LA FALSA DICOTOMÍA ENTRE GARANTISMO Y ACTIVISMO JUDICIAL *

Diego J. Duquelsky Gómez

Universidad de Buenos Aires
Universidad Nacional de José C. Paz
dduquelsky@yahoo.com

RESUMEN. El surgimiento de diversas corrientes post-positivistas, particularmente aquellas denominadas neo-constitucionalistas, han puesto en el centro de la escena iusfilosófica la supuesta tensión entre el respeto de las garantías constitucionales y el activismo judicial. El presente trabajo intenta mostrar cómo —particularmente en el ámbito de los países de América Latina— no solo se trata de una falsa dicotomía, sino que en muchos casos solo es posible garantizar la protección de los derechos fundamentales —en especial los económicos, sociales y culturales— mediante prácticas judiciales proactivas.

Palabras clave: Activismo judicial, garantismo constitucional, Ferrajoli, legitimidad democrática, derechos económicos, sociales y culturales, teorías críticas del derecho.

The False Dichotomy between Guarantee-Constitutionalism and Judicial Activism

ABSTRACT: The emergence of different post-positivist theories of law, particularly those called neo-constitutionalists, have placed at the center of the philosophical scene the alleged tension between respect for constitutional guarantees and judicial activism. This paper tries to show how, particularly in the Latin American countries, it is not only a false dichotomy, but in many cases those proactive judicial practices are the only possible way to guarantee the protection of fundamental rights —especially economic, social and political rights—.

Keywords: judicial activism, guarantee-constitutionalism, Ferrajoli, democratic legitimacy, economic, social and cultural rigths, critical legal studies.

* Fecha de recepción: 14 de julio de 2017. Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2018.

DOI: 10.14198/DOXA2018.41.10

1. PRESENTACIÓN

No deja de llamar la atención a quienes nos hemos formado en la tradición de las corrientes críticas iberoamericanas, que uno de los ejes centrales del debate iusfilosófico en los países de tradición continental-europea pase hoy en torno a la supuesta oposición activismo/garantismo: una discusión íntimamente ligada a la función judicial y que en el mundo anglosajón —aunque con importantes matices— tiene larga data, ya que por las características del propio sistema del *common law,* otra ha sido históricamente la relación entre la ley y la jurisprudencia[1].

En este trabajo trataremos de mostrar cómo, por el contrario, no solo se trata de una falsa dicotomía sino que —al menos en países como Argentina, Brasil y otros de América Latina— activismo y garantismo son las dos caras de un mismo modelo de juez comprometido con los derechos fundamentales.

Para ello, en primer término repasaremos brevemente el «clima» teórico de surgimiento de la polémica, a partir del auge de teorías post-positivistas.

Luego, señalaremos los rasgos principales de los movimientos judiciales que forman parte de las corrientes críticas, su nexo con algunas de las tesis que en su momento sostuvo Luigi FERRAJOLI y el marco histórico político en que se han desenvuelto.

También deberemos efectuar algunas precisiones terminológicas, ya que la expresión activismo judicial no solo tiene distintos significados según las diversas tradiciones o culturas jurídicas y ha ido modificando tanto su sentido como su carga emotiva.

Finalmente, trataremos de proponer un modelo de activismo judicial garantista como práctica emancipatoria.

2. CRISIS DEL POSITIVISMO NORMATIVISTA

Durante los últimos treinta o cuarenta años, desde distintas ópticas, con variados argumentos, por diversas razones y con desigual éxito han surgido fuertes —aunque heterogéneas— corrientes que buscan superar los límites del positivismo jurídico. Ronald DWORKIN, Jürgen HABERMAS, Robert ALEXY, Carlos NINO, Manuel ATIENZA, Luigi FERRAJOLI y Gustavo ZAGREBELSKY son solo algunos de los nombres que forman parte de la nómina de autores que comparten esa perspectiva que podríamos llamar «no positivista» o al menos «no positivista tradicional»[2]. A ellos cabe agregar a una corriente bastante difundida en los últimos tiempos, el llamado «positivismo incluyente»

[1] Puede encontrarse un importante número de trabajos que dan cuenta del estado de la discusión en el ámbito académico español e italiano en el núm. 34 de la revista *Doxa,* publicada en Alicante en 2011, donde entre otros escriben Luigi FERRAJOLI, Manuel ATIENZA, Alfonzo RUIZ MANERO y Juan José MORESO. Ninguno de ellos, desde ya, fuera de los cánones eurocéntricos y modernos.

[2] No es fácil rotular a estos autores en términos «positivos» y mucho menos con las «etiquetas» tradicionales. Es frecuente escuchar a los «viejos positivistas» afirmando cosas tales como que «NINO se volvió iusnaturalista», cuando él se definía a sí mismo como «positivista metodológico». FERRAJOLI, por su parte, se auto proclama «positivista crítico» y muchos iusnaturalistas declarados se muestran admiradores de ALEXY o DWORKIN.

cuyo rasgo central «consiste en un intento de hacer compatibles los principios jurídicos y la incorporación de valores al derecho con el positivismo jurídico» (ETCHEVERRY, 2006: 8).

Si tuviéramos que señalar los rasgos en común que presentan los autores precitados —con todas las prevenciones del caso— podríamos decir que todos ellos coinciden en algunos puntos tanto descriptivos como valorativos o justificativos del fenómeno jurídico.

En primer lugar, aunque cada uno a su modo, todos reconocen el cambio de paradigma que ha operado en los niveles más altos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos —al menos en los países centrales— a partir de la consolidación del modelo del «Estado Constitucional de Derecho».

Las constituciones han dejado de ser un simple instrumento para la asignación de competencias ejecutivas, legislativas o judiciales y se han convertido en el vehículo por el que valores y principios se incorporan a los sistemas jurídicos.

He aquí otro rasgo relevante. A partir de asignar verdadero carácter normativo a los textos constitucionales, junto a los mecanismos formales para la creación de normas, cobran relevancia los aspectos sustanciales o materiales.

Así, por ejemplo, para superar las aporías a las que se enfrentan las teorías tradicionales en torno a la validez, FERRAJOLI propone distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: i) la «vigencia» o «existencia», que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación, y ii) la «validez» propiamente dicha que, por el contrario, tiene que ver con los aspectos sustanciales sobre su formación, su significado o contenido (FERRAJOLI, 1995: 878-880).

