos, pero no aseguran por sí solos la deliberación.

El principio de todos los afectados permite responder a la pregunta de Núñez por los límites del *demos* nacional ante los problemas globales, sobre los que también alertan Gargarella y Martí –como los que plantea la regulación de empresas multinacionales que gestionan redes sociales, desarrollan inteligencia artificial o afectan al medioambiente. El desafío que plantean estos problemas es que el ámbito de quienes deben deliberar no coincide necesariamente con las fronteras del Estado cuyas instituciones deciden. A mi juicio, la falta de ciudadanía no basta para justificar la exclusión de personas o comunidades afectadas que deben contar con oportunidades de incidencia. Las asambleas ciudadanas de alcance transnacional podrían contribuir a ello. Otra innovación que he defendido (Levy, Giuffré, *et al.*, 2027) consiste en institucionalizar, mediante minipúblicos que incluyan a representantes de los grupos afectados, el deber de deliberar antes de iniciar o intensificar un conflicto armado.

Armenteras, por su parte, plantea un desafío al diálogo inclusivo: la necesidad de considerar a las generaciones futuras. Para incorporar una perspectiva de largo plazo y mitigar el cortoplacismo político, menciona instituciones como comisionados, defensorías (*ombuds*) de las generaciones futuras, órganos consultivos y mecanismos de representación de jóvenes. Advierte una potencial tensión entre los intereses de las generaciones futuras y el constitucionalismo deliberativo, pues incluso una decisión adoptada democráticamente puede afectar a quienes soportarán sus consecuencias en el porvenir sin haber podido participar en su adopción. Por eso, sugiere que debemos atender también a quiénes quedan fuera del proceso y a las consecuencias que tendría para ellos una decisión errónea. Si esas consecuencias son "irreversibles", la posibilidad "siempre abierta de revisar las decisiones", que propongo en el libro, puede resultar insuficiente.

Comparto la necesidad de atender a las generaciones futuras, pero de una forma democrática. Los desacuerdos que tenemos sobre nuestros intereses y prioridades también atraviesan nuestras interpretaciones de los suyos. Un *ombuds* que piense como Milei podría sostener que "el cambio climático es un invento del socialismo" y que, por tanto, lo mejor para las generaciones futuras sería promover su prosperidad económica a costa de degradar el medioambiente, en vez de imponer deberes de cuidado ambiental a las multinacionales. Esto no resta valor a las instituciones mencionadas por Armenteras, que pueden enriquecer el debate incluso cuando discrepemos de sus posiciones. Lo que quiero destacar es que conviene orientar esa protección a garantizar que cada generación pueda participar en el debate democrático y, retomando la idea de Jefferson (1816), darse su propia ley. Este criterio no es puramente procedimental: exige preservar las condiciones materiales que hacen posible esa autonomía –punto que profundizaré más adelante (V).

La pregunta de Welp por los "drivers del cambio institucional" permite precisar el alcance "reconstructivo" de mi concepción de la democracia deliberativa. Como planteo en el libro, la pregunta por la democracia es una cuestión de "fundamentación filosófica", pero también "práctica" y "contextual": es una demanda de transformación, diría *revolucionaria*, formulada por personas históricas insatisfechas con el modo en que se toman las decisiones a las que es-

tamos sometidos. De ahí que un sinnúmero de innovaciones democrático-deliberativas han tenido como origen una crisis de legitimidad. Como señala Welp y yo comparto, comprender qué impulsa esas innovaciones exige analizar el contexto y las relaciones de poder, pero matizaría que ello no sustituye la tarea normativa que emprendo en el libro: explicitar y justificar la distribución del poder y el modelo de toma de decisiones que consideramos deseable.

División de poderes

Los comentarios de Scivoletto y Núñez plantean, desde perspectivas distintas, objeciones convergentes: las exigencias de la democracia deliberativa no deben trasladarse de manera uniforme a las instituciones constitucionales. Esto permite precisar la división deliberativa de poderes que defiendo.

Scivoletto advierte sobre los "riesgos de maximización del constitucionalismo deliberativo": el traslado "sin mediaciones" de las exigencias de la democracia deliberativa a todas las instancias del sistema constitucional, hasta generar una "discursivización integral del Estado" que desdibuje las funciones específicas de cada institución. Su objeción se apoya en la distinción, formulada por Günther (1993) y retomada por Habermas (2008), entre dos tipos de discurso: los "de fundamentación", en los que debe examinarse la validez de las normas considerando los intereses de las personas potencialmente afectadas mediante el diálogo inclusivo; los "de aplicación", en los que debe determinarse cuál de las normas previamente justificadas resulta adecuada para resolver un caso mediante adjudicación judicial. Desde esta perspectiva, la imparcialidad de una sentencia no depende de reproducir un proceso deliberativo como el que legitima la ley, sino de que un tercero ajeno a la controversia determine la regla adecuada para resolverla.

