

**¿EL GOBIERNO DE LOS JUECES?
LA REGULACIÓN A TRAVÉS DEL LITIGIO**

*Comunicación del académico Juan Vicente Sola
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 27 de julio de 2011*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar) en el mes de octubre de 2011.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2011 / 2012**

Presidente Académico Dr. JORGE REINALDO VANOSSI
Vicepresidente . . . Académico Dr. HUGO O. M. OBIGLIO
Secretario Académico Dr. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Tesorero Académico Dr. CARLOS PEDRO BLAQUIER
Prosecretario . . . Académico Embajador CARLOS ORTIZ DE ROZAS
Protesorero Académico Ing. MANUEL SOLANET

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA..	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Carlos A. FLORIA	22-04-87	Adolfo Bioy
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU	28-04-99	José de San Martín
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI.....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Sr. Jorge Emilio GALLARDO.....	14-04-04	Antonio Bermejo
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María BIDEGAIN

Dr. Miguel M. PADILLA

¿EL GOBIERNO DE LOS JUECES? LA REGULACIÓN A TRAVÉS DEL LITIGIO

Por el académico DR. JUAN VICENTE SOLA

Esta comunicación es un homenaje a Sarmiento, ya que fue Sarmiento quien introdujo el control judicial de constitucionalidad en la Argentina. En sus *Comentarios de la Constitución*¹ utilizó una metáfora comparando a la Constitución como un remedio y a los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos como las instrucciones para utilizarla. Dijo que el Constitución era una “tisana” para nuestros males y que las tisanas generalmente venían envueltas en un papel con las instrucciones, de la misma manera debíamos aceptar las instrucciones para el cumplimiento de la Constitución y eran los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por ese motivo y bajo esa influencia es que el gobierno argentino hizo traducir los principales libros de derecho constitucional norteamericano: Story, Paschal y Cooley. Esta influencia de los presidentes norteamericanos continuaría durante el siglo XX particularmente luego de la presidencia en la Corte de Antonio Bermejo.²

¹ Obras de D. F. Sarmiento. *Comentarios de la Constitución*. Tomo VIII. Buenos Aires 1895.

² Antonio Bermejo fue ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina entre 1903 y 1905, y presidente de la misma desde 1905 hasta su muerte.

Legisladores, funcionarios y jueces

La trabajosa limpieza del Riachuelo nos recuerda las dificultades que plantea el desempeño de un requerimiento social. Las personas demandan muchas cosas de un gobierno algunas de las cuales son resueltas por los legisladores y funcionarios electos que legítimamente representan la voluntad popular. Los legisladores y funcionarios filtran estas demandas sociales y buscan resolverlas con leyes y decretos. Pero no todas las demandas pueden ser tomadas en cuenta, las razones pueden ser desde banales como la falta de tiempo del legislador, o profundas como el poco conocimiento de los funcionarios sobre las dificultades del tema, o que el problema sea desconocido y ni siquiera legisladores atentos a las demandas sociales hayan tenido noticias de él. Hay otras ocasiones más dramáticas como es el caso de los bloqueos entre poderes que impiden que las demandas sean consideradas.

En circunstancias las causas de la inacción son aún más complejas, ya que en un sistema democrático mayoritario las minorías afectadas por un grave problema no pueden muchas veces hacerse conocer y reclamar; son las llamadas “minorías discretas e insulares” a los que se refirió la Corte Suprema de Estados Unidos en 1938³, minorías marginales alejadas de toda influencia política,

³ En el caso *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938) Esta nota está dividida en tres párrafos y cada uno señala una excepción a la tradicional presunción de constitucionalidad de los actos legislativos. Establece las tres circunstancias en que el control judicial de la constitucionalidad de leyes o actos debe ser más estricto.

Dice la Nota N° 4, en el tercer inciso refiriéndose a los impedimentos de una decisión judicial:

3. *“Ni tampoco debemos indagar si consideraciones similares entran en la revisión de leyes dirigidas a minorías religiosas o raciales, si el perjuicio contra minorías discretas o insulares puede ser una condición especial que tienen seriamente a limitar la operación de aquellos procesos políticos en los que se confía habitualmente para proteger a minorías y que pueden convocar a una más inquisitiva investigación judicial”.*

Este tercer párrafo requiere de un mayor escrutinio judicial cuando se refiere a la protección de las minorías discretas e insulares que se encuentran desprotegidas por el proceso político habitual. La fórmula de *Carolene* concentra su atención en la debilidad política de las minorías, del perjuicio y discriminación que sufren en una democracia pluralista. Este es un problema que no tiene fin ya que nuevos sectores aparecerán luego que a otros se los repare de su exclusión social. En cada época aparecerán grupos perjudicados que requerirán de la aplicación de los principios de *Carolene Products* para incorporarse a un proceso pluralista más justo.

o simplemente desorganizadas que no pueden hacer conocer sus necesidades al gobierno. En estas circunstancias la solución puede estar en manos de otro poder del Estado, a través de una acción judicial que dé solución a este tipo de problemas.

Un ejemplo es el ocurrido en la muy complicada cuestión de la regulación del consumo del tabaco. Las alternativas legislativas resultaban inaplicables y se buscó una solución judicial; fue en ese momento cuando el secretario de Trabajo del Presidente Clinton, Robert Reich, dijo “se acabó la regulación por legislación ahora corresponde la regulación a través del litigio”⁴. Se limitó el consumo de tabaco a través de una larga negociación dentro de un proceso judicial en una acción de clase que incluyó por un lado a los gobiernos estatales y por el otro a las tabacaleras. Ejemplos similares de solución de conflictos a través de litigios son la integración racial de las escuelas en el caso *Brown*⁵, la limitación de las cuestiones políticas y al ampliar el control judicial de las cuestiones electorales significó el fin de la discriminación de los votantes en el caso *Baker vs. Carr*⁶, y en nuestro país la creación del amparo por el caso *Siri* o de las acciones de clase en el caso *Halabi*⁷ y, por supuesto, el caso *Mendoza* sobre la limpieza del *Riachuelo*⁸.