Por otra parte, la incorporación de principios altera la concepción positivista tradicional de que el derecho es simplemente un conjunto o un sistema de normas.

En ese sentido es ilustrativa la ya clásica crítica de DWORKIN a la teoría de las reglas de HART. El eje de su propuesta consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado solo por normas sino también por directrices y principios (DWORKIN, 1993: 61-101).

Otra característica compartida —siempre con matices, por supuesto— tiene que ver con el rechazo del emotivismo ético. Ninguno de los autores enumerados rechaza por completo la posibilidad de reflexionar e incluso fundar racionalmente juicios morales[3].

Lo interesante es que el proceso de incorporación de los derechos fundamentales a los niveles más altos de los ordenamientos diluye en buena medida los alcances prácticos de la disyuntiva derecho natural/derecho positivo (CÁRCOVA, 1996a: 151-185).

Más allá de su origen o fundamento, de lo que se trata es de hacer efectivas conquistas históricas que en la mayoría de los casos si bien están consagradas, no se aplican.

---

[3] Insistimos en que más allá de las similitudes señaladas existan profundas diferencias, como las destacadas por FERRAJOLI entre constitucionalistas «principialistas» (como ATIENZA, NINO, DWORKIN entre otros) y «garantistas», como él mismo (FERRAJOLI, 2011: 15-53).

El positivismo normativista, con su total indiferencia a los aspectos materiales del derecho y la asunción en mayor o menor medida de la discrecionalidad judicial, representa un doble riesgo, sequía de legitimidad y desborde de decisionismo (CÁRCOVA, 1996b: 133-149).

Por ello, el siguiente de los criterios compartidos al que me interesa referirme tiene que ver con la protección brindada por los principios, que servirán al mismo tiempo como fuente de legitimación, criterio de interpretación y resguardo de los derechos fundamentales.

Como podrá advertirse, estas reformulaciones sobre el concepto mismo de derecho impactarán en forma directa no solo en la visión sobre el papel del juez, sino también en el de la ciencia jurídica. Resulta interesante advertir, por ejemplo, cómo autores de tradiciones intelectuales tan diversas como ZAGREBELSKY (1999: 131-132) y DWORKIN coinciden en destacar el carácter práctico tanto de la interpretación como de la ciencia jurídica y —con sus matices— en rechazar la distinción descripción/justificación.

Ahora bien, la crisis del legalismo normativista y el surgimiento de esta larga lista de teorías «no positivistas» —muchas además constitutivas o al menos íntimamente ligadas al llamado «neoconstitucionalismo»—, han generado una doble preocupación: en un sentido, que ante la falta de límites derivada de la vaguedad propia de la incorporación de principios, y la consecuente ampliación del poder de los jueces, se pongan en riesgo garantías constitucionales de los ciudadanos. En otra línea, que el mayor poder asumido por los jueces derive en un detrimento de la voluntad popular expresada a través de la representación legislativa.

3. PENSAMIENTO JURÍDICO CRÍTICO Y MOVIMIENTOS JUDICIALES

La visión que sostienen las teorías críticas sobre la cuestión hermenéutica y la actividad judicial va a estar íntimamente ligada a su caracterización del derecho que, en palabras de Carlos CÁRCOVA puede ser entendido:

> como una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social, en una formación histórica determinada. Esa práctica es de naturaleza discursiva, en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, como proceso social de producción de sentidos (CÁRCOVA, 2001: 30).

El discurso al que nos estamos refiriendo, abarca tanto el de la ciencia del derecho, como el de las autoridades y los súbditos. Lo que los magistrados establecen, lo que los legisladores sancionan, lo que los abogados argumentan, lo que los litigantes declaran. Y no queda en las palabras. Esta práctica representativa incluye actos, gestos, ritos, creencias, mitos y ficciones.

Por eso no ha de extrañarnos que algunas de las expresiones del pensamiento jurídico crítico no hayan surgido desde el mundo académico sino como reacciones del propio ámbito judicial. Tal fue el caso, por ejemplo, del movimiento del *«uso alternativo del diritto»*.

A inicios de los años setenta, en Italia, a partir de las ideas divulgadas por un conjunto de jueces agrupados en Magistratura Democrática, comienza a teorizarse el

carácter político de la actividad del jurista, al tiempo que se reafirma la politicidad del derecho (COSTA, 1990: 161-204).

Entre los prestigiosos integrantes de este movimiento se destacan autores como Pietro BARCELLONA, Luigi FERRAJOLI, Giusepe COTURRI, Salvatore SENESE, Vincenzo ACCATTATIS, Domenico PULITANO, Francesco MISIANI, etc. A pesar de sus particularidades, dichos autores coinciden en constatar que el sistema jurídico no es un conjunto compacto de normas, sino una entidad discontinua y llena de grietas. La tarea que consiste en la determinación y constitución de sentidos ya no será, entonces, considerada técnica sino axiológica, valorativa, teleológica. De allí que pueda cumplirse con la finalidad de preservar el *status quo* existente, o en cambio, con la intención de favorecer los intereses de las clases subordinadas, de facilitar la ampliación de la ciudadanía, de luchar contra la explotación.

Aunque —sobre todo a partir de la publicación de *Principia Iuris*— queda claro que FERRAJOLI ha cambiado su posición y ha adoptado una postura muy crítica y restrictiva sobre el poder dispositivo de los jueces, pensamos que vale la pena recordar las palabras con que el teórico de Camerino explicaba la postura del movimiento del «uso alternativo del derecho»:

> Por tanto, nuestra acción no consiste, como reprochara la parte más reaccionaria de nuestra magistratura, en la desaplicación de la ley, sino, por el contrario, en la radical aplicación de la Constitución; no está dirigida a negar la legalidad, sino a negar el uso burgués de ella como instrumento de opresión de la clase dominante y convertirla, en cambio, en instrumento de independencia de las clases trabajadoras; y no está inspirada por una arbitraria elección de parte, sino, por el contrario, por una elección en favor de las clases subalternas ya cumplida, por otro lado, en la Constitución republicana (FERRAJOLI, 2002: 26).