La dificultad aparece porque el derecho no está hecho solo de "reglas" de contenido determinado respecto de las cuales solo cabe esperar su adjudicación judicial. El derecho también se plasma mediante "principios" –definidos como "mandatos de optimización" (Alexy, 2005) o caracterizados como "neutrales" (Ely, 1980) y "vacíos" (Atria, 2016)–, cuya generalidad y abstracción conceden una brecha interpretativa según el caso y la concepción de quien los interpreta. Pensemos en la libertad, la dignidad y la igualdad: coincidimos en establecerlas como derechos, pero al precisar su contenido en casos concretos surgen desacuerdos entre republicanos, conservadores, liberales y libertarios. Por lo tanto, precisar sus sentidos, alcances y relaciones de prioridad no puede reducirse a un discurso de aplicación reservado a los jueces, sino que también exige una fundamentación mediante deliberación democrática.

En esta línea, Zurn (2011) ha cuestionado la concepción habermasiana del control de constitucionalidad como un discurso de aplicación, por el riesgo de omitir los desacuerdos sobre los derechos y, correlativamente, la exigencia de deliberar con quienes resultan afectados por su interpretación. Moreso (2006) también ha cuestionado a Habermas en este punto, pues no es posible reconstruir de manera completa y anticipada las pautas que establecen derechos, de modo que la tarea de los tribunales pueda reducirse a una subsunción. Por lo tanto, si la aplicación del derecho también requiere precisar su contenido, la exigencia de diálogo inclusivo propia de la etapa de fundamentación de la ley no puede descartarse sin más en la etapa de su aplicación.

La distinción tajante entre fundamentación y aplicación atenta precisamente contra lo que Scivoletto reclama y yo defiendo en el libro: una reinterpretación deliberativa de la división de poderes. Según mi propuesta, precisar el contenido de los derechos debe ser una responsabilidad "compartida y colaborativa" entre las ramas de gobierno, en los términos de Kavanagh (2023), y en diálogo con la sociedad, conforme al modelo de "doble vía" de Habermas (2008). Sobre esta base, el libro se aparta de dos modelos. Por un lado, la separación estricta de poderes,

que asigna al legislativo la deliberación, al ejecutivo la ejecución y al judicial la aplicación de normas, como si cada poder ejerciera una única función y pudiera hacerlo de manera aislada. Por otro lado, el modelo de frenos y contrapesos, cuyo carácter agonista propicia mecanismos de ataque y defensa, como ocurre cuando la corte puede invalidar la legislación democrática sin vías razonables y accesibles de debate y reversión.

Esta discusión se vincula con la defensa de Núñez de los mecanismos del constitucionalismo fuerte como "complementarios", en vez de "sustitutivos", de los procesos democráticos, a partir de dos argumentos. Uno "sistémico", que recoge de Parkinson y Mansbridge (2012): una institución –como la corte– puede contribuir a la legitimidad del conjunto, aunque no satisfaga por sí sola todas las exigencias deliberativas. Otro "diacrónico", que recoge de Lafont (2020): dicha contribución debe evaluarse atendiendo a las interacciones entre las distintas instituciones del sistema y la sociedad a lo largo del tiempo; Kemelmajer comparte esta perspectiva en tanto considera que hablar de "última palabra" es inadecuado porque omite las transformaciones graduales que resultan de la intervención de distintos actores.

Comparto esta perspectiva por razones que sostengo en el libro. Primero, permite atender al conjunto de las instituciones, sus distintas configuraciones, sus grados de legitimidad y sus contribuciones y límites a la deliberación democrática. Segundo, ayuda a superar el debate binario entre constitucionalistas políticos y jurídicos sobre si el congreso o los tribunales son los mejores guardianes de los derechos –algo que me reconoce Kemelmajer. Tercero, permite comprender que la legitimidad no reside en una sola institución, sino que depende de los procesos de justificación entre las instituciones y la sociedad.