Si se acepta que la actividad política incluye un conflicto entre distintos grupos es comprensible la preocupación planteada en la nota del caso *Carolene* a favor de las minorías que tienen dificultades para hacer conocer sus intereses o no pueden asociarse con otros grupos en su defensa. De esta manera estarán fuera del proceso legislativo y por esta razón la protección judicial es una corrección a esta situación y justifica la existencia de un elemento contra mayoritario en el control judicial. La Corte Suprema al intervenir en defensa de este tipo de minorías, produce el resultado que hubiera obtenido si hubieran tenido una posibilidad de participar en el proceso legislativo. Debemos tener en cuenta que las minorías son generalmente antipáticas para las mayorías y para los grupos de interés que influyen en el poder. Porque su influencia está dispersa sin poder concentrarse para influir en temas de gobierno, el caso de las minorías dispersas, o por el contrario si están concentradas en una región o sector social excluido o empobrecido, las minorías insulares. Solo los tribunales podrán rescatarlos de la discriminación.

⁴ Robert Reich, *USA Today*, 11 February 1999, “Regulation is out, litigation is in”.

⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

⁶ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

⁷ “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*” del 2009.

⁸ *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*. Fallos 332:2522 10/11/2009.

En ocasiones una sociedad se enfrenta a problemas que parecen insolubles, ya sea porque incluyen a muchos actores, las actividades se desarrollan en diferentes jurisdicciones y afectan a importantes grupos de interés. En esos casos una solución política o administrativa puede ser imposible de obtener y surge como opción la solución judicial. En la limpieza del Riachuelo las distintas jurisdicciones se entrecruzan y entran en conflicto; viven millones de personas muchas de ellas en condiciones inhumanas y una de las causas del problema, la emisión de efluentes contaminantes tiene distintos orígenes difíciles de determinar y controlar. A esto se suma la complejidad y desorden de la información, no sabemos muy bien quiénes contaminan y qué es lo que contamina. Esta información es asimétrica es decir no todos lo saben en la misma manera, y mucho menos el regulador. En muchas ocasiones son las partes y particularmente las víctimas de la contaminación quienes mejor la conocen. Es por eso que la solución judicial aparece como tan eficaz, no porque el juez sepa mucho más del problema que el regulador, sino por las virtudes del diálogo que se desarrolla entre las partes delante del juez. De esta manera la solución puede ser producto de una conciliación. Ya que si consideramos al proceso judicial como un diálogo entre partes que debaten frente al juez temas de hecho y de derecho, la solución ideal del pleito complejo es la conciliación antes que la sentencia. Lo que le corresponde al juez es limitar los costos de transacción que impide que las partes lleguen a un acuerdo que será siempre eficiente, porque pone a todos en una situación mejor que la que estaban antes de su inicio. Esta función judicial de reducir los costos de transacción es la que impide que una de las partes que tuviera mayor poder y mejor información que las otras pueda obtener ventajas a través de comportamientos oportunistas, o privilegios por el abuso de su mayor poder negociador.

Generalmente frente a la reglamentación ocurre que alguna de las partes tenga mayor poder, influencia o esté mejor organizada

que las demás y obtenga con ello ventajas.⁹ De esta manera es habitual en toda regulación que grupos de interés tengan un mejor –y a veces oculto– acceso al administrador o al gobernante que ciudadanos desorganizados. La ventaja de la solución judicial es que las partes están en mayor paridad ya que las diferencias que existan entre ellas se equilibran en un procedimiento formal y público. Al tener las partes una mejor información de las complejidades del caso una de las soluciones entonces es que las mismas, frente al juez, negocien una conclusión del diferendo que puede consistir en la reparación del daño o en una nueva reglamentación que proteja todos los intereses. Esto significa, por ejemplo, que lleguen a acuerdos para la limpieza del Riachuelo, o a la redacción de nuevo reglamento en el caso de construcción de cárceles y escuelas o en otro tipo de regulaciones que afectan nuestras vidas. Les da efectivamente una voz a los afectados por la reglamentación. La función judicial consiste entonces primariamente en reducir los costos de transacción que deben asumir las partes, para que en una negociación a veces compleja, lleguen a un acuerdo. Luego el juez puede homologarlo y de esta manera hacerlo vinculante para toda la clase de personas que inició la acción, es decir para todos los afectados¹⁰. En caso de una falta de acuerdo el tribunal determinará las normas aplicables y en su sentencia establecerá el plan que resuelva las causas del juicio.

⁹ Mancur Olson sostiene que las personas se organizarán en grupos para obtener una mayor y mejor distribución de bienes privados, pero no en los bienes públicos donde tenderán a actuar como “polizones”. De esta manera los grupos mejor organizados obtendrán más y mejores bienes privados de otros sectores que no están organizados. Al respectover: *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (Revised edition ed.) (1971) [1965]. Harvard University Press.

¹⁰ Erróneamente se ha sostenido que los efectos de las acciones de clase son “erga omnes”. Esto es erróneo, la expresión “erga omnes” se utiliza para los efectos de los derechos reales. No es el caso de la acción de clase ya que sus efectos son para toda la clase que ha sido parte, directa o indirectamente del proceso, pero no para los que no son parte. Los precedentes judiciales, como lo ha señalado la Corte Suprema, son vinculantes porque son una norma aplicable a casos similares. Decir que tienen efectos “erga omnes” es un sinsentido similar a decir que el derecho tiene efectos “erga omnes” porque es obligatorio su cumplimiento.