En síntesis, puede entenderse por uso alternativo del derecho la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora. Implica, de este modo, la toma de conciencia de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas y su idoneidad como factor de cambio social (LÓPEZ CALERA, 1978: 17).

En América Latina la principal influencia de esta corriente podemos encontrarla en Brasil, en cuyos estados del sur se desarrolló a partir de los años noventa el *«Movimiento de Direito Alternativo».* Vale la pena recordar que, como han señalado diversos autores cercanos al movimiento (DUQUELSKY GÓMEZ, 2000: 70-73), la expresión «derecho alternativo» engloba distintos sentidos que es posible diferenciar a los fines analíticos.

En una primera acepción, el término hace referencia al tradicional uso alternativo del derecho. Siendo el discurso jurídico un orden plagado de baches, silencios y contradicciones, es fatalmente necesario realizar una tarea interpretativa que lo complete y coherentice, que llene los espacios vacíos. Esta tarea deberá realizarse, no ya para preservar el *status quo* (como se ha hecho tradicionalmente), sino con la intención de favorecer a los sectores más desprotegidos de la sociedad.

Un segundo sentido se corresponde con el positivismo de combate, expresión utilizada por Miguel PRESSBURGER, para caracterizar aquel nivel de disposiciones normativas que reconocen una serie de conquistas históricas y democráticas y pese a haber

sido positivizadas no se aplican. Lo transformador y emancipatorio consistirá en este caso, en la efectiva aplicación de todas estas disposiciones cotidianamente preteridas y solapadas.

El derecho alternativo en sentido estricto, también denominado derecho insurgente, *achado na rua*, emergente, hace referencia al fenómeno del pluralismo jurídico. Desde esta perspectiva se cuestiona el monopolio de la producción estatal del derecho, admitiendo la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos generados al interior de las prácticas comunitarias.

El último sentido de la expresión, íntimamente relacionada con las expuestas en los puntos precedentes, corresponde a los llamados servicios legales alternativos. Existen en Latinoamérica organizaciones dedicadas a formas alternativas de ejercer la abogacía en el campo popular. Sus actividades no se limitan a la prestación jurídica, ya que procuran, a través de la educación legal y política, la concientización de las organizaciones populares, el abandono del fetichismo jurídico, la representación de intereses colectivos, demandas de impacto social, etcétera.

4. UNA IMPRESCINDIBLE CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICO-POLÍTICA

No puede entenderse la relevancia asignada a ciertas prácticas judiciales proactivas si no tenemos presente el rol que el Poder Judicial ha cumplido en la frágil historia institucional de América Latina.

Como hemos sostenido en más de una oportunidad, aun asumiendo una posición formalista, el problema de la legitimidad democrática del juez quedaría zanjado al presumir el origen democrático de las normas que este aplica. Claro que esta hipótesis solo se explica gracias a la hipocresía y/o falta de contacto con la realidad con que solemos movernos los profesores de derecho.

En el caso argentino, por ejemplo, dicha legalidad democrática fue sistemáticamente violentada entre 1930 y 1983, cabiéndole al Poder Judicial un papel clave para el sostenimiento de una fachada de legalidad a los poderes fácticos.

Como recuerda Mario PORTELA en su trabajo *El Poder Judicial y la Sociedad* a los pocos días de la primer interrupción al orden democrático (el golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930), los Dres. Repetto, Sagarna, Figueroa Alcorta y Lavalle, integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en conjunto con el procurador general de la Nación, Dr. Rodríguez Larreta, a pedido de los ministros *de facto* Dres. Padilla y Sánchez Sorondo, dictaba la famosa acordada del 30 en la que se establecía que:

> se ha puesto en conocimiento de la Corte la constitución de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante [...] que se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales [...] es pues un gobierno *de facto,* cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza (PORTELA, 2013: 111).

A partir de entonces y hasta 1983, fueron sucediéndose diversos gobiernos *de facto,* todos validados por el Poder Judicial, muchos de cuyos miembros siguieron desempeñándose durante los lapsos de gobiernos *de iure*.

Con la renovación de sus miembros al momento del retorno a la democracia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación inicia una etapa que sin duda podría ser considerada como «activista», que va a resultar clave en el proceso de ampliación de derechos y determinante para futuras reformas legislativas.

Corresponden a ese periodo casos como *Sejean,* donde la Corte declaró inconstitucionales los artículos de la ley de matrimonio civil que impedían a los cónyuges divorciados recuperar la aptitud nupcial, medida judicial que ayudó en gran medida a vencer los obstáculos que desde la iglesia y otros sectores conservadores impedía modificar la legislación.

También son particularmente ejemplificadores de la actitud asumida por la CSJN en ese periodo fallos como *Portillo* por el que se hace lugar a la objeción de conciencia frente al servicio militar, en *Ponzetti de Balbín* se consagra el derecho a la intimidad, en el caso *Fiorentino* se defiende el derecho a la inviolabilidad del domicilio, en *Nordensthol* la primacía de las convenciones colectivas de trabajo y en *Bazterrica* se protege el derecho a la privacidad en relación al consumo de estupefacientes para uso personal.

Como es sabido, los años noventa significan para América Latina el auge del proceso de retracción del estado que en los países centrales había comenzado diez años antes con las figuras de Reagan y Thatcher. De la mano de la ola «neoliberal» se instala en el imaginario jurídico la convicción de la incapacidad de la estructura estadual para regular todas las hipótesis y todas las consecuencias de la manera más exhaustiva posible. Esto conduce al reconocimiento de nuevos límites a la actividad normativa y a una fuerte tendencia a la «desregulación» (DUQUELSKY GÓMEZ, 2000: 36-39).

En el caso argentino, la Ley 23.774, por la que se eleva a nueve el número de jueces de la Corte, va a permitir al Poder Ejecutivo incorporar a una serie de nuevos magistrados que conformarían lo que se dio en llamar la «mayoría automática». A partir de entonces, rápidamente comienza a percibirse un fuerte cambio en la jurisprudencia de la corte en materia de derechos fundamentales (BAQUÉ, 1995: 9-12).