De ahí que una mirada sistémica y diacrónica de la democracia deliberativa no resulte necesariamente incompatible con algún mecanismo del constitucionalismo fuerte considerado aisladamente, como la supremacía constitucional, la rigidez constitucional o el control judicial fuerte. El control judicial, por ejemplo, puede promover la deliberación democrática en determinado contexto. Esa contribución, sin embargo, no habilita a que los tribunales determinen el sentido de la constitución al margen de la sociedad y del poder legislativo, ni a que las posibilidades de revisar su interpretación queden bloqueadas por procedimientos de reforma rígidos y contramayoritarios. La incompatibilidad se torna insalvable cuando todos esos mecanismos son de tipo fuerte y se combinan de modo que cierran las esclusas de la deliberación democrática.

Una evaluación sistémica y diacrónica debe atender, por tanto, a cómo se articulan esos mecanismos y qué posibilidades de contestación mantienen abiertas a lo largo del tiempo. Esto explica por qué considero conveniente analizar el "constitucionalismo fuerte" en su conjunto, en vez de limitar –como prefiere Kemelmajer– el análisis al control judicial "fuerte": este es solo uno de sus mecanismos y no debe evaluarse al margen de los demás. Irlanda, por ejemplo, combina un control judicial fuerte –que permite invalidar la legislación–, con un procedimiento de reforma constitucional relativamente flexible –que permite responder a las sentencias judiciales por esa vía.

Los ejemplos de Núñez permiten precisar una cuestión adicional: evaluar la contribución de una institución al sistema exige considerar tanto las oportunidades de diálogo inclusivo que abre como las que cierra. Ella destaca el papel de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que grupos excluidos puedan reclamar sus derechos, hacer oír sus voces y participar en el debate público. Comparto esta valoración. De hecho, el libro examina cómo la flexibilización de las reglas de legitimación procesal, los amicus curiae, las consultas judiciales a las comunidades indígenas y las audiencias públicas pueden incorporar voces de la sociedad a los procedimientos judiciales, y cómo algunas decisiones pueden promo-

ver el diálogo inclusivo –algo que también destaca Kemelmajer. Sin embargo, esto no basta para justificar que los tribunales conserven el poder de tomar decisiones sin vías razonables y accesibles para que la sociedad y las demás instituciones puedan debatirlas y revertirlas.

Con independencia de ello, estas prácticas muestran que la deliberación y la inclusión pueden y deben extenderse más allá del congreso –como sostuve al responder a Scivoletto. La diferenciación de funciones y la contribución de cada institución al sistema no justifican, por sí solas, eximir a los tribunales de esas exigencias. Tampoco exigirlas supone identificar la función judicial con la legislativa, pues los principios de la democracia deliberativa admiten una realización adaptada a las competencias y capacidades de cada institución. Entendidos como exigencias de *grado*, antes que de *todo o nada*, permiten atender a las "necesarias mediaciones" que planteaba Habermas y reclama Scivoletto.

La justificación del control judicial fuerte tampoco puede descansar en la contraposición que aparece en Núñez y Kemelmajer entre las "razones" y las "mayorías circunstanciales". Esta confianza en la razón judicial se remonta a la justificación de Hamilton (2010) del poder judicial como el "menos peligroso" porque ejercía "juicio", en vez de "voluntad". En sus formulaciones contemporáneas, esta defensa presenta a la corte como "ejemplar de la razón pública" (Rawls, 1995), "foro de los principios" (Dworkin, 2012), "representante argumentativo" de la sociedad (Alexy, 2005) o "autoridad suprema" (Lafont, 2020): una institución mejor posicionada para decidir sobre la base de razones antes que de números. Sin embargo, tanto los tribunales colegiados como los parlamentos deciden por mayorías y deben deliberar y justificar sus decisiones mediante razones. Las mayorías judiciales también son contingentes, tanto por su composición como por las interpretaciones que sostienen.

Una evaluación sistémica exige comparar a las instituciones en un mismo plano –ideal o real–, atendiendo a cómo escuchan, argumentan y deciden, así como a sus relaciones con las demás instituciones y la sociedad. Comparar las deficiencias de un congreso real con una imagen idealizada de una corte supondría incurrir en la *falacia del nirvana*; lo mismo ocurriría a la inversa. De hecho, el ámbito judicial también puede presentar limitaciones para la deliberación sobre derechos, tanto por sus características institucionales –como la deliberación a puerta cerrada o la debilidad de sus mecanismos de rendición de cuentas–, así como por las restricciones procesales, que encorsetan la discusión en formalismos y tecnicismos y dejan fuera cuestiones morales, razones públicas y voces relevantes.

Constitucionalismo

Gargarella y Martí preguntan qué incentivos institucionales ofrece el constitucionalismo predominante para que el diálogo inclusivo se convierta en una práctica estable. Su preocupación se dirige especialmente a los jueces –surgidos de las élites de poder más cerradas– y se extiende a las demás instituciones, a la formación de los actores políticos y sociales, y al modo en que conciben su papel en esa práctica.