La segunda mejor opción

Se ha llamado a este procedimiento la segunda mejor opción. La primera mejor opción sería una ley aprobada por el Congreso y luego la reglamentación que la aplique, sin embargo muchas veces este procedimiento ideal es improbable; los tiempos del Congreso y la administración no permiten atender todos los requerimientos. En cambio para iniciar el proceso judicial basta con presentar una demanda que será siempre atendida ya que el juez está obligado a decidir en todas las causas que se presenten a su consideración. Si bien este tipo de casos está muy alejado de las tradicionales funciones judiciales como las sucesiones, divorcios o quiebras, no olvidemos que el poder judicial es uno de los tres poderes en el sistema republicano. Éste se caracteriza no sólo por la división de poderes sino también por los frenos y contrapesos entre los poderes para que se equilibren entre sí, y cuando uno no puede cumplir plenamente su función los otros compensan esta falencia con su actividad. Si bien mencionamos ejemplos dramáticos como los casos de integración racial, o la limpieza del Riachuelo, en realidad la mayor parte de este tipo de acciones son mucho menos espectaculares, aunque de enorme importancia para quienes están afectados por ellos y no encuentran otra solución. Es simplemente traer al tradicional debate democrático a algunas actividades a procesos mucho más formales como el judicial. La legitimidad ideal de una norma es que sea autoimpuesta, es decir que seamos nosotros mismos los que aceptamos que se nos aplique. El proceso judicial nos permite participar en el debate previo a la aplicación de toda norma y de esta manera tiene una característica claramente democrática.

La Constitución como un contrato de largo plazo

Si aceptamos la idea de la Constitución como un contrato social nos permite incorporar al análisis constitucional las herra-

mientas provistas por la doctrina contractualista moderna. Entre ellos los elementos comunes entre John Rawls a través de su obra clásica “Teoría de la Justicia”¹¹, y los muchos comentarios que en esta obra se hicieron y particularmente por James Buchanan quien completó la doctrina del contrato social con el velo de incertidumbre; por Hayek, que después de conocer la obra de Rawls amplió en gran medida su visión de los derechos naturales¹²; y finalmente con otro economista distinguido como Edmund Phelps¹³. Esta visión contractualista moderna continúa la asociación de la Constitución con un contrato social realizada originalmente por John Marshall en el caso *McCulloch vs. Maryland* en 1819¹⁴. Marshall comenzó su análisis de la interpretación constitucional en una famosa frase “*no olvidemos que es una constitución la que estamos interpretando y una constitución no puede tener la verbosidad de un código*”. Señaló que una Constitución debía durar “para los tiempos” y que por lo tanto no podía ser muy extensa, porque como en un contrato muy extenso ésta debiera reformarse a medida que cambiaran las circunstancias y lo que resultaba imposible si el texto debía tener una duración prolongada. Es decir que debido a la incertidumbre que existe naturalmente en la vida de las sociedades una Constitución debía ser lacónica en sus descripciones porque no podría describir detalladamente en sus normas todas las soluciones para las circunstancias cambiantes.

¹¹ Fondo de Cultura Económica, México 1975. segunda edición de 1995.

¹² Para la compatibilidad entre la obra de Rawls y la de Hayek ver Sola, Juan Vicente, Hayek: the Rule of Law and the Challenge of Emergency. En <http://capitalism.columbia.edu/files/ccs/SOLA%20Session%204%202011-09-02.pdf>

¹³ Edmund Phelps colaboró con John Rawls en la redacción de su obra “Teoría de la Justicia” tal como lo reconoce Rawls en el prólogo de esa obra. Phelps tiene varias obras dedicadas al tema de la justicia y la economía, como “Economic Justice”. Penguin 1973 y fundamentalmente *Rewarding Work: How to Restore Participation and Self-Support to Free Enterprise*. Harvard 1999. También *Designing Inclusion: Tools to Raise Low-end Pay and Employment in Private Enterprise*. Cambridge University Press. 2003. Asimismo su comunicación al incorporarse a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. “La buena vida y la buena economía”. Buenos Aires, 2008.

¹⁴ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

La siguiente pregunta que debemos formularnos es ¿quién administra este contrato de largo plazo que llamamos la Constitución? Es decir, ¿cuál es su órgano de gobierno?¹⁵ Marshall había dado respuesta a esta pregunta en un fallo anterior y uno de los más famosos *Marbury vs. Madison*¹⁶ donde establece que “*es enfáticamente la provincia del poder judicial decir lo que la ley es*”, por lo que correspondía a los jueces y en última instancia a la Corte Suprema determinar el contenido de la Constitución. Este fue el inicio de la determinación del contenido constitucional a través de los precedentes que surgieron de la solución de las cuestiones constitucionales presentadas a los tribunales. La Constitución dejó de ser un texto formal único y se transformó en una “novela por entregas” según la expresión de Ronald Dworkin¹⁷.

Esta idea se ve reforzada aún por autores que no son contractualistas como es el caso de Jürgen Habermas que es un filósofo neokantiano y como tal tiene contactos con la idea original de Kant del contrato social¹⁸. En Habermas el derecho debe ser dialógico, es decir producto de un debate entre las partes y el juez, no existe una solución monológica para el derecho. Puede haber una norma inicial hipotética pero que para ser aplicada ha de debatirse en un juicio por las partes y el juez. En la idea de Habermas la prueba de legitimidad de una norma es que sea autoimpuesta, es decir que sea aceptada de tal manera que pueda ser considerada como impuesta por uno mismo y esto requiere participar en el

¹⁵ “Governance” en inglés. Sobre estructuras de gobierno en los contratos de largo plazo ver Oliver E. Williamson (2002). “The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract”. *Journal of Economic Perspectives* 16 (3): 171–195. Williamson obtuvo el Premio Nobel de Economía en el año 2009.

¹⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁷ La metáfora de la novela por entregas “chain novel” fue mencionada originalmente en Ronald Dworkin, *Law’s Empire* Harvard, 1986, págs. 228-238.

¹⁸ Jürgen Habermas *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* The MIT Press 1998. Sobre la teoría de Kant del Contrato Social ver Stanford Encyclopedia of Philosophy. Kant’s Social and Political Philosophy. <http://plato.stanford.edu/entries/kant-social-political/#SocCon>

debate de su sanción. Lo que legitima al debate judicial en una sociedad democrática es que permite un debate sobre la norma que efectivamente se va a aplicar. En esto hay un punto de contacto con otro neokantiano Hans Kelsen. Kelsen señala que una norma general hipotética para aplicarse debe transformarse en una norma individual obligatoria, si bien no dice estrictamente cómo se produce la transformación, menciona que es a través de una decisión judicial. Es decir que en el debate judicial la norma general se transforma en la norma individual pero lo que fundamentalmente realiza el juez luego del debate con las partes es determinar, e inclusive crea una norma en la que se base la resolución del caso actual y que servirá de precedente para casos futuros¹⁹.

Habermas también nos recuerda el trabajo de Frank Michelman²⁰ que desarrolla la doctrina republicana del poder y la basa en la necesidad del debate previo a la redacción de las normas. El ideal de Michelman es la asamblea donde todos los habitantes participan y debaten la norma esto le recuerda al “*town hall*” en las pequeñas poblaciones donde los vecinos se reunían para debatir los problemas y establecer la solución. El equivalente contemporáneo de asambleas es el Congreso, pero como él mismo señala, el Congreso no somos nosotros aun cuando hayamos votado para elegir a sus integrantes, y cuando una norma nos afecta directamente nuestra intención es la de participar en ese debate. Esa participación en el debate en el Congreso impone muy elevados costos de transacción para los interesados lo que la transforma en imposible para el común de los habitantes. Pero esta participación está garantizada en el debate judicial y es por eso que tanto Habermas como Michelman consideran que la decisión judicial es democrática ya que permite a las personas participar en el debate de las normas que se le van a aplicar.

¹⁹ Hans Kelsen. *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, 1945. pp. 113 y ss.

²⁰ Ver en Habermas, *Between Facts and Norms...* op. cit. p. 267 cap. 6. 3.

La decisión judicial como intérprete de la Constitución, entendida como un contrato de largo plazo que hace posible la convivencia entre los habitantes a través de las generaciones, requiere que haya un gobierno limitado pero también una sociedad que acepta sus decisiones. Fundamentalmente porque hay cierto tipo de decisiones que un gobierno mayoritario no puede tomar eficazmente. Tradicionalmente son de tres tipos:

1. las referidas a los derechos individuales garantizados en la Constitución pero que entran en conflicto con la legislación o reglamentación existentes;
2. las relacionadas con el sistema político y electoral ya que afecta directamente los intereses políticos y personales de los legisladores y funcionarios que deben tomar las decisiones; y
3. también el de las minorías que pueden ser discriminadas o simplemente ser consideradas antipáticas en un gobierno mayoritario.

Esta idea de la función judicial fue planteada originalmente por el juez Stone en la nota al pie de página N°4 en el caso *Carolene Products* de 1938²¹ y desarrollada la obra también clásica de John Hart Ely “Democracia y desconfianza”²². Existen definiciones más amplias sobre los contenidos de la decisión judicial que pueden resultar siendo la decisión definitiva sobre todas las normas que reglamenten los derechos constitucionales²³.

Si consideramos a la Constitución con un contrato de largo plazo y los jueces como la estructura de gobierno de ese contrato, hay razones prácticas dentro del sistema de división de poderes

²¹ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

²² John Hart Ely. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard 1980. P. 75 y ss.

²³ Andrew P. Morriss, Bruce Yandle, Andrew Dorchak. *Regulation by litigation*. Yale University Press 2008. P. 33 “Modes of regulation”. Esta obra escrita por economistas es algo sesgada en su descripción del proceso judicial.

que también fundamentan la expansión del ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Estas razones están asociadas con la economía de los costos de transacción. Toda reforma de la legislación es muy costosa ya que requiere un número importante de transacciones dentro de la sociedad. Quien quiera cambiar la legislación o la reglamentación en general se ve obligado a crear ya sean organizaciones no gubernamentales especializadas sobre el tema, o influir en un partido político, o desarrollar un lobby público u oculto suficientemente eficaz para obtener su objetivo. Es por ello que resulta una tarea prohibitivamente costosa cambiar la legislación por quien se ve afectado por ella. En cambio iniciar una acción judicial es relativamente sencillo y con bajos costos de transacción, particularmente si existen los medios procesales adecuados. Un elemento a tener en cuenta es que el juez siempre tomará una decisión ya que se excluye el silencio como respuesta, cambio frente a los poderes políticos solo existe el derecho constitucional de peticionar.

Me he referido a los argumentos que llamaríamos de la demanda de legislación es decir los intereses de los particulares, pero hay algo también del punto de vista de la oferta de legislación. Si hay una demanda de legislación o de regulación en general el sistema político puede no estar en condiciones de absorberla, ya que los costos de transacción de los legisladores son importantes: deben reconocer las demandas sociales, realizar audiencias, buscar consensos entre los peticionantes, redactar un proyecto. A todo esto se deben agregar las dificultades de negociar un texto con los demás legisladores y lograr las coincidencias básicas para que sea aprobado. Por lo tanto puede ocurrir que tanto el Ejecutivo como el Congreso no estén en condiciones de analizar y mucho menos de resolver muchas demandas sociales que tienen baja intensidad pero que son de la mayor importancia para quienes las sufren. Todos estos fenómenos han llevado a la llamada regulación a través del litigio.

Las herramientas procesales

Como ya fuera mencionado, el origen de la expresión “regulación a través del litigio” se debió al amplio conflicto social sobre las enfermedades causadas o agravadas por el consumo de tabaco. Era un tema en el cual legisladores y administradores estaban bloqueados tanto por las dificultades que planteaba en sí el tema como fundamentalmente por la activa influencia de la industria tabacalera en los órganos políticos de gobierno. Para superar ese bloqueo algunos gobiernos estatales iniciaron una acción de clase contra las empresas tabacaleras con el fin de obtener un resarcimiento económico para quienes sufrieran enfermedades o aun la muerte como consecuencia del tabaquismo. En estas circunstancias que llamaron la atención pública por el muy importante monto del resarcimiento, fue cuando el secretario de Trabajo Robert Reich dijo la ya mencionada frase que después haría historia “se ha acabado la regulación a través de la ley comienza la regulación a través del litigio”.

Muchas veces los cambios profundos en una sociedad son imperceptibles para quienes conviven con ellos y éste parece ser un caso. Nos encontramos frente a un fenómeno que cambia la vida de nuestra sociedad y sin embargo no lo tomamos con la trascendencia que tiene. Si esta tendencia a la regulación a través del litigio tiene éxito podríamos decir que la regulación administrativa o aun legal es un paso inicial para determinar los derechos de los habitantes. La reglamentación definitiva se producirá luego del debate que tendrá lugar entre las partes y el juez previo a la decisión judicial que determinará la constitucionalidad y razonabilidad de esa norma. Será efectivamente este procedimiento judicial el que llevará a la creación de la norma definitivamente aplicable. El reglamento originalmente sancionado será un paso inicial para la determinación de la norma definitivamente aplicable.

Este paso hacia la regulación a través del litigio requiere de herramientas procesales que permitan un amplio debate judicial de

las normas cuestionadas. Algunas de estas herramientas han sido desarrolladas y aun creadas por decisiones judiciales, que han establecido los mecanismos procesales para que la reglamentación a través del litigio pueda ser eficazmente aplicada. Que estas herramientas hayan sido creadas por decisión judicial son aplicaciones del derecho como orden espontáneo y evolutivo según lo expresara Friedrich von Hayek²⁴. Puedo citar los siguientes ejemplos:

1. La Acción de amparo creada en los casos Siri y Kot que permite la reparación de actos gubernamentales y de particulares que incumplan la Constitución o la ley en forma grave;
2. la transformación de la acción declarativa de certeza, la muy antigua “acción de jactancia”, en una verdadera acción que permite el pleno ejercicio del control de constitucionalidad de normas y actos gubernamentales y de particulares²⁵;
3. la administración judicial de conflictos graves como es el caso Mendoza para la limpieza del Riachuelo²⁶;
4. la institución de los “amigos del tribunal” o *amicuscuriae*²⁷ que permite la presentación de memoriales por personas o instituciones interesadas en el posible precedente que se establezca en un caso, permitiendo de esta manera la ampliación del debate constitucional y que asegura que

²⁴ La descripción del derecho como un orden espontáneo y evolutivo que no es producto de la voluntad de legislador alguno sino de un proceso descentralizado y evolutivo está desarrollado en la obra de Hayek: *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and politiceconomy*. Vol. 1 Rules and Order. P. 43 y ss. Sobre su aplicación a la regulación económica ver Juan Vicente Sola, Hayek: the Rule of Law and the Challenge of Emergency. En <http://capitalism.columbia.edu/files/ccs/SOLA%20Session%204%202011-09-02.pdf>

²⁵ Sobre este tema ver capítulo correspondiente a las acciones declarativas de certeza en Juan Vicente Sola. *Tratado de derecho Constitucional*. T. 5, La Ley. Buenos Aires. 2009.

²⁶ Sola, Juan Vicente. *La Corte Suprema y el Riachuelo*. La Ley. 2008-E, 117.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Acordada 28.04. Amigos del Tribunal.

no hay casos chicos cuando se tratan cuestiones regulatorias importantes; y

5. fundamentalmente el caso Halabi que estableció en nuestro derecho las acciones de clase. Las acciones de clase ya esbozadas en el artículo 43 de la Constitución bajo el nombre de amparo colectivo, y que permiten ampliar la extensión del precedente de una norma o su solución a un en cuanto al resarcimiento a todos los miembros de una clase y no solamente a quienes han iniciado el pleito²⁸.

Estos mecanismos procesales han expandido las posibilidades de la reglamentación a través del litigio y con ello han producido una revolución en nuestro sistema normativo.

El camino de la regulación

Frente a la reglamentación de derechos los funcionarios públicos tienen tres opciones:

1. Dictar directamente un reglamento;
2. negociar con las partes interesadas directamente en el reglamento; y
3. buscar y obtener una decisión judicial regulatoria.

Al elegir uno de estos caminos los funcionarios gubernamentales enfrentan un conjunto de costos y beneficios diferentes de los costos y beneficios que debe enfrentar la sociedad. De la misma manera quién toma decisiones dentro del mercado puede actuar de formas que impongan costos a otras personas porque solamente toma en cuenta sus propios costos y beneficios y no los

²⁸ Sola, Juan Vicente. El caso Halabi y la creación de las “acciones colectivas”. La Ley 2009-B, 154.

que debe asumir la sociedad en general. Un funcionario público puede actuar imponiendo costos a otras personas a través de sus decisiones porque considera exclusivamente sus propios objetivos aunque éstos puedan ser considerados legítimos. Cuando quienes actúan de esta manera son actores particulares utilizamos el término de “externalidades” para referirnos a ese comportamiento, de la misma manera, cuando quienes actúan son funcionarios públicos podemos denominar a estos costos “externalidades regulatorias”. Veamos qué clase de externalidad regulatoria enfrenta cada alternativa.

Los reglamentos inconsultos

La forma habitual de los funcionarios públicos para crear reglamentos es simplemente dictarlos cuando imaginan que existe una demanda social al respecto. Este proceso de redacción y aprobación del reglamento es generalmente cerrado e inconsulto, pero existen prácticas que permiten asegurar una mayor participación posible; para ello se puede cumplir alguno de los siguientes pasos:

1. Iniciar la sanción de un reglamento con un anuncio sobre los posibles contenidos de la norma a sancionar;
2. se puede crear un registro sobre los comentarios y opiniones existentes en el público referidos a la propuesta normativa;
3. Se puede ofrecer la oportunidad a personas o a grupos interesados que hagan comentarios sobre la propuesta normativa, lo que incluye la posibilidad en algunos casos que la agencia gubernamental responda a los comentarios efectuados; y

4. finalmente se aprueba el reglamento que ha obtenido alguna forma de consenso.

Debe agregarse la posible revisión judicial luego de que la norma ha sido sancionada para asegurar que se ha cumplido con el procedimiento establecido en la legislación y que se encuentra dentro de las competencias del órgano que la dictó.

Pero aunque los funcionarios públicos cumplieran con todos estos pasos previamente a la sanción de un reglamento, surgen algunas cuestiones que afectan la conveniencia de este procedimiento.

Una pregunta a plantearse es: ¿los beneficios públicos que se obtienen por la sanción de la norma justifican los costos públicos que se han asumido? Para cumplir con este requerimiento los funcionarios deben realizar el análisis de costo-beneficio sobre la norma a sancionar y sobre las alternativas existentes²⁹. Esta es una obligación que el funcionario o agencia gubernamental debe asumir previamente a la convocatoria de un debate público sobre la norma propuesta. Al mismo tiempo debe abrirse un debate en el cual la agencia gubernamental admita las propuestas y comentarios de personas o grupos de interés sobre el contenido de la norma propuesta, aunque los funcionarios pueden no prestar demasiada atención a los comentarios que reciben. Sin duda la participación en el debate de personas o grupos interesados mejora la calidad de la norma ya que la agencia gubernamental puede ajustar sus propuestas al tomar en consideración la nueva información traída al debate y que no había sido suficientemente considerada en la redacción de la propuesta original. Al mismo tiempo existe un beneficio para los grupos de interés de participar en este debate de la redacción de las normas porque aseguran que sus preferencias son

²⁹ Cass R. Sunstein. *The cost-benefit state: the future of regulatory protection*. The American Bar Association, 2002. P. 55 y ss. Ver también. Richard L. Revesz, Michael A. Livermore. *Retaking rationality: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health*. Oxford University Press, 2008.

tenidas en cuenta. Son las llamadas “preferencias reveladas” de decir que son las creencias u opiniones acompañadas por acciones concretas para que sean conocidas y probablemente afectadas. La importancia de la expresión de las preferencias es que aun cuando no influyan sobre los funcionarios que toman la decisión, pueden influir sobre los legisladores o aun de la opinión pública en instancias posteriores del proceso regulatorio. Asimismo este tipo de comentarios son una parte importante en los fundamentos de las demandas judiciales que puedan hacerse en contra de la norma propuesta.

La importancia de un período de debate público en las instancias previas de la reglamentación de los derechos está dada por dos razones fundamentales:

- a. Las personas y aún los grupos de interés deben ser escuchados en sus opiniones cuando se debaten normas que nos pueden afectar, es el fundamento de la norma constitucional de “peticionar a las autoridades”³⁰;
- b. el proceso de debate público puede mejorar las normas sustantivamente ya que aporta nueva información que la agencia gubernamental carecía. Como la información es siempre insuficiente y además asimétrica, es decir que sectores que pueden estar mejor informados que otros, el debate entre distintos grupos de interés y agentes gubernamentales permite criticar los argumentos y los datos aportados³¹.

Debe tenerse siempre en cuenta que las restricciones existentes a la publicidad del proceso regulatorio, y particularmente la reglamentación que se sanciona sin consulta pública, favorecen

³⁰ En el artículo 14 de la Constitución. El derecho de petición no se limita al poder ejecutivo, sino también al legislativo y al judicial. Requiere necesariamente de una respuesta pública.

³¹ David Epstein, Sharyn O'Halloran. *A Theory of Strategic Oversight: Congress, Lobbyists, and the Bureaucracy*. Journal of Law, Economics, and Organization October, 1995.

la búsqueda y obtención de rentas por parte de sectores bien conectados con los funcionarios gubernamentales, lo que lleva a un menoscabo del bienestar general.

Cuanto más amplio sea el proceso de toma de decisiones en la reglamentación de derechos por funcionarios públicos menor riesgo existirá que luego sea cuestionada por ser contraria al bienestar general, inclusive a través del proceso judicial. La tendencia a mantener en secreto la aprobación de la regulación sólo aumenta el riesgo de la obtención de rentas ilegítimas y del cuestionamiento judicial de la norma. Una norma ineficiente es aquella que promueve la revisión judicial, ya que pone a las personas que deben cumplirla en una situación peor a la que se encontrarían si la norma existente fuera otra. Lo que hace que la cuestionen judicialmente, lo que además la hace inestable en su vigencia.

La regulación a través de negociaciones

Cuando un reglamento es producto exclusivo de la administración, aunque fuera efectuado por decreto del poder Ejecutivo, corre el riesgo de ser despótico ya que fue aprobado sin mayor debate con la sociedad y propenso a ser secuestrado por grupos de interés bien conectados con el poder político. Esta criticable situación ha llevado a la posibilidad de que se abra algún debate sobre proyectos alternativos de regulación. Esta es la regulación a través de negociaciones y lleva a los funcionarios a trabajar con personas o grupos interesados en el resultado de la regulación y de esta manera restringir la extensión de las alternativas que pueda tener la norma finalmente propuesta. En este sistema, los representantes de los intereses que se verían afectados sustancialmente por la nueva norma, incluyendo los organismos gubernamentales que participen en su redacción, como puede ser la agencia gubernamental

mental especializada en el tema, negocian de buena fe para llegar a un consenso sobre la norma propuesta. Como paso inicial corresponde determinar la información sobre el riesgo que se quiere evitar con la reglamentación y toda información fáctica necesaria para tomar una decisión motivada.

La regulación a través de negociaciones tiene dos inconvenientes:

1. Toda reglamentación desarrollada por consenso es más compleja que la impuesta desde el gobierno. Porque se reglamentan los puntos sobre los que existe un consenso sencillo y pueden quedar fuera de la reglamentación muchos intereses legítimos que se ven afectados por ella, pero sobre los cuales no se pueden acordar fácilmente.
2. Puede también haber grupos de interés mejor organizados que acuerden entre sí y excluyan a los menos organizados de influir en el resultado de la regulación.

En toda negociación en la que intervienen diferentes grupos generalmente los grupos mejor organizados y con un menor número de miembros obtendrán rentas a costa de los otros grupos más numerosos y menos organizados³².

La regulación a través de negociación tiene entonces estas características:

1. Requiere una negociación temprana y continua entre los grupos de interés afectados directamente por el contenido de la norma.
2. Requiere del consentimiento o al menos del consenso generalizado y en lo posible unánime sobre la propuesta de norma negociada.

³² Ya nos hemos referido en una nota anterior al desarrollo del tema en la obra de Mancur Olson sobre la lógica de la acción colectiva.

3. Supone un aumento de costos de transacción para los funcionarios gubernamentales involucrados.
4. Requiere de la existencia de un procedimiento de notificación y solicitud de comentarios para los grupos o personas interesadas que no participen en la negociación.

La unanimidad o su forma simplificada el consenso, aseguran que todos los participantes apoyarán a la norma final y concede un gran prestigio a la norma creada pero tiene algunos inconvenientes. Puede producir un efecto perverso ya que los participantes en el proceso tienden a fomentar una selección de temas regulatorios que puedan tener éxito en la regulación, lo cual reduce la posibilidad de incluir cuestiones importantes pero que tengan dificultades para obtener el consenso. Al mismo tiempo las normas obtenidas por consenso tienden a ser ambiguas porque evitan los temas sensibles para las partes o si lo logran es a través de normas superficiales. El consenso creado lleva al mínimo común denominador que hace que las normas así acordadas tengan menos probabilidades de promover la innovación. Al mismo tiempo que crea un incentivo a que las partes asuman posiciones firmes en temas menores para entregarlas luego durante la negociación a cambio de puntos más importantes, lo que lleva a resultados regulatorios inferiores. Tampoco debemos olvidarnos del ego de los negociadores; toda negociación plantea cuestiones de prestigio político. Cuando los funcionarios gubernamentales deciden que van a negociar el contenido de una reglamentación envían una señal al público, a los grupos de interés y también a los legisladores señalando que esa agencia está interesada en la negociación y no en la imposición de normas. El objetivo de este tipo de comportamientos es el de aumentar la credibilidad de la agencia gubernamental ante los ojos de los legisladores y de los grupos de interés.

El proceso de negociación mejora la información que tiene la agencia gubernamental particularmente en temas difíciles o novedosos. Si por ejemplo, la base fáctica sobre la cual se va a

sustentar la reglamentación no es plenamente comprendida por los funcionarios gubernamentales, éstos pueden utilizar el debate con los grupos de interés para obtener información sobre el tema que se encuentra en manos privadas. En este caso son los regulados los que proveen de información al regulador. Asimismo ya que las negociaciones son generalmente cara a cara y aun en asambleas, se restringe la intrusión de consideraciones puramente políticas en todos los niveles regulatorios. Esta forma de negociación “dentro de la casa” es decir en el nivel técnico de la agencia gubernamental con exclusión de consideraciones puramente políticas es uno de los principales beneficios de la regulación a través de negociaciones. Pero sin embargo tiene un riesgo, ya que la exclusión de consideraciones políticas es en detrimento de los intereses públicos en general.

La regulación a través del litigio

En la regulación a través del litigio es un juez quien crea una norma jurídica a través del precedente establecido en su decisión. Pero tiene dos formas según quien sea el iniciador de los procesos judiciales que sean el origen de esos precedentes. En su versión más tradicional es una persona o empresa insatisfecha con la reglamentación, la que ataca su constitucionalidad, legalidad o razonabilidad a través de un juicio. En esta característica de regulación a través del litigio la norma jurídica que ha sido aprobada por el legislador o la administración se transforman en un primer proyecto de la norma definitiva, ya que esa reglamentación final será redactada definitivamente a través de una decisión judicial cuando ésta analiza su constitucionalidad y razonabilidad. La norma general hipotética es transformada por la decisión judicial para hacerla aplicable a un caso concreto y al hacerlo deberá contrastarse con el resto del ordenamiento jurídico y particularmente con la Constitución. Pero

también debe asegurarse su aplicación razonable. Por ese motivo puede decirse que una norma que no ha sido analizada y aplicada judicialmente no es una norma completa, es una norma hipotética.

Asimismo debe tenerse en cuenta que la regulación a través del litigio no excluye la negociación entre las partes. Por el contrario, las partes –entre las que figura el gobierno– pueden llegar a un acuerdo negociado en sede judicial y el juez podrá luego homologarlo dando así origen a una forma final de reglamentación en la han participado las partes interesadas. Es la aplicación del Teorema de Coase a la decisión judicial en el cual el juez reduce los costos de transacción para que las partes lleguen a través de negociación a un acuerdo que será siempre eficiente, ya que pone ambas partes mejor de lo que estaban antes, completando y mejorando al derecho originalmente aplicable³³.

Pero hay una segunda y más reciente versión de la regulación a través del litigio y que ocurre cuando una agencia gubernamental demanda a un organismo público o a personas o empresas privadas por el no cumplimiento de una reglamentación existente, como lo hacía un actor particular en la primera hipótesis planteada. El objetivo del litigio no es de imponer una sanción sino establecer la interpretación correcta de un reglamento y determinar su contenido normativo. De la misma manera que en otras formas de regulación el resultado final es un conjunto de normas detalladas que imponen comportamientos futuros. La diferencia es que la determinación de la norma final es a través de un precedente judicial, es decir, una norma creada por la decisión judicial luego de un debate entre las partes y, en algunos casos, luego de una negociación entre las partes que ofrezcan una conciliación al juez.

³³ Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost” (1960) 3 *Journal of Law and Economics* 1-44. Sobre este artículo George Stigler desarrolló el “Teorema de Coase”. Stigler recibió por este tema el Premio Nobel de Economía en 1981. Ronald Coase lo recibió en 1991. La bibliografía sobre Coase es inmensa y su artículo “El Problema del Costo Social” probablemente el más citado de la historia en la revistas jurídicas.

En este último caso es el acuerdo en que las partes negocian el que establece la nueva norma o una nueva versión de una antigua norma y que el juez acepta y transforma en obligatoria.

La regulación a través del litigio podría describirse esta manera:

1. En el debate previo la decisión judicial participan exclusivamente las partes en el caso y quienes introduzcan un memorial de *amicus curiae*. En algunos casos la idea de partes en el proceso muy amplia por ejemplo cuando se trata de acciones de clase o en los casos de administración judicial de grandes conflictos.
2. No hay una supervisión en esta decisión por parte del poder legislativo o del poder ejecutivo.
3. La decisión es aplicar las partes y no formalmente al público en general, pero el precedente tendrá las características de ejemplaridad que tienen este tipo de decisiones judiciales particularmente si provienen de la Corte Suprema. Con más razón si se trata de una acción de clase, que aunque sólo se aplica a la clase que participó en el proceso, ésta puede tener contenido muy amplio.
4. El litigio tendrá la participación amplia de la actividad o industria regulada para que, de esta manera, sirva como un sustituto de los reglamentos tradicionales.

¿Gobierno de los jueces?

En un libro ya clásico de Raoul Berger³⁴ consideró que el aumento del control judicial correspondía a la legitimidad platónica

³⁴ *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. [1975] Liberty Fund, 1997.

del filósofo rey y no a la legitimidad democrática. Curiosamente el autor consideraba como malos ejemplos a los fallos de la Corte Warren que ampliaban los derechos humanos mucho más que lo que el Congreso estaba dispuesto a reconocerlos.

Señala Bruce Ackerman³⁵ que en los Estados Unidos las principales reformas constitucionales no se efectuaron por el procedimiento previsto de enmiendas constitucionales sino a través de decisiones judiciales y con mucha mayor razón fueron decisiones judiciales las que establecieron las principales reformas legislativas. Es el caso del New Deal y de la reforma de los derechos constitucionales de los años 60, pero también de los cambios iniciados a partir de los años 90 a favor del “nuevo federalismo” y de libertad de expresión.

Los cambios profundos en las sociedades no son siempre visibles fácilmente a los observadores, son mucho más llamativos los cambios electorales visibles y sin embargo muchas veces son insustanciales sobre la influencia profunda que pueden dejar en las sociedades. En su obra “El prerrequisito económico para las democracias” Dan Usher sostenía que en las democracias estables el destino de los habitantes no debía depender de una votación, ya que ésta no debería variar los derechos ni los intereses económicos de las personas³⁶. Porque si el resultado de una elección pudiera cambiar totalmente la vida de las personas se crearían los fundamentos para conflictos futuros y se instalaría la inestabilidad política. La evolución de la ley es producto de la evolución, y a través de la participación amplia de las personas, aun de aquellas que no pueden hacer oír su voz en el proceso político. Incluso en sociedades como las nuestras en la que las decisiones electorales tienen consecuencias a veces impensadas por los votantes, la actividad política es parte del “estado espectáculo” o del “estado seductor”

³⁵ Bruce Ackerman, *We the People: Volume 2: Transformations*. The Belknap Press. 1998. P. 312. The missing amendments.

³⁶ *The Economic Prerequisite to Democracy*. Columbia UnivPr, 1986.

según la expresión de Régis Debray³⁷, antes que la respuesta de todas las demandas sociales. Es por ello que la decisión judicial aparece finalmente como democrática, ya que permite la participación directa de todas las personas en la decisión normativa que se les va a aplicar.

³⁷ *L'Étatéducteur. Les révolutions médiologiques du pouvoir*. Gallimard.