Así, por ejemplo, en oposición a la doctrina del caso *Fiorentino,* en *Fernández* la Corte avaló un procedimiento llevado a cabo no solo sin hacer saber al imputado sus derechos, sino ingresando al domicilio mediante un engaño policial.

Ilustrativos de esta tendencia «antiliberal», son también el fallo que rechaza la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina y *Montalvo* aquel por el que se cambia el criterio sostenido en Bazterrica en materia de tenencia de estupefacientes para uso personal.

El fallo *Soengas* da marcha atrás a la doctrina *Nordensthol,* subordinando los aspectos remunerativos de las convenciones colectivas de trabajo a la ley común, justificando dicha medida en la necesidad de afrontar la emergencia económica.

Dicha subordinación a las necesidades del sistema económico, dará pie a un modelo que, siguiendo las tesis de Carl SCHMITT autores como Carlos CÁRCOVA no dudan en caracterizar como «decisionista», cuyo ejemplo paradigmático es el caso *Peralta,* donde se afirma:

> En momentos de perturbación social y económica y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia en atender a la solución de los problemas que crean, es posi-

ble el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en periodos de sosiego y normalidad (CÁRCOVA, 1996c: 110).

5. POSITIVISMO DE COMBATE Y GARANTISMO

Durante los años noventa, frente al modelo decisionista dominante en nuestros poderes judiciales, que legitimaba las retracciones del Estado y la sistemática violación de los derechos fundamentales, las teorías críticas se centraron en mostrar como el derecho cumple una función paradojal y que, pese a ser un instrumento de control social y una herramienta indispensable para el desarrollo de las políticas económicas neoliberales, permitía también llevar adelante prácticas jurídicas alternativas de nuevos movimientos sociales, servicios legales alternativos o jueces activistas constitutivas de auténticos focos de resistencia jurídica.

Es en ese contexto donde aparece en el seno del Movimento do Direito Alternativo un nueva categoría: el «positivismo de combate» o —como prefiere decir Amilton BUENO DE CARVALHO— «positividad combativa», expresión originalmente utilizada por Miguel PRESSBURGER, para caracterizar aquel nivel de disposiciones normativas que reconocen una serie de conquistas históricas y democráticas que pese a haber sido positivizadas no se aplican. El mismo nivel que en su tipología sobre los usos del derecho Edmundo LIMA DE ARRUDA Jr. denomina *«plano do instituído sonegado»* (1992: 174-175).

Vale la pena recordar también que desde la reinstauración de la democracia en América Latina, gran parte de los países del subcontinente renovaron sus órdenes constitucionales, como así también entraron en vigor como derecho positivo la mayoría de los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos.

Paradójicamente, el periodo de mayor ampliación de derechos en el plano normativo (podríamos decir, declamativo), coincide con el momento de mayor restricción de derechos en términos efectivos, tanto a nivel de derechos sociales, como de libertades individuales, persecución de la protesta social e impunidad de los delitos cometidos durante la dictadura cívico militar.

Su activismo fue posible, precisamente, apropiándose de algunas de las categorías del modelo garantista por entonces desarrollado por Luigi FERRAJOLI, consistente básicamente la eliminación de antinomias y el colmado de lagunas[4].

Esta reconceptualización de la relación entre forma y sustancia, entre procedimiento y contenido, se traduce una nueva dimensión sustancial de la democracia y en una reformulación del papel de la jurisdicción. La sujeción del juez a la ley ya no es sujeción a la letra de la ley, cualquiera sea su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, coherente con la constitución.

---

[4] Recordemos que para FERRAJOLI las antinomias, violaciones consistentes en acciones, permanecen mientras no son resueltas a través de la anulación de las normas indebidamente vigentes. Es decir, normas inferiores que se aplican cotidianamente, y cuyo contenido no respeta los límites impuestos por otras de rango superior. Las lagunas, violaciones consistentes en omisiones, permanecen hasta que son colmadas por la emisión de las normas indebidamente no vigentes. O sea, por aquellas que tornen operativos aquellos preceptos de más alta jerarquía que hasta el momento no alcanzan eficacia (FERRAJOLI, 1995).

En la Argentina —en forma mucho más inorgánica que los jueces alternativos gauchos— sectores minoritarios del Poder Judicial encararán la difícil tarea de oponerse a la lógica dominante del mercado y a la «política de la no política», apelando a la operatividad de los derechos fundamentales, particularmente los derechos sociales, económicos y culturales.

El propio FERRAJOLI sostenía en aquel momento:

> Esto y no otra cosa —dicho sea incidentalmente— entendíamos hace veinte años con la expresión jurisprudencia alternativa, recordada en este seminario por Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme la constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad (FERRAJOLI, 1992: 16-17).

6. ¿EXISTE UNA VERDADERA CONTROVERSIA?

Tal como señalábamos en la presentación, a partir del surgimiento de teorías de corte post-positivista y el abandono de la figura del juez como mecánico aplicador de la ley, del papel asignado a los principios y del carácter normativo de los textos constitucionales, se ha generado una doble preocupación: por un lado, el temor a que ante la falta de límites derivada de la vaguedad propia de la incorporación de principios, se produzca un aumento en el poder discrecional de los jueces que ponga en riesgo las garantías constitucionales de los ciudadanos. Por otro lado, que voluntad popular expresada a través de la representación política, quede sometida a poder contramayoritario de los magistrados judiciales.

El estudio del par garantismo/activismo presenta ciertas similitudes con el análisis efectuado por Genaro CARRIÓ sobre la controversia en torno a la creación judicial del derecho, ejemplo paradigmático para el análisis de los desacuerdos entre los juristas. Como todos recordarán, CARRIÓ se pregunta si el debate en torno al enunciado «los jueces crean derecho» es una cuestión de hecho, una cuestión puramente verbal o se trata de un desacuerdo de actitud, opción esta última que termina considerando como el verdadero tipo disputa tras la polémica (CARRIÓ, 1994: 105-114).

Una primera aproximación al problema podría llevarnos a pensar que el aspecto menos controvertido sea el fáctico. Es casi evidente que no solo la actividad judicial ha ido transformando su rol, sino que pareciera ser un hecho indiscutido que, en mayor o menor medida, la jurisprudencia como fuente de derecho ha ido adquiriendo en los países de tradición continental europea, una relevancia que hasta hace unas décadas atrás era privativa del mundo anglosajón. Algo así como un proceso de *commonlawización* del derecho.