Esta inquietud atañe a una de mis tesis centrales: las experiencias dialógicas episódicas dentro de sistemas constitucionales fuertes no bastan para confiar en que los tribunales promoverán de manera sostenida el diálogo inclusivo ni para justificar la supremacía judicial. Por eso, abordo, por un lado, los incentivos del constitucionalismo fuerte y débil para que el diálogo pueda activarse y canalizarse; por otro, la cultura constitucional de quienes participan en él. Dado que los jueces no siempre tienen una inclinación espontánea hacia el diálogo inclusivo, resulta indispensable examinar qué diseños institucionales pueden impulsarlos hacia él. Sin embargo, ningún diseño institucional garantiza por sí solo una práctica determinada; por eso, también es importante atender a la cultura constitucional de cada contexto. Este doble análisis busca hacerse cargo del "problema motivacional" planteado tempranamente por Madison (2010):

cómo articular "los móviles personales" con los "medios constitucionales".

En cuanto al marco institucional, el constitucionalismo fuerte ofrece pocos incentivos y canales para el diálogo continuo entre las ramas de gobierno y la sociedad. Este modelo, como advierte Tushnet (2008), "hace que el diálogo dependa de las decisiones personales de los jueces individuales en cuanto a su comprensión de su rol". Las posibilidades de debatir y revertir las decisiones judiciales quedan generalmente relegadas a alternativas "a largo plazo" (ídem) y extremadamente difíciles: volver a judicializar la cuestión tras cambios en la composición del tribunal –por jubilación o remoción de sus integrantes–, promover una enmienda constitucional o acudir a una jurisdicción internacional. Pese a los intentos de muchos, estas restricciones hacen difícil la justificación del constitucionalismo fuerte si tenemos un compromiso con una democracia deliberativa.

El problema de los incentivos institucionales del constitucionalismo fuerte también atañe a las demás ramas de gobierno. La primacía judicial desincentiva que los poderes legislativo y ejecutivo se tomen en serio la interpretación y protección de los derechos, pues saben que la interpretación final queda en manos de los tribunales. Esto refuerza una cultura juriscéntrica y juristocrática que concentra en los tribunales esa responsabilidad. Kemelmajer describe adecuadamente esa centralidad mediante la famosa frase de Hughes (1908): "Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es". El punto es que vivir en una democracia exige que la interpretación de la Constitución no sea monopolio judicial.

De ahí el atractivo del constitucionalismo débil, que hace de la posibilidad de diálogo una característica de su diseño (Tushnet, 2008). Proporciona mecanismos dialógicos que otras instituciones pueden activar sin depender de la voluntad de los jueces ni de cómo conciban su función. Concretamente, este modelo incorpora "controles políticos" –no judiciales– de compatibilidad de la legislación con los derechos en distintos momentos. La revisión previa de los proyectos de ley compromete al ejecutivo con su justificación y al parlamento con el examen de las razones ofrecidas por el ejecutivo y por sus propios integrantes. En sistemas como el Reino Unido y Australia –a nivel subnacional–, el parlamento cuenta para esa tarea con comités de derechos humanos. Una vez sancionada la ley, los tribunales pueden evaluar su compatibilidad con la carta de derechos: en Canadá pueden invalidarla, mientras que en el Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia pueden declarar su incompatibilidad sin privarla de vigencia. Tras el pronunciamiento judicial, se abre una instancia de control político posterior. En los sistemas que prevén declaraciones de incompatibilidad, el gobierno debe responder ante el parlamento y justificar su posición. El parlamento canadiense puede aprobar una nueva ley que atienda a todas o a algunas de las objeciones judiciales o que, respecto de determinados derechos, reafirme la opción legislativa originaria pese a ellas. En los demás sistemas, el parlamento puede reformar –en todo o en parte– o mantener la legislación vigente, considerando la respuesta del gobierno y la decisión judicial. Estas instancias, en definitiva, favorecen el debate político sobre la protección de los derechos y permiten a la sociedad evaluar en las elecciones el desempeño del gobierno y el parlamento en relación con la carta de derechos y la decisión judicial.

La distinción de Scivoletto entre la "última palabra" en sentido "normativo y epistémico" y en sentido "institucional" me parece clarificadora. En el primer plano coincidimos: ninguna interpretación debe quedar inmunizada frente a nuevos argumentos. En el segundo, comparto la necesidad de resolver controversias mediante decisiones vinculantes mientras persisten los desacuerdos, pero, en respuesta a su preocupación, considero que el modelo débil permite hacerlo sin clausurar la discusión ni paralizar el funcionamiento institucional. Las decisiones tienen los efectos previstos en cada sistema y el parla-

mento –porque es la rama democrática– conserva vías para responder a las resoluciones judiciales, sin estar obligado a hacerlo. Así, la autoridad para resolver una controversia concreta no supone una autoridad definitiva ni definida de antemano.

Ahora bien, como sostengo en el libro, las respuestas legislativas o constitucionales a las decisiones judiciales amplían las posibilidades de diálogo, pero no agotan el imperativo de inclusión dialógica. De ahí la importancia, por ejemplo, de las iniciativas populares de reforma legal o constitucional, las audiencias públicas, las consultas a los grupos interesados, los presupuestos participativos y, en particular, de una de las innovaciones democráticas más populares de nuestro tiempo: las asambleas de ciudadanos sorteados. El diseño ellas debe atender a la preocupación de Gargarella y Martí por una inclusión que no deje a nadie fuera, especialmente a quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. En esta línea, creo, con Lafont (2020), que las asambleas ciudadanas pueden cumplir una función democrática importante, siempre que la "microdeliberación" no se convierta en un "atajo" que eluda la "macrodeliberación"; quienes no integran esas asambleas deben contar con vías para debatir y rebatir sus decisiones, sin quedar sujetos a una "deferencia ciega".

En cuanto a la cultura constitucional, el libro insiste en que limitar la propuesta del constitucionalismo deliberativo a una reforma o al análisis comparado de instituciones sería una simplificación: sistemas institucionales idénticos o similares pueden funcionar de maneras muy distintas en contextos diversos. En este sentido, coincido con Welp en la necesidad de atender a la cultura y a las relaciones de poder de cada contexto. Por eso, los canales de diálogo que ofrece el constitucionalismo débil deben acompañarse de una cultura constitucional que favorezca su ejercicio. Para orientar esa práctica, propongo un criterio normativo de toma de decisiones basado en la reciprocidad: combina el "activismo deliberativo" –que requiere promover el diálogo inclusivo en busca de los argumentos de mayor peso– con la "deferencia deliberativa" –que requiere ceder ante quienes ofrecen argumentos de peso surgidos del diálogo inclusivo.

Discrepo de Welp, sin embargo, de que mi propuesta relegue la agencia al concentrarse en el diseño institucional. De hecho, el punto de partida del libro es que, al vaciar de contenido la democracia y limitar la agencia política de la sociedad, la primacía judicial propia del constitucionalismo fuerte incentiva la judicialización de la política: la obtención por vía judicial de lo que no podemos obtener mediante la deliberación democrática. Precisamente porque me preocupa esta forma de dominación, propongo transformar las instituciones para asegurar igual capacidad de agencia política.

Control judicial

Busch destaca que mi propuesta sobre el control judicial trasciende el eje tradicional de activismo y deferencia, centrado en el contenido de las decisiones, para evaluar también la contribución de los tribunales al diálogo democrático: no solo "qué" se decide, sino también "quién" decide y "cómo". Sin embargo, considera sustantiva la evaluación de cuándo un proceso ha sido suficientemente dialógico e inclusivo. Añade que, ante los desacuerdos sobre esa evaluación, mi propuesta de deferir a la institución con mejor desempeño deliberativo nos devuelve al punto de partida, pues no tendríamos criterios concretos para medirlo.

El contenido de las decisiones es fundamental, pero también importa su proceso de formación. En el libro cuestiono la tendencia de la jurisdicción constitucional a concentrarse en el primero y tratar la evaluación del segundo como, en palabras de Kavanagh (2023), "un territorio prohibido". Esta restricción se ha justificado apelando a las cuestiones políticas no justiciables, la autonomía de las ramas políticas y la separación de poderes; también se ha apoyado en una concepción limitada de la democracia que omite la

importancia de la justificación pública para la legitimidad de las decisiones.

Por eso propongo un control judicial que combine la evaluación del contenido de las normas con la de su proceso de formación. Coincido con Busch en que los criterios de inclusión y diálogo tienen un fundamento sustantivo: el procedimiento democrático exige que todas las personas tengan igual injerencia en las decisiones políticas. Pero reconocer ese principio sustantivo no elimina la distinción entre evaluar qué se decidió y examinar quiénes participaron y cómo se decidió.