Quizá vale la pena preguntarse por las razones de este cambio de rol. FERRAJOLI, quien actualmente representa una de las voces más preocupadas por los riesgos que a su juicio acarrea el constitucionalismo principialista, considera que sería deseable que

> la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos, y quizá complacerse de ambas cosas en apoyo del activismo judicial, promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible (FERRAJOLI, 2011: 51).

De este modo, atribuye a la mala legislación y el carácter vago y valorativo de las normas constitucionales el creciente papel de la argumentación, y propone retomar el programa ilustrado de Gaetano FILANGIERI y de Jeremy BENTHAM de una «ciencia de la legislación», integrándolo con el programa de una «ciencia de la constitución».

En ese punto, quienes adoptamos una perspectiva crítica, no podemos más que disentir con dicho diagnóstico. Porque ese programa ilustrado ignora los desarrollos que desde hace un siglo se han formulado en el campo de los estudios del lenguaje.

Como señala Carlos CÁRCOVA:

> El lenguaje ocupa el centro de la escena intelectual desde mediados del siglo pasado; la lingüística moderna que nace con SAUSSURE y con PIERCE hace casi cien años, ha venido evolucionando constantemente a través de multiplicidad de escuelas y tendencias, cada una de las cuales ha realizado aportes que, aunque no siempre consistentes resultaron, de todos modos, de singular importancia: BAJTIN, BENVENISTE, JACKOBSON, BARTHES, TODOROV, GREIMAS, ECO, KRISTEVA, MORRIS, AUSTIN, por citar solo algunos nombres de una lista interminable. Sus especulaciones y las de otros grandes autores ocupados en disciplinas próximas: la hermenéutica, la teoría del discurso, la teoría de la comunicación, el constructivismo lingüístico, el fenómeno de la narratividad, han tenido un impacto trascendente en la teoría del derecho y en la filosofía jurídica y han comenzado a proveer insumos de nuevo tipo para reanimar la reflexión jusfilosófica, como no podía ser de otro modo, dado que la materia prima fundamental que constituye el objeto al cual ellas refieren es el lenguaje y más genéricamente, el sentido y la comunicación (CÁRCOVA, 2009: 35).

A ello cabe agregar la problematización adicional al fenómeno interpretativo por autores como Duncan KENNEDY: lo que César RODRÍGUEZ ha llamado el «giro fenomenológico» (RODRÍGUEZ, 1999: 79-86). Centrar la atención en la experiencia personal del juez al enfrentar el caso concreto. Allí podemos advertir que la tensión entre libertad y restricción no proviene tanto del campo jurídico como de la propia «sensación del juez»[5].

Un tanto más compleja es la pregunta en cuanto al carácter puramente semántico del debate, aunque claro está, garantismo y activismo son términos que no siempre se utilizan en un mismo sentido. Y bien podría ser requisito indispensable para completar el cuadro de situación en torno a la polémica, problematizar también expresiones como neoconstitucionalismo, principialismo o decisionismo.

---

[5] El análisis del papel de las «sensaciones» de los jueces en el proceso decisorio no es patrimonio exclusivo de las teorías críticas del derecho. Aunque excede los límites de este trabajo, vale la pena señalar que esta idea no se encuentra muy alejada del modo en que Alf ROSS presenta la tensión entre conciencia jurídica formal y material. Dice ROSS: «El juez no es un autómata que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como "correctas" de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural [...]. La crítica del juez puede dirigirse así contra la decisión en el caso específico que *siente* como injusta, no obstante aprobar la regla; o puede dirigirse contra la regla misma. La crítica puede aparecer en la conciencia del juez como una *reacción emocional espontánea;* o resultar de un análisis consciente de los efectos de la decisión, hecho en relación con standards presupuestos» (ROSS, 1994: 134-135).

Aunque todos compartamos el carácter convencional del lenguaje, estimo que la discusión no quedaría zanjada mediante la formulación de una o más definiciones estipulativas de estos términos. Sin embargo, me interesaría formular algunas precisiones al respecto.

Para comenzar, es interesante señalar cómo el término «activismo» no solo muchas veces se refiere a cosas distintas, sino que además tiene una carga emotiva diferente en la tradición continental-europea que en la cultura jurídica anglosajona. Aunque quizá sea más adecuado referirnos a «tradiciones constitucionales» ya que en países como Argentina, de matriz continental en materia de codificación, el modelo de control constitucional copiado de la constitución norteamericana, lo acerca a la visión anglosajona.

Si bien no es uniforme el origen atribuido a la expresión, el término activismo judicial ha hecho referencia en muchos ámbitos a un modo de actuación judicial asociado con el modelo adoptado por la Suprema Corte de Estados Unidos bajo la presidencia del juez Earl Warren, particularmente a partir del célebre caso *Brown vs. Board of Education* de 17 de mayo de 1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas[6].

Podríamos decir, entonces, que en ese sentido activismo se opone fundamentalmente a formalismo. Un juez consciente de su rol político, abierto a buscar soluciones innovadoras, que genera interpretaciones novedosas, cambia la jurisprudencia, sale de su despacho, tiene conciencia de la realidad social.

Como señalábamos anteriormente, en el caso argentino, el recurso de amparo, el *habeas corpus,* la objeción de conciencia, pero también el divorcio vincular o, posteriormente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, han sido posibles, en buena medida, por este tipo de jurisprudencia activista.

Distinto es el sentido de la expresión que podemos encontrar mayoritariamente en el contexto español o italiano actual, que se inserta en el seno de la polémica sobre el constitucionalismo que venimos analizando.

El activismo es presentado actualmente por FERRAJOLI —pero también por muchos de sus críticos—, como sinónimo de discrecionalidad judicial, de debilitamiento de la ley e incluso de la libre creación del derecho.

Esto sería causado —en línea con lo precedentemente analizado— por el abandono de la subsunción y su reemplazo por la ponderación:

> De este modo, al tiempo que se debilita el carácter vinculante de las normas constitucionales a pesar de su rigidez, se avala a través de la contraposición de la ponderación a la subsunción, el debilitamiento del carácter tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción, en el que reside su fuente de legitimación, y se promueven y alientan tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial (FERRAJOLI, 2011: 44).

Ahora bien, me gustaría llamar la atención sobre dos detalles, no menores. En primer término, se centra la fuente de legitimación de la jurisdicción en el carácter

[6] Para distintas acepciones de la expresión desde el punto de vista del Derecho procesal y civil en Argentina, *vid.* MARANIELLO, 2012: 121-165; y CARAMELO DÍAZ, 2015: 99-114.

cognoscitivo de la jurisdicción, dejando de lado otro rasgo reiteradamente destacado por el propio FERRAJOLI: la legitimidad democrática del juez en tanto garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos[7].

Por otra parte, en *Derecho y Razón* la palabra «activismo» no aparece mencionada ni una sola vez. Desde el prólogo de Norberto BOBBIO se advierte que la obra se estructura en torno a grandes dicotomías. Y a lo largo de toda la obra el modelo opuesto al «garantismo» se presentaba como «decisionismo».

El cambio de terminología, pasando del decisionismo al activismo como modo de referirse a modelos y prácticas antigarantistas —más allá de que obviamente no existen significados «verdaderos»— parece ser poco feliz, tanto descriptiva como valorativamente.

Sobre todo, porque condena ciertas formas de ejercer la jurisdicción que en muchos casos es la única que puede hacer posible el efectivo goce de ciertos derechos fundamentales. Al mismo tiempo, no permite advertir que —tras la fachada de legalidad y respeto de ciertas garantías— se reproducen formas de ejercicio del poder autoritario, desigualdad, razón de «mercado», etcétera[8].

7. POR UN ACTIVISMO GARANTISTA: DE LO TOLERABLE A LO IMPRESCINDIBLE

En el modelo del constitucionalismo iuspositivista propuesto actualmente por el teórico de CAMERINO:

> La reparación de las lagunas y de las antinomias en las que aquellas se manifiestan no se confía al activismo interpretativo de los jueces, sino solo a la legislación, y, por ello, a la política, en lo que se refiere a las lagunas, y a la anulación de las normas inválidas —y por tanto a la jurisdicción constitucional—, en lo que se refiere a las antinomias (FERRAJOLI, 2011: 34).

La pregunta que cabe preguntarse, frente a este modelo restrictivo de actuación frente a antinomias y lagunas, es si hay chances reales, al menos en el contexto latinoamericano, de conseguir efectivamente su eliminación, o deberemos contentarnos con regodearnos desde la crítica externa a señalar su existencia, mientras personas de carne y hueso ven vulnerados sus derechos fundamentales.

---

[7] FERRAJOLI expresamente se planteaba: «En el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la leyes también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas» (FERRAJOLI, 1992: 66).

[8] A modo de ejemplo: como límite al ejercicio del poder «total», autoritario del Servicio Penitenciario, jueces de la Cámara del Crimen —ante *habeas corpus* colectivos por diversos casos de vejámenes cometidos por el servicio, como en el caso de la requisa de reclusas *trans* mediante un procedimiento creado al efecto—, dieron participación al propio servicio, a organizaciones de la sociedad civil, a la fiscalía especializada en la materia, etc., y elaboraron protocolos de requisa, respetuosos de los ddhh a cuyo cumplimiento sentenciaron al SPF. El ejercicio de este «activismo» actuó aquí como recurso para limitar el poder estatal y proteger los derechos humanos, restaurando la vigencia de las garantías constitucionales frente a abusos por parte del poder estatal.

Al mismo tiempo, podríamos cuestionar si el respeto de la constitución y la eliminación de antinomias es solo deber de la justicia constitucional, o alcanza a todos los magistrados[9].

Consciente de dichas limitaciones, Manuel ATIENZA acuña la expresión «activismo tolerable» advirtiendo que el umbral de aceptación de la intervención judicial en materia de eliminación o colmado de lagunas pueda no ser el mismo en sistemas jurídicos diversos: «Puede entenderse que los jueces latinoamericanos sean más activos que los europeos (los italianos o los españoles) a la hora de reconocer (o de "crear") derechos sociales, simplemente porque si ellos no lo hacen, no cabe esperar que alguna otra instancia estatal pueda satisfacer la exigencia que se plantea cuando alguien pide que se le reconozca uno de esos derechos: a la subsistencia, a la salud, etc.» (ATIENZA, 2011: 85).

Nosotros pensamos que es posible dar un paso más, y señalar que muchas veces lo tolerable se torna imprescindible[10]. Que en muchos casos —y no solo en materia de derechos económicos, sociales y culturales—, el único modo posible de hacer prevalecer «los derechos sobre los poderes» —para usar una expresión cara a la teoría de FERRAJOLI— es mediante un «activismo garantista».

Por si no queda clara la expresión, la idea de un «activismo garantista» pretende señalar que es posible que los jueces adopten una actitud creativa, antiformalista y comprometida con la efectivización de los derechos fundamentales sin que ello implique la vulneración de garantías constitucionales.

Esto no implica en modo alguno pensar que van a ser los jueces quienes lideren el camino para el logro de una sociedad más libre e igualitaria, donde se respeten plenamente los derechos fundamentales. Por supuesto que no debemos olvidar el papel profundamente conservador que históricamente han cumplido vastos sectores del poder judicial —anclado en estructuras tendientes a reproducir las formas dominantes de control social—, reforzadas desde el ámbito académico-jurídico, con una visión preponderantemente formalista y acrítica[11].

Se trata de un debate por el sentido común jurídico y político, que pretende no deslegitimar un ámbito y un modo más de «lucha por los derechos» en tiempos de retracción del Estado a manos del mercado.

---

[9] Obviamente esto también estará condicionado con el sistema de control de constitucionalidad vigente en los distintos ordenamientos. Por otra parte, si bien es cierto que excedería el objeto de este trabajo, centrado en la actividad jurisdiccional, cabe reconocer como un déficit en los desarrollos de las teorías críticas del derecho la escasa atención a los incumplimientos normativos por parte de otros órganos de gobierno como los poderes ejecutivos y legislativos.