Que existan desacuerdos sobre la calidad de un procedimiento tampoco significa que carezcamos de criterios para evaluarla. Podemos examinar si la decisión fue analizada en detalle, si las perspectivas de los expertos y sectores afectados fueron consideradas, si se contó con información suficiente, si las objeciones fueron tenidas en cuenta y si la decisión recibió una justificación razonada. Por ejemplo, frente a la Ley Bases argentina, que transformó mediante una sola norma ómnibus un sinnúmero de aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico, la Corte podría cuestionarla por razones procedimentales sin resolver por sí sola su contenido –sobre el cual hay desacuerdos y cuya definición corresponde, por razones de legitimidad, a la deliberación democrática. Contamos con sentencias que respaldan este modo de proceder en el derecho comparado, como "Animal Defenders" y "Hirst" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como "Doctors for Life" del Tribunal Constitucional de Sudáfrica. Como sugiero en el libro, cuando resulte difícil determinar si el procedimiento fue suficientemente dialógico e inclusivo, corresponde la deferencia judicial. Además, como señalé (IV), tampoco sostengo que estas decisiones deban tener carácter final.

Armenteras pregunta con qué legitimidad puede un tribunal desplazar o condicionar decisiones adoptadas por una comunidad política mediante sus propios procedimientos democráticos. La dificultad de sostener "un diálogo inclusivo siempre abierto", como el que sugiero, se agudiza ante la necesidad de tomar medidas urgentes y la posibilidad de daños ambientales irreversibles. Señala que el acceso a la información, la participación pública y la justicia ambiental ofrecen mecanismos deliberativos, pero la revisión posterior de una decisión puede llegar demasiado tarde para evitar sus consecuencias. Estas circunstancias parecen reforzar la necesidad de protección judicial, pero, paradójicamente, intensificar el problema de su legitimidad democrática.

Comparto que la revisión de una decisión no permite necesariamente revertir sus consecuencias. Precisamente por eso, el control judicial que propongo evalúa tanto la calidad del proceso como la compatibilidad de su resultado con los derechos y las condiciones materiales del diálogo inclusivo. Las decisiones económicas o ambientales pueden, por tanto, impugnarse desde los mismos principios del constitucionalismo deliberativo cuando socavan las condiciones que hacen posibles los procedimientos democráticos, aun si han sido adoptadas mediante ellos.

En cuanto a la urgencia, diría que los gobernantes suelen invocarla abusivamente como excusa para "tomar atajos" que eluden "el arduo camino de persuadir las mentes y los corazones de nuestros conciudadanos" (Lafont, 2020). Sin embargo, atenderla no exige clausurar el diálogo ni desplazar la responsabilidad política. Las asambleas ciudadanas sobre cambio climático ofrecen un ejemplo de una vía para deliberar sobre problemas apremiantes. Otro ejemplo es el caso "Mendoza" de la Corte argentina, que ilustra que es posible abordar cuestiones ambientales delicadas y urgentes mediante deliberación e inclusión: el tribunal exigió a las autoridades un plan de saneamiento, lo sometió a audiencias públicas y ordenó su ejecución con plazos y mecanismos de seguimiento y participación ciudadana. Como señalé en la respuesta a Scivoletto, la adopción de una decisión necesaria o urgente y con efectos vinculantes no impide que las esclusas de diálogo y revisión continúen abiertas.

Por otro lado, Scivoletto admite que el control judicial del proceso de elaboración de las normas que defiendo es coherente con las premisas de mi teoría, pero advierte que la revisión de las "precondiciones materiales y culturales" del diálogo –la "desigualdad estructural, marginación, concentración de la riqueza, dominación, y dificultades para informarse y expresarse"– puede abrir un "abismal margen de discrecionalidad judicial". Pregunta, entonces, qué nexo debe existir entre la desigualdad estructural y la distorsión del procedimiento deliberativo, y qué remedios pueden adoptarse sin sustituir al congreso o la administración. La revisión sustantiva de esas "precondiciones", como dije, se justifica por los mismos principios que sustentan el procedimiento democrático. Por eso, los tribunales deben justificar sus intervenciones explicando cómo las condiciones materiales afectan, en el caso, las posibilidades efectivas de informarse, expresarse y participar en igualdad, y por qué los remedios elegidos contribuyen a superar esos obstáculos.

En cuanto al alcance de esas intervenciones, discrepo de Kemelmajer cuando afirma que "el juez dice la última palabra sin tener que dialogar con otros" porque "justamente, fueron convocados antes y fracasaron". En el libro destaco casos en los que, ante esas fallas, los tribunales han asumido un rol activo en la protección de los derechos y han exigido a las autoridades responsables reconsiderar las cuestiones controvertidas bajo condiciones de transparencia, inclusión, diálogo y justificación razonada –como "Grootboom" y "Olivia Road" del Tribunal Constitucional de Sudáfrica o "Verbitsky" de la Corte argentina. Estos precedentes muestran que pronunciarse sobre cuestiones sustantivas no exige asumir de antemano la autoridad final para resolverlas.

Cuando las autoridades incumplen esos requerimientos, los tribunales pueden adoptar decisiones más fuertes en nuevas rondas procesales. Así ocurrió, por ejemplo, en "Badaro": la Corte argentina reclamó a los poderes políticos que garantizaran la movilidad jubilatoria en línea con la Constitución y, ante la insuficiencia de la respuesta, dictó una segunda sentencia en la que fijó el criterio de reajuste de los haberes del demandante y ordenó el pago correspondiente. En este sentido, coincido con la propuesta de Dixon (2023) de combinar razonamientos y remedios judiciales de distinta intensidad según las circunstancias de cada caso, tales como la disfunción democrática en juego, la legitimidad y la capacidad de intervención de la corte y sus riesgos.

Crisis contemporánea

Gargarella y Martí preguntan por las posibilidades del diálogo inclusivo en "democracias frágiles", marcadas por la desigualdad y la influencia de intereses corporativos. Welp añade que esa desigualdad explica y retroalimenta el "modelo constitucional opaco, ciego a la vista del público"; también llama la atención sobre el déficit de legitimidad del poder último de las cortes para decidir asuntos fundamentales en condiciones de "aislamiento", bajo un halo de "despolitización" en contextos cada vez más polarizados y ante líderes con agendas antiderechos. Armenteras advierte sobre las dificultades de abordar los problemas ambientales mediante mecanismos democráticos en contextos de corrupción y erosión institucional. Busch se pregunta qué puede ofrecer el constitucionalismo débil frente a una erosión "iliberal" que el fuerte no logra contener; advierte, además, que este último contribuye al desgaste democrático al obstaculizar el empoderamiento comunicativo.

Estas preocupaciones reflejan un diagnóstico generalizado en la literatura: las democracias constitucionales atraviesan una crisis que suele avanzar mediante un deterioro interno y gradual, antes que mediante rupturas abruptas como los golpes de Estado del pasado. Sin embargo, el acuerdo sobre el diagnóstico no se extiende a las causas ni a los remedios. Algunos trabajos insisten con robustecer el constitucionalismo –mediante un control judicial fuerte o pro-

cedimientos de reforma más rígidos–, mientras que otros proponemos robustecer la democracia –mediante un control judicial débil o asambleas ciudadanas. Entre los primeros, Núñez defiende que, en contextos de "regresión autoritaria", los mecanismos fuertes podrían justificarse como instrumentos "transicionales" para garantizar la deliberación democrática; desde esa perspectiva, cuestiona mi defensa del constitucionalismo débil.

Frente a estas propuestas, haría dos precisiones. Por un lado, mi defensa del constitucionalismo débil no es incondicional: en circunstancias excepcionales pueden justificarse mecanismos fuertes. Pero esa justificación no los convierte en ideales. Siguiendo a Waldron (2006), sostengo que su defensa debería formularse con "vergüenza" respecto de las circunstancias que la motivan, en vez de presentarlos como "el epítome del respeto de los derechos y como un elemento normal y normativamente deseable de la democracia constitucional moderna".

Por otro lado, considero necesario examinar en qué medida el constitucionalismo fuerte contribuye a la crisis que pretendemos resolver. Muchas de las democracias hoy erosionadas ya contaban con mecanismos fuertes: reforzarlos no puede justificarse idealizando el *statu quo ante* y presuponiendo que el diseño anterior era deseable o funcionaba adecuadamente. A mi juicio, las restricciones que ese modelo impone al diálogo inclusivo forman parte del problema. Mi discrepancia con estas propuestas no reside, por tanto, en la posibilidad de admitir mecanismos fuertes en circunstancias excepcionales, sino en las razones que justifican recurrir a ellos y en sus costos para la democracia.

De ahí que coincida con Loughlin (2022) en que, frente a la crisis contemporánea, "reforzar los mecanismos institucionales del constitucionalismo [fuerte]" puede representar, más que un "remedio", una "intensificación" del problema original. Mi respuesta, sin embargo, es distinta: tornar más democrático y deliberativo el constitucionalismo. Como planteo en el libro, el gobierno debe orientarse a garantizar el empoderamiento comunicativo de la sociedad y la ausencia de dominación.

A modo de conclusión, mis concepciones de la democracia y los derechos sustentan otra de las tesis centrales del libro, especialmente relevante ante la crisis contemporánea de la democracia constitucional: el diálogo inclusivo permite proteger los derechos con mayor legitimidad e imparcialidad y ofrece mayores probabilidades de hacerlo mejor. Así, concibo los derechos como (condición y resultado de la) deliberación democrática.

Bibliografía

Robert ALEXY, 2005: Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3, 4. 572-581.

Hannah ARENDT, 2006: *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.

Fernando ATRIA, 2016: *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Alexander BICKEL, 1962: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis*, New York: Bobbs-Merrill.

Adam CHILTON y Mila VERSTEEG, 2020: *How Constitutional Rights Matter*. Oxford: Oxford University Press.

Rosalind DIXON, 2023: *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*. Oxford: Oxford University Press.

Ronald DWORKIN, 2012: *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

John Hart ELY, 1980: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.

Luigi FERRAJOLI, 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Roberto GARGARELLA, 2014: *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.

Ernesto GARZÓN VALDÉS, 2000: El consenso democrático: fundamento y límites del papel de

las minorías. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 12. 7-34.

Ignacio GIUFFRÉ, 2026: *Constitucionalismo deliberativo. Objeciones a la jurisdicción constitucional y democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.

Klaus GÜNTHER, 1993: *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*. Albany: State University of New York Press.

Jürgen HABERMAS, 2008: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (4ª ed.). Madrid: Trotta.

Alexander HAMILTON, 2010: El Federalista n.º 78. En: Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, 2010: *El Federalista* (2ª ed.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Charles Evans HUGHES, 1908: *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes*, Governor of New York, 1906-1908. New York, London: G. P. Putnam's Sons.

Thomas JEFFERSON, 1776: *The Declaration of Independence as Adopted by Congress*, 11 June–4 July 1776. Founders Online. Disponible en: https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0176-0006 (octubre de 2026).

Thomas JEFFERSON, 1816: *Thomas Jefferson to "Henry Tompkinson" (Samuel Kercheval)*, 12 July 1816. Founders Online. Disponible en: https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-10-02-0128-0002 (octubre de 2026).

Aileen KAVANAGH, 2023: *The Collaborative Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jeff KING, 2019: The Democratic Case for a Written Constitution. *Current Legal Problems*, 72, 1. 1-36.

Cristina LAFONT, 2020: *Democracy Without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press.

Ron LEVY, Ignacio GIUFFRÉ, *et al.*, 2027: The Duty to Deliberate Before Armed Conflict. En: Levy, Ron, McCulloch, Allison and O'Flynn, Ian (Eds.): *Deliberative Peacemaking*. Oxford: Oxford University Press, forthcoming.

John LOCKE, 2014: *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza Editorial.

Martin LOUGHLIN, 2022: *Against Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press.

James MADISON, 2010: El Federalista n.º 51. En: Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY: *El Federalista* (2ª ed.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

José Juan MORESO, 2006: Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales. *Revista Direito GV*, 2, 2. 13-30.

Carlos Santiago NINO, 1989: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (2ª ed. ampl. y rev.). Buenos Aires: Astrea.

John PARKINSON y Jane MANSBRIDGE (Eds.), 2012: *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale*. Cambridge: Cambridge University Press.

John RAWLS, 1995: *Liberalismo político*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Mark TUSHNET, 2008: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.

Jeremy WALDRON, 2006: The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115. 1346-1406.

Christopher ZURN, 2011: A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review. 1-22. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=1845872 (octubre de 2026). ■

La Crítica del Derecho

Año 2, Vol. 10 — octubre de 2026

En este número: Agustin Colque, Alberto Binder, Alejandro Calzetta, Aída Kemelmajer de Carlucci, Constanza Núñez Donald, Déborah González Area, Emiliano Vitaliani, Federico Orlando, Gabriel Bouzat, Gonzalo Scivoletto, Gustavo Arballo, Ignacio Giuffré, José Luis Martí, Juan Jesús Garza Onofre, Laura Clérico, Marcos de Armenteras Cabot, Martín Farrell, María Florencia Saulino, Nahuel Maisley, Pedro Caminos, Quimey Báez Sevilla, Ramiro Álvarez Ugarte, Raúl Gustavo Ferreyra, Redacción, Roberto Gargarella, Sebastián Guidi, Tania Busch Venthur, Virgílio Afonso da Silva, Wallace Corbo, Yanina Welp.

Editores: Agustina Ramon Michel · Gustavo Arballo · Gustavo Maurino · María Victoria Ricciardi · Mariela Puga · Nahuel Maisley · Ramiro Álvarez Ugarte · Roberto Gargarella · Sebastián Guidi.

WWW.LACRITICA.AR