[10] Aunque en el ámbito académico las notas no se usan habitualmente para expresar cuestiones emocionales, debo confesar que estaba muy contento con el juego de palabras entre el «activismo tolerable» propuesto por ATIENZA y mi «activismo imprescindible». Lamentablemente, repasando la bibliografía utilizada descubrí que la expresión ya había sido utilizada por Gustavo CARAMELO DÍAZ —*vid.* nota previa— y me quedo dando vueltas por el inconsciente.

[11] Al menos en el caso argentino, bien puede afirmarse que frente a algunas reformas legislativas ciertos sectores judiciales han venido desarrollando un «uso alternativo del derecho», aunque no en un sentido emancipatorio, sino conservador, con recursos permanentes a mecanismos como *forum shopping,* subrogancias de dudosa o nula legalidad y «justicia cautelar». En el caso brasileño, el Poder Judicial ha sido clave en el proceso destituyente del gobierno de Dilma Rouseff, violando garantías procesales, difundiendo información de manera ilegal, etcétera.

En tal sentido me parece importante efectuar algunos señalamientos clave, al menos para el contexto latinoamericano, insisto: en primer lugar, ser conscientes de que el poder real del Estado, es todavía (o nuevamente) menor que muchos poderes privados.

Por ello, la matriz liberal de los sistemas de protección de los derechos humanos constituye un límite para su efectiva defensa, toda vez que siguen pensando al Estado Nación como escala de análisis y atribución de responsabilidad.

La noción de «Estado heterogéneo» sostenida por Boaventura de Sousa SANTOS (SANTOS, 1999: 30-32) sirve para develar la ficción del monismo político del Estado moderno. Los «gobiernos» en modo alguno son homogéneos y —como puede advertirse en Argentina y otros países de América Latina— al interior de los propios organismos estatales aun en tiempos de democracia formal siguen existiendo reductos autoritarios: fuerzas de seguridad, penitenciarias, sectores del Poder Judicial, etcétera.

En la misma línea, la idea de los «micro y macro poderes salvajes» formulados por FERRAJOLI (1995: 932-933), permiten advertir que en muchos casos, es a nivel estatal donde se han logrado mayores avances en materia de protección de derechos, mientras que siguen existiendo otros «poderes» sin control.

Si la legitimación del juez radica en la democracia sustancial y no en la política, pensar que la satisfacción de los derechos fundamentales solo se logra mediante el reenvío a las autoridades legislativas, difícilmente ayude a alcanzar el objetivo.

Eso no implica que debamos ser necesariamente temerosos del poder político mayoritario. No debemos perder de vista que —al menos en América Latina— las nociones de mayorías y minorías no pueden asociarse directamente con situaciones de mayor o menor poder real. En nuestras sociedades existen minorías privilegiadas y poderosas y enormes mayorías que representan a los sectores más débiles y vulnerables.

Tal como adelantamos, ya en *Derecho y Razón* aparece la idea del derecho como un límite a los poderes reales (FERRAJOLI, 1995: 931-932). Sin embargo, más clarificadora —y, por tanto, más atractiva aún— resulta la expresión acuñada posteriormente por el propio FERRAJOLI cuando presenta a la idea de entender los derechos y garantías como «la ley del más débil» (FERRAJOLI, 1999).

Ser conscientes de esto tiene implicancias no solo en términos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales[12], sino también en el campo de las libertades civiles de otros grupos desaventajados —pienso en el ya citado caso del matrimonio igualitario, la identidad de género, derechos reproductivos, entre otros— e inclusive en el derecho penal.

En esta materia, son significativos en el caso argentino fallos como *Simón,* declarando la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, o *Mazzeo* relativo a la inconstitucionalidad de los indultos dictados por el expresidente Menem, cuyo valor no radica tanto en la resolución de tales casos en particular, sino en la posibilidad de llevar adelante un importantísimo número de «juicios de la verdad».

[12] Para un profundo desarrollo del tema, *vid.* ABRAMOVICH, 2002.

Cabe preguntarse aquí, ¿es coherente un «activismo garantista» que al mismo tiempo, habilite la ampliación del campo de intervención del sistema penal? Una respuesta afirmativa es posible si asumimos la distinción entre poder punitivo «sumiso» y poder punitivo «rebelde».

Como sostiene la criminóloga argentina María Laura BÖHM:

> En el sistema punitivo sumiso, la finalidad subjetiva es el avance del poder estatal mediante el control social extremo y violento de sujetos y grupos seleccionados y vulnerabilizados. En el sistema punitivo rebelde, la finalidad subjetiva es en cambio la reversión y recuperación de equilibrio luego de la pérdida extrema de derechos individuales y del ejercicio extremo y desbordado del poder punitivo estatal que tuvieron lugar por el ejercicio de la violencia en el orden de No-Derecho sistemático de la última dictadura militar (BÖHM, 2015: 9-10).

Aceptar la existencia de un sistema punitivo rebelde no implica en modo alguno dejar de lado las garantías procesales, sino orientar la actuación de derecho penal en un sentido distinto, posibilitando —por ejemplo— la prosecución del juzgamiento de los cómplices civiles de los gobiernos *de facto,* la orientación de investigaciones hacia delitos económicos, el carácter fraudulento del endeudamiento externo, la persecución de la violencia institucional, etcétera.

El truco discursivo al que nos tienen acostumbrados los sectores mayoritarios de la justicia y la academia, consiste en atribuir al activismo judicial los riesgos del decisionismo —atribuyendo así una carga emotiva negativa al término— para luego tildar de «activistas» a aquellos jueces que pretenden poder freno al poder económico, mediático, policial, patriarcal, etcétera.

Al mismo tiempo, la «corporación judicial» se presentará como técnico-neutral e invocará en forma abstracta la «independencia judicial» para oponerse a medidas ampliatorias de los derechos fundamentales en tiempos de gobiernos populares, olvidando que la independencia de los magistrados implica también independencia del poder económico y otros poderes privados. Y en los ámbitos académicos dominantes se seguirá presentando a la ciencia del derecho como totalmente divorciada de la realidad social, invocando una neutralidad y pureza teórica capaz de legitimar cualquier medida o decisión jurídico-política.

Podemos encontrar el tipo de asimilación entre las nociones de «decisionismo» y «activismo» que estamos cuestionando incluso en autores que admiten la necesidad de intervención judicial en ciertos casos, para tornar efectiva la defensa de los derechos fundamentales.

Tal es el caso, por ejemplo de Lenio STRECK, quien luego de sostener que

> la defensa de un efectivo control hermenéutico de las decisiones judiciales, a partir del deber fundamental de justificación y del respeto a la autonomía del derecho, no quiere decir que, a veces, no sea aconsejable y necesaria una actuación propositiva del Poder Judicial (justicia constitucional), principalmente si pensamos en el indispensable control de constitucionalidad que debe ser hecho incluso, en el límite, en las políticas públicas, agrega que dicho accionar no puede ser confundido con decisionismos y actitudes pragmatistas, en el que el Poder Judicial sustituye al legislador, con el aumento desmesurado de protagonismos judiciales. Es decir, se debe evitar aquello que se denomina «activismo» (STRECK, 2014: 56-57).

Consideramos puede ser vista como una falsa dicotomía la presentada entre garantismo y activismo judicial[13]. Como sosteníamos en un trabajo reciente, en homenaje a uno de los más representativos miembros del movimiento de *direito* alternativo brasileño, Amilton Bueno de Carvalho (Duquelsky Gómez, 2016: 419-420), creemos que es posible ser simultáneamente un juez activista y un juez garantista. Y ello no implica ningún tipo de contradicción.

En un ámbito y en un momento donde buena parte del poder judicial, desde una pretendida neutralidad técnica, generalizaba prácticas legitimantes de continua restricción de derechos, ser alternativo, garantista y activista constituyeron sinónimos.

Alternativo, para oponerse a las prácticas judiciales mayoritarias; garantista para tomarse en serio principios como la presunción de inocencia y activistas para obligar a los poderes públicos a cumplir con sus deberes con los más desaventajados de la sociedad.

Porque, más allá de cualquier dialéctica, real o aparente, un juez democrático —aquel cuya legitimidad radica precisamente en la democracia sustancial— indefectiblemente deberá orientar sus decisiones al efectivo goce de los derechos fundamentales de todos y, sobre todo, de los más vulnerables.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. *et al.*, 2002: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta.

Atienza, M., 2011: «Dos versiones del constitucionalismo», *Doxa,* 34: 73-88.

Baqué, J., 1995: «CSJN: cambio de jurisprudencia en materia de derecho individuales», *No hay derecho,* 12: 9-12.

Böhm, M. L., 2015: «Los crímenes de estado, la complicidad civil y el sistema punitivo», *Revista En Letra. Derecho Penal*, 1: 8-18.

Caramelo Díaz, G., 2015: «Activismo judicial y derechos sociales», *Pensar en derecho,* Buenos Aires: Eudeba, 6: 99-114.

Cárcova, C., 1996a: «Iusnaturalismo *vs.* Positivismo Jurídico: un debate superado», *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires: Biblos, 151-185.

— 1996b: «Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada», *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires: Biblos, 133-149.

— 1996c: «La dimensión política de la función judicial», *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires: Biblos, 97-111.

— 2001: «Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho», en Christian Courtis (coord.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires: Eudeba.

— 2009: «Hay una traducción correcta de las normas», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja,* vol. 3, 4: 33-42.

Carrió, G., 1994: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4.ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot.

[13] La reflexión sobre el papel de juez hoy pretende ser también una humilde invitación a pensar si no es posible cuestionar otras dicotomías profundamente arraigadas en la cultura jurídica occidental moderna como independencia judicial *vs.* politicidad de lo jurídico, derechos individuales *vs.* derechos colectivos, poder contramayoritario *vs.* poder popular o democracia formal *vs.* democracia sustancial. Incluso, aunque suene irrespetuoso, gobierno de los hombres *vs.* gobierno de las leyes.

COSTA, P., 1990: «La alternativa "tomada en serio": manifiestos jurídicos de los años setenta», *Anales de la cátedra de Francisco Suárez,* 30: 161-204.

DUQUELSKY GÓMEZ, D., 2000: *Entre la ley y el derecho. Una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas*, Buenos Aires: Estudio.

— 2016: «Amilton Bueno de Carvalho: el personaje que encontró al autor», en S. CARVALHO, D. CARVALHO, G. CARVALHO y R. COSTA (orgs.), *Para Além do Direito Alternativo e do Garantismo Jurídico: ensaios críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 405-420.

DWORKIN, R., 1993: *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta-Agostini.

ETCHEVERRY, J., 2006: *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente un estado de la cuestión*, México: UNAM.

FERRAJOLI, L., 1992: «El derecho como sistema de garantías», *Revista Jueces para la democracia,* 16-17: 61-69.

— 1995: *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta.

— 1999: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3.ª ed., Madrid: Trotta.

— 2002: «Correspondencia entre Filippi, Ferrajoli y Viera Gallo», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal núm. 2, Homenaje a Alessandro Baratta*, Buenos Aires: Ad-hoc.

— 2011: «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *Doxa,* 34: 15-53.

LIMA DE ARRUDA Jr., E., 1992: «Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares», *Lições de Direito Alternativo 2*, San Pablo: Académica, 159-177.

LÓPEZ CALERA, N. *et al.*, 1978: *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia: Fernando Torres Editor.

MANILLI, P., 2006: «El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema», *La Ley,* 2006-D:1285.

MARANIELLO, P., 2012: «El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional», *Revista Pensar en Derecho,* Buenos Aires: Eudeba, 1: 121-165.

PORTELA, M., 2013: «El poder judicial y la sociedad», *Revista de filosofía del derecho Infojus,* Buenos Aires, 2: 107-116.

RODRÍGUEZ, C., 1999: «Estudio preliminar», en D. KENNEDY, *Libertad y Restricción en la decisión judicial*, Bogotá: Universidad de los Andes.

ROSS, A., 1994: *Sobre el derecho y la justicia*, 5.ª ed., Buenos Aires: Eudeba.

SANTOS, B., 1999: *La globalización del derecho*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-ILSA.

STRECK, L., 2014: «Poder Judicial y Constitucionalismo Democrático: la necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del derecho», *Estudios Constitucionales*, año 12, 2: 29-54.

ZAGREBELSKY, G., 1999: *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta.