

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VICISITUDES Y RETOS DEL PAPEL INSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL

Raúl Gustavo FERREYRA

SUMARIO: I. *Punto de partida*. II. *Frutos de la obra*. III. *Fallos trascendentes*. IV. *El asalto de causas*. V. *Datos sobre el control de constitucionalidad interórganico*. VI. *El papel institucional: ¿cuál es?, ¿cuál debe ser?* VII. *Autoridad del precedente*. VIII. *¿Codificación o dispersión?* IX. *Arbitrariedad de sentencia y tribunal intermedio*. X. *¿Estabilidad absoluta o relativa?* XI. *Caminos de la jurisdicción discrecional: ¿el certiorari sin política judicial, el certiorari fundado o sencillamente: certiorari?* XII. *Publicidad de los actos de gobierno republicano*. XIII. *Tensiones entre la política y el derecho*. XIV. *Punto de llegada*.

I. PUNTO DE PARTIDA

En clave teórica, aunque no sea del todo riguroso, pero con la finalidad de mantener el propio vocabulario de la Constitución de la nación Argentina—en adelante, CN—, se ha de entender en este trabajo por “naturaleza y duración”, por un lado, y por “atribuciones”, por otro, el compendio básico de la potestad jurisdiccional. El texto constitucional sancionado el 1o. de mayo de 1853 empleó esta denominación para los dos capítulos que lo integraban (*cf. arg.* artículos 91-100).¹ En el proyecto de Juan Bautista Alberdi, padre intelectual de la Constitución, las propiedades de la

¹ Véase *Constitución de la Confederación Argentina*, segunda parte, título I “Gobierno federal”, sección 3a. “Del Poder Judicial”, capítulo I: “De su naturaleza y duración”, capítulo II: “Atribuciones del Poder Judicial”, Ravignani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, Buenos Aires, Peuser, 1939, t. VI, segunda parte, pp. 871-922.

jurisdicción venían definidas en el propio texto: a secas, bajo la denominación “Del Poder Judicial”, sin división en capítulos, se desarrolló el programa normativo (*cf. arg.* artículos 93-98).² El texto constitucional reformado en 1860, aunque cambió la numeración —artículos 94-103—, mantuvo la denominación originaria. La reforma constitucional de 1994, que introdujo un nuevo organismo constitucional: el Consejo de la Magistratura, con todas las implicaciones que ello supone (*cf. arg.* artículo 114 y concordado. de la CN), nada varió: las leyendas de los dos capítulos se mantienen inalteradas (*cf. arg.* artículos 108-119).

El análisis dogmático de las disposiciones normativas que programan el Poder Judicial muestran que la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en adelante, CSJN o la Corte— no sólo es el más alto Tribunal de Justicia, sino además es el paradigma del control de constitucionalidad. El 15 de octubre de 2003 la CSJN cumplió 140 años de labor jurisdiccional³ y el 1o. de mayo, también de 2003, se cumplieron 150 años desde la creación de su sistema normativo. En 1888, la CSJN declaró por mayoría y por primera vez la inaplicabilidad de una ley del Congreso por considerarla contraria a la CN.⁴ Sostengo, sin temor a equivocarme demasiado, que la Corte argentina es uno de los tribunales de justicia, con competencia en la materia constitucional, más antiguos del mundo. Decir que el papel de la CSJN se encuentra en el centro del debate institucional argentino, no es más que verificar un fenómeno de fácil comprobación.⁵ Sin embargo, investigar y

2 Alberdi, Juan Bautista, *Obras selectas*, nueva edición, ordenada, revisada y precedida de una introducción por Joaquín V. González, Bs. As., Librería La Facultad de Juan Roldán, 1920, t. X, “Bases y Comentarios de la Constitución Argentina”, pp. 298 y ss.

3 Su primer fallo fue en los autos fue “Miguel Otero vs. José Nadal”, *Fallos* 1:17.

4 CSJN, *Fallos* 33:162, “Municipalidad de la capital c/ Elortondo”, resuelto el 14 de abril de 1888.

5 El 27 de junio de 2003 pocos días después de la asunción del actual presidente de la nación, Néstor Kirchner se produjo, la renuncia a su cargo como presidente de la CSJN de Julio Nazareno. El 24 de octubre de 2003, el juez de la Corte Guillermo López presentó su renuncia a partir del 1o. de diciembre. Ambas renunciaciones seguramente habrían estado motivadas por sendos juicios políticos que, teniendo como acusados a los nombrados, avanzaban en la Cámara de Diputados de la nación. El juez de la Corte Eduardo Moliné O’Connor fue suspendido preventivamente en sus funciones el 8 de octubre de 2003, mientras se aguarda su juzgamiento en juicio público en el Senado de la nación.

reflexionar sobre el particular con rigor científico implica fijar lineamientos de una teoría de la jurisdicción.⁶

El papel institucional de la Corte es, en forma sustantiva, el papel de la cuestión jurisdiccional como una de las trayectorias centrales que trae y supone el ejercicio del poder. En el marco de la separación de los poderes, la estructura judicial —cuya cabecera ocupa la CSJN— observa tres funciones capitales: *a*) decidir o dirimir conflictos, tanto en su jurisdicción por apelación ordinaria como en la originaria; *b*) jurisdicción constitucional, en la que tiene lugar la actividad cumbre de la potestad: el control judicial de constitucionalidad, actividad decisoria que puede insertarse en cualquiera de las hipótesis jurisdiccionales que anteceden o, específicamente, como jurisdicción por apelación extraordinaria; en estos casos, el grueso de la tarea, que es la custodia de la supremacía constitucional, se impone; y *c*) el autogobierno (potestad hoy en apariencia concurrente en razón de la existencia del Consejo de la Magistratura).⁷

No discutiré si la CSJN ha ejercido en el pasado razonablemente bien o con fuerte timidez el control judicial de constitucionalidad; diré, más bien, que en el tiempo actual —cuyo horizonte de proyección para el futuro es inevitable— tal actividad se encuentra fuertemente comprometida. Entiéndase que la referencia a “control judicial de constitucionalidad” se relaciona con la tarea que se ejerce sobre la producción del Congreso y sobre la del Poder Ejecutivo. Queda fuera del concepto solamente por razones analíticas, sobre las que luego volveré con más detalle —*ut infra* IV—, la doctrina de las sentencias arbitrarias, léase la doctrina judicial del más alto Tribunal de Justicia por intermedio del cual se dejan sin efecto o anulan las decisiones jurisdiccionales pronunciadas por los tribunales inferiores de la nación por comportar una irrazonable aplicación del derecho positivo en vigor.

La proposición capital desarrollada en esta ponencia consiste en que son las disposiciones normativas que organizan el sistema jurídico sobre el que se apoya la CSJN, o el exagerado estiramiento que de ellas se hace por vía de la interpretación, las que, precisa y concretamente, comprometen un funcionamiento racional y eficiente del órgano.

Fijada la dimensión del problema, por amor a la claridad el trabajo se encuentra dividido en dos partes, aplicándose criterios de naturaleza

⁶ Cfr. Zaffaroni, Eugenio, *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 19.

⁷ *Ibidem*, pp. 55 y 59.

empírica y de naturaleza conceptual, respectivamente. En la primera parte, de fuerte contenido observacional, se pasa revista a un listado de algunos fallos trascendentes de la CSJN, a la cantidad de decisiones que motivaron el control de constitucionalidad y a lo que aparece como el principal obstáculo a la racionalidad jurisdiccional: el gigantesco exceso de tareas, implicación del acrecimiento de las competencias. En la segunda parte se exponen razones de fuerte ligamen conceptual que se ensayan para la superación de los desafíos que se imponen en la actualidad.

II. FRUTOS DE LA OBRA

Analizar el itinerario de la CSJN es analizar sus fallos. Para el elogio o para la crítica, las proposiciones capitales están en su jurisprudencia.

Verdad perogrullesca, pero verdad al fin, es materialmente imposible hacer aquí siquiera una lista de las principales sentencias del Tribunal; tal labor insumiría páginas y más páginas. Sin embargo, y sin ninguna intención de hacer una tratadística de la jurisprudencia del tribunal, una breve incursión por su repertorio jurisprudencial —la colección Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— permite comprobar que hay determinados fallos, dentro de los miles y miles pronunciados en un siglo y cuatro décadas, que ningún análisis riguroso de su labor jurisprudencial debería dejar de considerar. No afirmo que son los más importantes; en todos ellos se insinúa con firmeza, de una manera u otra —por acción, porque la Corte lo hizo con acierto o con error, o por omisión, porque la Corte debió hacerlo y no lo hizo—, el fenómeno del papel institucional del Tribunal. Hace meses nada más, tal “papel institucional” ha sido citado por la propia Corte, en el fallo “Provincia de San Luis c/Estado nacional y otro”.⁸

Se ha considerado prudente una mínima investigación sobre la jurisprudencia del Tribunal. Sus resultados más evidentes no dependen, insisto, de la plausibilidad o implausibilidad dogmática o axiológica que emerja del fallo. Algunos de los fallos que más abajo se citan, no deberían haber sido dictados jamás por la Corte, su demérito es tajante, especialmente por haberse renunciado a la custodia de la Constitución o avalado golpes de Estado o la demolición de los derechos fundamentales.

8 Del voto de los jueces Moliné O'Connor y López, considerando 52.

Consecuentemente, se citan cincuenta sentencias escogidas con arbitrio, y meramente como muestra representativa de la actividad del Tribunal, pero también advirtiendo que muchos de estos fallos han sido posibles en el medio de una impresionante sobrecarga del Tribunal. ¿No sería mejor alivianarlo y permitirle que trabaje a fondo cuestiones jurídicas sustantivas y trascendentes al estilo de “Ríos” en 1863, “Siri” en 1957 o “Bazterrica” en 1986, “Ekmekdjian” en 1992 o “Provincia de San Luis” en 2003?

Invito entonces a repasar en el próximo apartado el listado cronológico de algunos leading cases de la Corte, los que inmediatamente luego de identificados por el nombre de las partes, consignan la fecha del pronunciamiento, permitiendo una lectura con algún sesgo histórico.

III. FALLOS TRASCENDENTES

Veamos pues este listado. Para facilitar la lectura divido en cuatro fragmentos el material jurisprudencial, cuya principal finalidad es la comodidad y ulterior ubicación del precedente. No habrá que buscar otro fundamento al que obedezca la distinción porque no lo hay. Aunque los fallos de los rubros (A) y (B) son los que observan más fuertemente líneas jurisprudenciales predeterminadas por la Corte Suprema de Estados Unidos de América., éstas no han sido el criterio para agruparlos. El 6 de septiembre 1930 se produce el primero de los seis quebrantamientos del orden estatuido por el sistema de la Constitución federal; los golpes de Estado se repitieron en 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976; tampoco, para generar el criterio distintivo de los rubros (B) y (C), la pauta rectora residió en el hecho de que la decisión haya sido pronunciada o no por integrantes del más alto Tribunal designados en épocas de facto.

1. *Siglo XIX*

“Ramón Ríos y otros” (4 de diciembre de 1863), Fallos 1:32; “Baldomero Martínez y otro” (5 de agosto de 1865), Fallos 2:127; “Municipalidad de la Capital vs. Elortondo” (12 de noviembre de 1886), Fallos 33:162; “Joaquín M. Cullen vs. Baldomero Llerena” (7 de septiembre de 1893), Fallos 53:420.

2. Siglo XX: primera mitad

“Celestino M. Rey vs. Alfredo y Eduardo Rocha” (2 de diciembre de 1909), Fallos 112:384; “Agustín Ercolano vs. Julieta Lanteri de Renshaw” (28 de abril de 1922), Fallos 136:161; “Acordada s/ reconocimiento del gobierno surgido de la revolución del 6 de septiembre de 1930” (10 de septiembre de 1930), Fallos 158:290; “S.A. Tomás Devoto y Cía. vs. Gobierno Nacional” (22 de septiembre de 1933), Fallos 169:111; “Oscar Agustín Avico vs. Saúl G. de la Pesa” (7 de diciembre de 1934), Fallos 172:21; “S.A. Ganadera Los Lagos vs. Nación Argentina” (30 de junio de 1941), Fallos 190:142; “Acordada s/ reconocimiento del gobierno surgido de la revolución del 4 de junio de 1943” (7 de junio de 1943), Fallos 196:5.

3. Siglo XX: segunda mitad

“Ricardo Balbín” (27 de abril de 1950), Fallos 216:522; “S.A. Comercial Staudt y Cía. vs. Emilio Padua y otros” (15 de julio de 1954), Fallos 229:368; “Ricardo Oscar Mouviel y otros” (17 de mayo de 1957), Fallos 237:636; “Juan Domingo Perón” (21 de junio de 1957), Fallos 238:76; “Domingo Colalillo vs. Cía. de Seguros España y Río de la Plata” (18 de septiembre de 1957), Fallos 238:550; “Ángel Siri” (27 de diciembre de 1957), Fallos 239:459; “S.R.L. Samuel Kot” (5 de septiembre de 1958), Fallos 241:291; “Angel Russo y otra vs. E.C. de Delle Donne” (15 de mayo de 1959), Fallos 243:467; “Cine Callao” (22 de junio de 1960), Fallos 247:121; “Elena Fernández Arias y otros vs. José Poggio” (19 de septiembre de 1960), Fallos 247:646; “Jorge Antonio” (28 de octubre de 1960), Fallos 248:189; “Juana Ana Soria de Guerrero vs. S.A. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.” (20 de septiembre de 1963), Fallos 256:556; “Jacobo Timerman” (20 de julio de 1978), Fallos 300:816; “Ana María Pérez de Smith” (21 de diciembre de 1978), Fallos 300:1282; “Diego Enrique Fiorentino” (27 de noviembre de 1984), Fallos 306:1752; “Indalia Ponzetti de Balbín vs. Editorial Atlántida S.A.” (11 de diciembre de 1984), Fallos 306:1892; “Strada vs. Ocupantes del perímetro calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen” (8 de abril de 1986), Fallos 308:490; “Julio César Campillay vs. La Razón y otros” (15 de mayo de 1986), Fallos 308:789; “Gustavo M. Bazterrica y Alejandro C. Capalbo” (29 de agosto de 1986), Fallos 308:1392; “Juan B. Sejean vs. Ana M. Zacks de Sejean” (27 de noviembre de 1986), Fallos 308:2268; “Causa ex Comandantes” (30 de

diciembre de 1986), Fallos 309:5; “Antonio J. Ríos” (22 de abril de 1987), Fallos 310:819; “Ramón Juan Alberto Camps y otros” (22 de junio de 1987), Fallos 310:1162; “José R. Dromi s/ avocación” (6 de septiembre de 1990), Fallos 313:863; “Luis Arcenio Peralta y otro vs. Nación Argentina” (27 de diciembre de 1990), Fallos 313:1513; “Nación Argentina vs. Arenera El Libertador S.R.L.” (18 de junio de 1991), Fallos 314:595; “Miguel Ángel Ekmedjian vs. Gerardo Sofovich y otros” (7 de julio de 1992), Fallos 315:1492; “María Romilda Servini de Cubría vs. Mauricio Borensztein y otro” (5 de julio de 1994), Fallos 317:771; “Cafés La Virginia S.A.” (13 de octubre de 1994), Fallos 317:1282; “Horacio Giroldi y otro” (7 de abril de 1995), Fallos 318:514; “Video Club Dreams vs. Instituto Nacional de Cinematografía” (6 de junio de 1995), Fallos 318:1154; “Sixto C. Chocobar vs. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos” (27 de diciembre de 1996), Fallos 319:3241; “Juan Octavio Gauna” (7 de mayo de 1997), Fallos 320:875; “Jorge Rodríguez, jefe de Gabinete de Ministros de la Nación” (17 de diciembre de 1997), Fallos 320:2851; “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria” (7 de mayo de 1998), Fallos 321:1352; “Facundo Raúl Urteaga” (15 de octubre de 1998), Fallos 321:2767; “Carlos Santiago Fayt vs. Nación Argentina” (19 de agosto de 1999), Fallos 322:1616.

4. *Siglo XXI*

“Mill de Pereyra” (27 de septiembre de 2001); “Smith, J.” (1o. de febrero de 2002); “Provincia de San Luis vs. Estado Nacional” (5 de marzo de 2003).

La mayoría de estos fallos citados son fáciles de percibir y complejos de ser aprisionados en una sola definición. Tienen la peculiaridad de desbordar los límites del caso en el que fueron pronunciados.⁹ A su vez, poseen un rasgo propio: si bien refieren a las más variadas materias del mundo jurídico, el común denominador que los englobaría no sería otro que el contenido mínimo y limitaciones a los derechos fundamentales por un lado, y la separación (y control recíproco) de las funciones estatales, por

⁹ Algunos de ellos caen en la denominación de “fallos institucionales”, *cfr.* Alfonso Santiago (h.), “La Corte Suprema, sus funciones y el control constitucional”, Buenos Aires, La Ley, 1993-E, nota 19, p. 871.

otro. En pocas palabras: derechos fundamentales (naturaleza, contenido, restricciones, desnaturalizaciones, mutaciones) y poder del Estado y la relación del Estado federal con entidades autónomas (división, separación, distribución, interrelación, control), bien podría ser un título, muy apresurado, desde luego.

Sea por lo valioso, porque la CSJN ejerció razonablemente en tiempo y forma el control jurídico de constitucionalidad, o sea por lo opuesto, porque la Corte actuó de manera demasiado permisiva no ejerciendo ese control, todos los fallos conducen a la ponderación, en última instancia, de las propiedades definitorias como las específicas del papel constitucional de la Corte, cualidades que son descritas *ut infra* I.

IV. EL ASALTO DE CAUSAS

En 1949 ingresaron en la CSJN alrededor de mil causas. Ocho años más tarde, el número llegó casi a duplicarse. En 1984 habían ingresado en la Corte 3,778 causas, de las cuales fueron resueltas 3,135.¹⁰ La relación, años posteriores, siguió *in crescendo*. Durante 1999 ingresaron —computando secretaría juicios originarios, pero excluyendo los de índole provisional— 11.396 expedientes. En 2000 fueron 7003. Y en 2001 totalizaron 7,273 expedientes los que ingresaron al más alto Tribunal pero, computando el atraso de años anteriores, al 31 de diciembre de 2001 quedaron 10,878 causas en trámite a la espera de una decisión de la CSJN. A la misma fecha, los expedientes tramitados en materia previsional en las secretarías judiciales de la Corte que aguardaban sentencia eran 8,495.

En todos los casos, la capacidad de maniobra del Tribunal demuestra que la cantidad de expedientes resueltos es sensiblemente inferior a la que ingresa.¹¹ Solamente si se tiene en cuenta el promedio de ingreso de los años 2000 y 2001, es evidente que para analizar, valorar y luego decidir sobre dichas causas, los jueces deberían estudiar casi veinte causas por día, sin descansar sábados ni domingos ni los días de feria judicial anual.

10 González Echenique, J. A. M., “La Corte Suprema Nacional”, *La Ley*, Buenos Aires, 1990-A, pp. 1113-1116.

11 Fuente: CSJN.

En 1947 la población de la Argentina no llegaba a 16,000.000 de habitantes; en 2001, el censo general verificó cerca de 37,000.000 de habitantes.¹² Quiere decir esto, que mientras la población de la Argentina creció en 54 años casi dos veces y media, en casi idéntico periodo el crecimiento de causas que ingresaron a su más alto Tribunal fue, al menos, de siete veces si se comparan las causas ingresadas en 1949 con las de 2001, y mucho más si la comparación efectivamente se realiza sobre el total de causas al resolver la finalización del último año indicado, ¿significa realmente una distorsión?

Se dice de un estado de cosas que es posible lógicamente cuando la proposición según la cual existe ese estado de cosas no es autocontradictoria. Un estado de cosas es posible empíricamente cuando no es contrario a las leyes de la naturaleza.¹³ Si bien es cierto que la naturaleza tiende a mostrarnos que funciona de formas con las que incluso ahora no estamos familiarizados, lo que sólo significa que hay más casos empíricamente posibles de los que se conocen hasta ahora, haciendo abstracción de las posibilidades técnicas —que pueden variar—, no parece empíricamente posible que un juez pueda leer y sentenciar, sin cesar, diez, veinte o treinta expedientes todos los días de su vida. Por lo pronto, si lo que se pretende es que la Corte configure verdaderamente un tribunal de derecho y garantías constitucionales, y también uno de los poderes del Estado, habría que ir confiando en que su estructura normativa —que permite el ingreso anual de miles de causas judiciales— no juegue precisamente en su favor.

12 El total de la población, según el censo general de 1947, fue de 15,893.827 de personas. En el censo general de 2001 fue de 36,223.947 de personas. Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

13 *Cfr.* Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, Madrid, Alianza, 1982, p. 220.

V. DATOS SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD INTERÓRGANICO¹⁴

El control de constitucionalidad de las leyes no fue diseñado expresamente en el texto constitucional argentino de 1853. A semejanza del proceso que se vislumbró en el derecho constitucional estadounidense, la fuente de la que provienen los elementos principales que configuran los requisitos para que proceda el control de constitucionalidad y el enmarcamiento de su radio de acción se han gestado primordialmente en fuente judicial.

En una de sus primeras resoluciones judiciales —caso “Calvete”—, la Corte sostuvo que ella era la intérprete final de la Constitución, por cuya razón siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho en el que se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte.¹⁵ Años después, en 1872, en la causa “Ocampo” la Corte dijo que sus decisiones son finales y que ningún tribunal las podía revocar, representando en la esfera de sus atribuciones la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones.¹⁶

La descripción de las características sobresalientes del control de constitucionalidad es la siguiente.

Primero, es difuso; comprende a todos los jueces sin distinción de categorías o jurisdicciones nacionales o provinciales, aunque paradigmáticamente lo ejerce la CSJN.

14 Diego Valadés afirma que controlar al poder es un acto de poder; el control del poder supone dos niveles distintos de acción: por un lado, los que el poder se autoaplica y por otro, los que suponen la intervención de agentes de la sociedad, como los electores y los medios de comunicación. A la primera modalidad se la denomina controles internos y se distinguen en políticos y jurídicos, recorriendo básicamente tres esferas: la que se observa dentro del mismo órgano, la que se da entre diversos órganos y la que se verifica en el ámbito federal. Por su parte, los controles externos corresponden a la segunda modalidad (*El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 998, pp. 6, 7, 17 y 144). Por mi parte, abreviando en esta clave teórica, el control de constitucionalidad sería un “control interno jurídico” que supone, sin duda, un importante grado de desconcentración y, desde luego, una activa participación ciudadana.

15 CSJN, *Fallos*: 1:548.

16 CSJN, *Fallos*: 12:155.

Segundo, la inconstitucionalidad debe ser introducida oportunamente por la parte que la alega en causa judicial.

Tercero, el ámbito sobre el que recae la revisión de constitucionalidad abarca disposiciones normativas —generales o particulares— de naturaleza subconstitucional y de cualquier origen y también actos concretos, hechos de particulares o estatales y omisiones. La materia controlable: constituciones provinciales, leyes, tratados internacionales sin jerarquía constitucional, ordenanzas, decretos, reglamentos y actos administrativos de carácter general y también actos administrativos de naturaleza individual. Las sentencias judiciales también son una materia controlable pero, como se ha dicho más arriba —*ut supra* I— se limita en este trabajo el control de constitucionalidad al que se ejerce interorgánicamente y no al que típicamente se materializa intraórganos, es decir, el control de sentencias por arbitrariedad.

Cuarto, en principio, el control de constitucionalidad no se ejerce respecto de las denominadas cuestiones políticas, esto es, sobre la zona de potestades exclusivas del Congreso y del Poder Ejecutivo. También, la reforma constitucional, como competencia del Poder Constituyente derivado, debe quedar fuera del teatro de operaciones del control de la constitucionalidad, entendido en sentido estricto.

Quinto, la revisión de constitucionalidad es un control a posteriori, ya que el procedimiento no tiene carácter preventivo; es reparador, dado que se ejerce sobre y respecto de disposiciones normativas o actos u omisiones elaboradas por el órgano competente.

Sexto, en principio, el control jurídico de la constitucionalidad procede si se lo ejerce dentro de “causas” contenciosas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre las partes adversarias que litigan; no hay control, por ende, cuando lo perseguido es la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de los otros poderes.

Séptimo, en principio, el juicio de adecuación constitucional no es procedente de oficio, es decir sin petición de parte que demuestre un interés concreto en la inaplicabilidad de la norma o acto que dé origen a su reclamo o defensa jurisdiccional. Se trata de una doctrina judicial que pareciera batirse en retirada.¹⁷

¹⁷ Bazán, Víctor, “Recurso extraordinario y control de constitucionalidad de oficio”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2003-I, pp. 1273-1291.

Octavo, es decisorio, aunque queda sometido a la jurisdicción supranacional. Pese a que los fallos de la CSJN son obligatorios para las partes, en excepcionalísimas circunstancias tales decisiones podrían ser dejadas sin efecto por la Corte Interamericana de Justicia si violan la Convención Americana de Derechos Humanos (*cfr. arg.* artículo 66-69 de la Convención).

Noveno, la declaración de inconstitucionalidad de un disposición normativa o acto tiene efectos en el proceso judicial donde se declaró, debiendo el juez resolver como si la disposición normativa no existiera.

Décimo, lo resuelto se circunscribe al caso concreto, salvo lo que se verá más adelante respecto de la jurisprudencia de la CSJN.

La doctrina judicial de la CSJN, en materia de declaración de inconstitucionalidad, se orienta sobre criterios rectores: el material normativo producido por los órganos del Estado se presume constitucional; el pronunciamiento de inconstitucionalidad es la ultima ratio del ordenamiento en vigor; y, en caso de duda, debe optarse por la constitucionalidad de una norma y no por su invalidez.

Recientemente, Jorge Bercholc ha dado a conocer los resultados de una investigación sobre la jurisprudencia de la CSJN durante el periodo 1935-1998. Dicho trabajo limitó su campo al control judicial de leyes y demás producción proveniente de los departamentos políticos —Congreso/presidente—, sin considerar las sentencias arbitrarias. Investigó el control de constitucionalidad interpoderes y no el que ejerce la CSJN sobre los tribunales inferiores por la propia actividad jurisdiccional de estos.¹⁸ Bercholc detectó que en 2055 decisiones judiciales la CSJN trató cuestiones sobre constitucionalidad de disposiciones normativas de rango subconstitucional; observó que, sobre dicho total, el más alto Tribunal declaró inconstitucionalidades en 623 decisiones judiciales. Estos pronunciamientos provocaron la declaración de inconstitucionalidad y su consecuente inaplicación judicial de 273 disposiciones normativas de origen

18 Bercholc, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* respecto de los otros poderes políticos a través del control de constitucionalidad, 1935-1998, Buenos Aires, Nuevo Centro de los Estudiantes de Derecho, Facultad de Derecho, pp. 20 y 25. El autor llevó adelante la investigación teniendo como fuente los fallos publicados por la *Revista Jurídica La Ley*, precisamente, entre 1935-1998.

nacional, entre las que 117 fueron leyes, y 307 disposiciones normativas provenientes de fuente provincial, 201 fueron leyes.¹⁹

Cumpliendo con la propuesta descripta *ut supra* I, no se juzga si la cantidad de pronunciamientos en los que recayó una declaración de inconstitucionalidad es óptima, medianamente razonable o pésima. Llamo la atención, por ahora, que si el más alto Tribunal de Justicia de la Argentina, como sucede actualmente, concentra su actividad jurisdiccional en el control intraórgánico proveniente del examen de constitucionalidad de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores, a lo que cabe añadir la materia previsional, cuesta trabajo entender bajo qué marco y bajo qué condiciones puede ser racionalmente ejercido el control de constitucionalidad interórgánico. ¿La función de control de constitucionalidad de las leyes está en crisis?²⁰

VI. EL PAPEL INSTITUCIONAL: ¿CUÁL ES?, ¿CUÁL DEBE SER?

En 1984, Germán J. Bidart Campos expresó que la Corte es, a la vez, tribunal y poder; un tribunal que cumple una función del poder, un tribunal que tiene poder, un poder que por su función requiere ser tipularizado por un órgano con tipología orgánica y funcional del tribunal.²¹

En mi opinión, dentro del contexto de la expresión “separación de los poderes”, el vocablo “poder” condensa por lo menos dos significados que conviene distinguir.²² En un primer sentido, “poder” se refiere a las funciones del Estado; en este caso, funciones jurisdiccionales que básicamente consisten en interpretación y aplicación de disposiciones normativas. En un segundo sentido, “poder” se refiere a los órganos-institución del Estado que operan la función.

19 Aclara el autor que la diferencia entre 623 “fallos” judiciales y 580 “normas” obedece a que se evitó el recuento de disposiciones normativas cuando estas se repitieron en otros fallos.

20 Eugenio Raúl Zaffaroni puso de manifiesto que el principal objetivo que lo movió para aceptar el cargo de juez de la CSJN es que lo entiende como un desafío interesante, que en el aspecto jurídico consiste en que la Corte vuelva a la función de control de constitucionalidad, para terminar con una CSJN que se ha hecho cargo de funciones casatorias de unificación de jurisprudencia, de criterios. Clarín, 4 octubre de 2001, p. 21.

21 Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 1984.

22 Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.

Así, la Corte Suprema tiene un fragmento de los poderes del Estado. En un primer sentido, es el más alto Tribunal de Justicia, un Tribunal cuya función definitiva es la jurisdiccional, entendida como aquella forma de aplicación del derecho que se distingue de otras modalidades por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido por cada sistema jurídico. En un segundo sentido, ese “poder” que inviste la Corte significa que ella es uno de los “órganos-institución” cuya actividad es esencialmente política en razón de que coparticipa en la formación de la voluntad estatal y coopera con su mantenimiento; poder fundado, por supuesto, en una competencia particular y limitado al campo de tal competencia, pero que cuenta con la capacidad de determinar la conducta de otros, debiendo quedar incluido en la obediencia no sólo el ciudadano, sino también el propio que manda.

La Corte Suprema de Justicia es el intérprete último de esa actividad singularizada del Estado que es la jurisdicción (más alto Tribunal), y dado que no es imaginable la creación apolítica del derecho, ello implica que es impensable que su aplicación —tan pronto se reconozca que ésta pretende la continuidad del ordenamiento— pueda ser una tarea completamente disociada de lo político, aunque sea en sentido débil. La Corte debe participar de la configuración de los asuntos públicos, entendidos conscientemente como cuestión judicial. Es, un poder que debe gobernar y un tribunal que debe ejercer la más alta investidura jurisdiccional, especialmente preparado y preocupado para dar la última palabra sobre la materia constitucional.

Más arriba —*ut supra* I, último párrafo— se fija el problema. Ahora, un sumario de las cuestiones que enfrenta el papel de la Corte indica que, conceptualmente, hay desafíos más directamente ligados con el universo jurídico y otros más estrechamente vinculados con la política, *stricto sensu*. Entre unos y otros, distingo una colección de siete subproblemas —o problematización de la tesis principal, como guste leerse— que requieren de herramientas conceptuales; ello no implica prescindir de la investigación empírica. Presento “cada uno de estos huecos en el conocimiento”²³ constitucional.

23 Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 171.

(1) ¿Uniformidad o zigzagueos en el campo de la obligatoriedad de la doctrina judicial de la Corte?, (2) ¿codificación o dispersión del derecho procesal constitucional?, (3) ¿*quid* de las sentencias arbitrarias: ¿la Corte como Tribunal de 3a. instancia o solamente para uniformar criterios o intervenir en cuestiones trascendentes debido al notorio desacierto en la aplicación del derecho?, (4) ¿estabilidad vitalicia de los magistrados?, (5) ¿*Quo vadis el certiorari* argentino?, (6) ¿publicidad del procedimiento por el que tramitan los expedientes y de las decisiones que adopta el propio Tribunal o secreto?, (7) ¿delimitación cierta del ámbito de las cuestiones políticas o aplicación de una doctrina al aire libre?

El inventario realizado es para abrir el debate. Seguidamente, sobre la base de argumentos que parecen significativos, doy tratamiento a cada uno ellos, exponiendo paralelamente algunas buenas razones para intentar el diseño de soluciones.

VII. AUTORIDAD DEL PRECEDENTE

La fuerza vinculante del precedente jurisprudencial emanado de la CSJN, es decir la obligatoriedad de la doctrina en materia constitucional, no ha sido establecida ni por la Constitución federal vigente ni por norma legal alguna. En casi 140 años de labor institucional de la CSJN, su doctrina judicial al respecto ha sido vacilante y zigzagueante. Empero, a partir de 1985 —doctrina registrada en *Fallos*, t. 307, p. 1097— se observa una firme tendencia. En el registro jurisprudencial citado ha dicho la CSJN que no obstante que ella sólo decide en los procesos contenciosos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (doctrina registrada en *Fallos*, t. 25, p. 364). De esa doctrina —y de la de *Fallos*, t. 212, p. 51— emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la CSJN sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la CN y de las leyes dictadas en su consecuencia. Hace unos años, esta doctrina judicial ha sido textualmente confirmada por el propio Tribunal.²⁴ ¿No ha llegado el momento de sincerar legislativamente los efectos de las

²⁴ *In re* “García, Sixto F.”, resuelto por la CSJN el 30 de junio de 1999 y publicado en *Doctrina Judicial*, 1999-2003, p. 456.

sentencias de la CSJN, estableciéndose claramente y de antemano cuáles son las verdaderas reglas que rigen en el ordenamiento argentino respecto de la vinculación de los precedentes del Tribunal para ser aplicado a cualquier caso análogo que se someta al conocimiento y decisión de la jurisdicción constitucional?

Ciertamente, sobre la existencia de fallos contradictorios no puede decirse que no contradiga el mandato de igualdad contenido en el artículo 16 de la CN. Si dos sujetos de derecho que se encuentran en idéntica o igual situación jurídica reciben como respuesta un tratamiento jurisdiccional diferenciado y contradictorio, la igualdad ante la ley, principio rector del ordenamiento, no puede quedar indemne. Por otra parte, la doctrina de la obligatoriedad del precedente en materia constitucional no contradice el principio de separación de poderes,²⁵ siempre que se tenga muy en cuenta que el reconocimiento de autoridad al precedente es única excepción al principio de especialización de las funciones estatales, configurando una “implicación divergente”, dado que se origina una “confusión” de poderes al extenderse los poderes normativos del juez de Corte.

Sin embargo, y pese a la aguda reflexión de Hans Kelsen²⁶ cuando afirmó que para que la Constitución sea efectivamente garantizada es necesario que el acto sometido al control de Tribunal Constitucional sea anulado, en caso de que el Tribunal Constitucional lo considere irregular, cabe preguntarse si en nuestro país inducir o programar ipso iure que las sentencias de la Corte, en determinados casos, tengan efectos erga omnes, no significa inducir a los jueces a cumplir un papel institucional nunca antes visto, porque se está más acostumbrado a presenciar no una división de teorías jurídicas, sino puntos de vista asociados al alineamiento fijado y/o pretendido por los departamentos políticos.

Igualmente, como se dijo, el debate al respecto es tan necesario como complejo. Si se mira la experiencia constitucional de Estados Unidos de América. —asentada sobre otros fundamentos en la regla del *stare decisis*—, pero cuyo modelo innegablemente hemos copiado, conferir autoridad *erga omnes* —vía legislativa— serviría para afianzar el papel de la Corte.

25 Cfr. Garro, Alejandro, “Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1989-I, pp. 11-60.

26 Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 82.

Por último: si toda sentencia es un acto político, con más razón las que declaran la inconstitucionalidad de un acto o de una disposición normativa, o resuelven una cuestión de innegable trascendencia institucional,²⁷ ello de por sí es significativo para despertar el interés de la cuestión aquí planteada.²⁸

VIII. ¿CODIFICACIÓN O DISPERSIÓN?

Las disposiciones normativas de raíz legal que regulan los procesos constitucionales a escala federal se encuentran alojadas en diversos instrumentos.²⁹

Veamos, a título de ejemplo. (a) La acción de hábeas corpus se encuentra legislada en la ley 23.098. (b) La acción meramente declarativa, en el artículo 322 del Código de Procesamiento Civil y Comercial de la Nación —en adelante, CPCCN—. (c) El recurso extraordinario federal, en los artículos 14-16 de la ley 48, en los artículos 256, 257 y 258 del CPCCN, y en el apartado 2o. del artículo 24 del decreto ley 1285/58, y el recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario federal, en los artículos 285 y concordado del CPCCN. (d) El amparo, con las siguientes tipologías:

27 Bidart Campos, Germán J. reivindica la idea de que mediante una ley del Congreso sería perfectamente constitucional —y deseable— que las sentencias de la Corte que declaran la inconstitucionalidad de una norma general produjeran la derogación de esa norma mediante el efecto erga omnes. “Algunos horizontes amplios para el futuro del recurso extraordinario federal”, *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, núm. 2, pp. 353-375.

28 Por decisión pretoriana y como regla principal los efectos de las sentencias se limitan a las partes que intervienen en el proceso. Recientemente se ha planteado la conveniencia de restringir esta doctrina judicial e intentar ampliar el radio de consecuencias de determinadas decisiones jurisdiccionales de la CSJN. Así, Augusto Mario Morello y Efraín Quevedo Mendoza promueven discutir el reconocimiento o no de una eficacia más contundente a las sentencias de la CSJN —alcance general y aplicación a las demás causas— que declaran la inconstitucionalidad de normas de carácter general, en caso de que cuenten con la coincidencia de los votos de todos los ministros de la CSJN, es decir, que no medien disidencias. “Efectos generales de determinadas sentencias de la Corte Suprema”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-I, pp. 1268-1272.

29 Los “procesos constitucionales” son específica y cuidadosamente diagramados y proyectados para defender la suprallegalidad de la Constitución jurídica del Estado. Además de los enunciados de raíz legal que gobiernan dichos procesos, deben agregarse naturalmente las reglas pretorianas y obviamente los principios y reglas de la CN que resulten aplicables, *v gr.* artículos 18, 31, 33, 43, 75, inciso 22 y 116.

1. El clásico o general se encuentra regulado en las disposiciones que no han sido derogadas de la ley 16.986.
2. El amparo sindical, en el artículo 52 de la ley 23.551.
3. El amparo por mora en la administración pública, en los artículos 28 y 29 de la norma general de facto 19.549.
4. El amparo electoral, en los artículos 10, 11 y 147 del Código Electoral Nacional, t. o. decreto 2.135/83.
5. El amparo por mora de la autoridad impositiva o aduanera, reglado en los artículos 164 y 165 de la ley 11.683 y sus modificaciones, y en los artículos 1160 y 1161 de la norma general de facto número 22.415, respectivamente.
6. El amparo contra actos de particulares, en el artículo 321, inciso 2o. del CPCCN.
7. Cabe añadir la necesidad de legislar otros institutos, como la acción popular en defensa de la juridicidad constitucional, paradigma de las garantías para la defensa de los derechos fundamentales.³⁰

Es aconsejable, por todo lo expuesto, discutir sobre la sanción de una “Ley de la jurisdicción constitucional federal argentina” que agrupe todas las herramientas previstas actualmente para la defensa jurisdiccional de la libertad y la propia inmanencia de la Constitución. Hay beneficios inocultables que surgen de la sistematización normativa que conlleva la “codificación legal”, tanto para el juzgador como para el juzgado; y por qué no también para una teoría general del derecho de la Constitución.³¹

IX. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA Y TRIBUNAL INTERMEDIO

La jurisdicción apelada (extraordinaria) de la Corte debería constituir el laboratorio principal del derecho constitucional argentino. Sin embargo, desde hace años, y seguramente a raíz del desenvolvimiento de la doctrina

30 Sobre la naturaleza y alcances de esta acción constitucional, puede verse Ferreyra, Raúl Gustavo, “Reflexiones y perspectivas en torno del control judicial de constitucionalidad en el régimen federal de la Argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, núm. IV, año 2000, pp. 93-124.

31 El diputado Jorge Gentile presentó un verdadero código de jurisdicción constitucional en 1990 (expediente 4528-D-90). La iniciativa fue reproducida en 1993 y en 1997 por el diputado Héctor Gatti y otros (expediente 6075-D-97).

de arbitrariedad de sentencias —y sin negar su indiscutible fundamento constitucional—, se produce sobre la Corte, año tras año, un aluvión de causas más directamente dirigidas hacia la revisión de naturaleza casatoria del derecho no federal que hacia el cumplimiento de la atribución constitucional que más puramente encarna la instancia apelatoria “clásica”, que gobernada por los tres incisos del artículo 14 de la ley 48, derechamente se enfila hacia la garantía de supremacía del derecho de la constitución y del derecho federal. ¿Es razonable que el intérprete final de la Constitución vea sobrecargada tan seriamente su actividad institucional por el tratamiento de las sentencias que adolecen de arbitrariedad?, ¿no sería necesario crear una “Corte Nacional” de control de razonabilidad de sentencias y dejar las manos libres del Tribunal para que cumpla su doble misión institucional, consistente en la tarea guardiana de los derechos fundamentales de los habitantes y su actividad como alto poder político de la nación, moderador en el libre juego de la tríada republicana?

La bibliografía sobre la casación es abundante; no es factible indicarla aquí si quiera en forma suficiente.³² No es una institución absolutamente novedosa en el derecho federal: la Constitución de 1949 estipulaba en su artículo 95 que:

la Corte Suprema de Justicia conocerá, como tribunal de casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere [se refería] el inciso 11 del artículo 68. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales.³³

Con el objeto de superar la falla estructural descripta, Augusto Morello aportó una idea interesante. Propuso la creación del “Tribunal intermedio de control de motivación de sentencias”, que tendría competencia para conocer en los recursos que se interpongan contra las sentencias definitivas, según el alcance del artículo 14 de la ley 48, dictadas por los tribunales superiores de provincia y por las cámaras nacionales y federales

32 Un listado bastante actualizado se consigna en el trabajo de Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Un Tribunal de Casación para la República Argentina*, La Ley, 2001-D, pp. 1230-1253.

33 Vanossi propuso la creación de un Tribunal Nacional de Casación integrado por un juez por cada provincia y uno por la Capital Federal, *Obra legislativa*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso, 1987-1988, t. II, pp. 148-162.

de Apelación, con exclusión de la Cámara Nacional de Casación Penal, y contra los cuales se invoque alguna causal de arbitrariedad, absurdo o exceso ritual. Al Tribunal se le asigna sólo competencia negativa, lo cual significa que en caso de estar configurada la arbitrariedad, descalifica el fallo y reenvía al Tribunal de origen a fin de que se dicte nueva sentencia. Además, y con el objeto de evitar la proliferación de los recursos, y asimismo evitar el mal que se pretende erradicar, se dispone en el proyecto que lo resuelto por el Tribunal sea irrecurrible, salvo aquellos casos en los cuales se advierta la presencia de alguna de las causales previstas en los tres incisos del artículo 14 de la ley 48.³⁴

Por de pronto, la sobrecarga de tareas de la CSJN existe. Pareciera haber consenso dogmático respecto de que bajo tales circunstancias actuales se hace difícil esperar que la CSJN pueda tener un desempeño racional. La situación conspira decididamente contra la posibilidad de que los jueces puedan meditar con solvencia, profundidad y erudición sobre aquellos fallos que por su trascendencia afectarán el desarrollo progresivo de los derechos de los ciudadanos y las competencias de las instituciones del gobierno republicano. Cabe anotar, sobre el particular, la opinión de otros autores que sugieren que la creación de un Tribunal intermedio que “filtre” los casos que lleguen a la CSJN no solucionaría el problema y sólo crearía un nuevo motivo para la dilación de causas.³⁵ La opinión es interesante porque daría la impresión de que la instalación de una Corte intermedia lo único que haría sería desplazar el problema, que seguiría persistiendo, pero en un “nuevo lugar”. Esta sospecha estaría fuertemente fundada en, por decirlo de alguna manera, con la “litigiosidad” del litigante argentino.

34 Augusto Mario Morello es uno de los pioneros, en la dogmática, al plantear desde hace años un nuevo camino a recorrer y que permita a la CSJN retornar genuina y nítidamente al papel asignado. La creación de una Corte federal intermedia fue expuesta, entre otros trabajos, en su obra *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 684 y 686, y en la contribución “Entre las casaciones y la Corte Suprema”, *Jurisprudencia Argentina* 2002-III, pp. 59-64. Recientemente, también sobre el particular, ha puesto de relieve entre las posibles redefiniciones y adecuaciones una muy interesante alternativa: que, por ejemplo, las provincias de la Patagonia (La Pampa, Río Negro, Neuquén, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego) puedan debatir en el marco del artículo 125 de la CN sobre la organización de un tribunal intermedio ante el cual se sustancie y defina lo que hoy sobrecarga a la CSJN en el ámbito de la arbitrariedad de sentencias. Véase en tal sentido, “Tribunal intermedio. Sentencia arbitraria. Reafirmación de las provincias en el control casacional”, *Doctrina judicial*, Buenos Aires, La Ley, 11 de junio de 2003, año XIX, núm. 24, pp. 353 y ss.

35 Así, D’Alessio, Andrés J., “La jurisdicción extraordinaria discrecional y los derechos humanos”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2003, III, fascículo 2, pp.7.

Por dicha razón, considero que una reforma, cuyos rasgos aquí se enuncian con timidez, debería ir acompañada de un programa eminente que provoque un cambio en la cultura jurídica, es decir, que la instancia de la Corte deje de ser proyectada, en principio, como 3a. instancia futura de todo proceso judicial que se inicie.

Más allá de las penurias o abundancias que puedan mostrar las piezas de la casación, si de algo no hay dudas es de que las tres disposiciones normativas que programan el recurso extraordinario federal en la ley 48 observan como finalidad mantener o afianzar la supremacía constitucional, esto es, en forma sustantiva, mantener la línea demarcatoria en la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados provinciales. La *judiciary act* sancionada en Estados Unidos de América. en 1789 es la fuente normativa más próxima de las disposiciones que configuran el régimen de la jurisdicción extraordinaria de la Corte argentina en la ley 48; la difícil integración de un vasto Estado (Estados Unidos) obligó a pensar en una herramienta que posibilitara la prevalencia, en última instancia, de la autoridad y del derecho federal. Muy lejos de hacer interpretación constitucional de sesgo originalista, podría aseverarse que, en su origen, el recurso extraordinario fue previsto como un remedio de naturaleza jurídica, desde luego, pero con claras finalidades políticas.³⁶

La carta de ciudadanía constitucional de las sentencias arbitrarias en 1909 (causa “Rey c/ Rocha”) marca por un lado el inicio del debilitamiento de este aspecto del recurso extraordinario federal y, por otro, el crecimiento exponencial de la impugnación de las decisiones de las sentencias definitivas dictadas por el superior tribunal de la causa mediante la arbitrariedad de sentencia. Este camino, que permite la apertura de la jurisdicción apelada de la Corte, ha obligado al Tribunal al ejercicio de una actividad más ligada con la casación o uniformidad del derecho. La enorme mayoría de las causas que hoy llegan a los estrados del más alto Tribunal están fundadas o relacionadas con arreglo a la doctrina de arbitrariedad de sentencias.

No discutiré si la casación es buena o mala; en todo caso, habría que probarla. Tampoco si es viable o no; constitucionalmente, no parecen existir óbices, siempre que se respete el principio federal. Y por último, nada se dirá respecto de si la doctrina de arbitrariedad enriquece o no el

³⁶ Cfr. Spota, Alberto, *La Corte Suprema de Justicia de la Nación como poder del Estado*, Buenos Aires, La Ley, 1990-B, pp. 979-984.

progreso del derecho. Casi no hay dudas de que así es; en forma indeleble, aplicar la solución prevista por el derecho en vigor, pese a no configurar una cuestión federal *stricto sensu*, no puede estar inspirado sino en un racional reconocimiento del derecho del judicial para acceder a la jurisdicción. En tal intelección, y aun haciendo abstracción de que la finalidad del recurso extraordinario federal fue prevista para impedir o corregir agravios a las potestades del gobierno federal, la pregunta es: ¿sigue siendo viable una Corte Suprema de Justicia de la Nación cuya principal actividad es atender el conocimiento y ulterior decisión sobre miles y miles de causas, cuyo fundamento es la doctrina de arbitrariedad de sentencias?

En pocas palabras: el control jurídico dirigido sobre la arbitrariedad de las sentencias judiciales, de la manera en que se lo ejerce —en particular, su cantidad—, si no perturba, está claro que distorsiona el papel principal de la Corte ya que le quita espacio y tiempo, radicalmente, al control judicial interórganico.

X. ¿ESTABILIDAD ABSOLUTA O RELATIVA?

Al filo de la duda, pero con la certeza de la necesidad del debate, hago en breves líneas un planteo sobre la duración de las designaciones de los jueces de la Corte, es decir, si los nombramientos deben seguir siendo de por vida o por periodos determinados, susceptibles de ser renovados.³⁷

Preliminarmente, dos observaciones. En primer lugar, ¿por qué las designaciones de los jueces de la Corte y no las designaciones de toda la justicia federal? Limito el campo de reflexión a la Corte, porque luego de la reforma constitucional de 1994 ha habido una leve transferencia de atribuciones de los poderes políticos hacia el nuevo organismo, el Consejo de la Magistratura. O sea, los jueces de la Corte no son seleccionados sobre la base de concursos públicos; siguen siendo nombrados por el presidente de la nación con acuerdo del Senado (*cf. arg.* artículo 99, inciso 4). El ingrediente político del resto de las designaciones de los magistrados que integran los tribunales inferiores, si bien sigue persistiendo —son nombrados por el presidente sobre la base de una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura con acuerdo del Senado, en la que se

37 *Cfr.* Sagüés, Néstor, quien en un interesante artículo insinúa que la polémica en torno al sistema de nombramientos periódicos o vitalicios de jueces ha sido uno de los puntos más controvertidos de derecho judicial, *Poder Judicial: ¿inamovilidad permanente o inamovilidad transitoria?*, Buenos Aires, La Ley, 1982-B, pp. 751-761.

tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos—, ello ha quedado debilitado en comparación con el mecanismo de nombramiento de la Constitución histórica. En segundo lugar, queda fuera del campo de análisis la posibilidad de la designación de los magistrados por el cuerpo electoral,³⁸ porque lejos de aumentar la estabilidad del sistema constitucional sería, al menos por ahora, un nuevo punto de fricción, porque a los tradicionales conflictos para la construcción del consenso constitucional Congreso/presidente también quedaría atrapado el de la Corte. Señalo como nota marginal que, examinando la experiencia argentina, alcanzar la estabilidad del sistema político³⁹ constituiría, sin duda, un hecho equiparable al descubrimiento de la piedra filosofal.

El artículo 94 del proyecto de Alberdi decía: “Los jueces son inamovibles y reciben sueldo de la Confederación. Sólo pueden ser destituidos por sentencia”. El artículo 93 de la Constitución de 1853, copiando la regla americana,⁴⁰ dispuso: “Los jueces de la Corte Suprema [...] conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”; el artículo 96 de la Constitución de 1860 es igual. El actual artículo 110 de la CN reproduce idéntico enunciado normativo.

Sin dejar de reconocer que la inamovilidad es un ingrediente importante para afianzar la independencia del juez, me pregunto si es imprescindible que esa inamovilidad sea vitalicia dentro del sistema republicano, donde una de las notas de la función del servidor público es precisamente la periodicidad de la actividad institucional. Si bien es cierto que los jueces de la Corte no son elegidos en forma directa por el cuerpo electoral, una institución no sólo es democrática por provenir de elección popular,

38 En cambio, Ignacio Posse Molina propone como forma de dotar al Poder Judicial de verdadera imparcialidad la instauración del régimen de elección de jueces de la CSJN por el voto directo del pueblo, *Elección de jueces por el voto directo del pueblo*, Buenos Aires, La Ley, 14 de mayo de 2003.

39 Sobre inestabilidad del sistema constitucional de la Argentina puede verse Ferreyra, Raúl Gustavo, *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003. Otros aspectos son expuestos en “Poder, democracia y configuración constitucional. Momentos de creación y momentos de aplicación del sistema constitucional argentino”, contribución presentada en el *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Sevilla, España, diciembre de 2003 (www.us.es/cidc).

40 El texto de la Constitución de Estados Unidos de América. dice en su artículo III, sección 1: “[...] The judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their offices during good behaviour [...]”. Sobre algunos antecedentes de la regla y su penetración en el derecho constitucional estadounidense, véase Kent, James, *Comentarios a la Constitución de Estados Unidos de América*, México, Oxford University Press, 1999, p. 69.

también lo es cuando su existencia es funcionalmente necesaria para la continuidad del sistema democrático,⁴¹ de tal suerte que la funcionalidad democrática del Poder Judicial es difícilmente controvertible. Sin embargo, cabe preguntarse si la salud de un régimen democrático, en el caso de la potestad judicial, descansa con exclusividad en la inamovilidad vitalicia de los magistrados de la Corte.

La única forma de plantear un cambio sobre el particular es reformar la Constitución. Prácticamente todos los Estados europeos tienen prevista la magistratura constitucional que ejerce, por supuesto, el control de constitucionalidad concentrado que, en teoría, tiene profundas diferencias con el sistema americano. En todos los casos, monarquías o repúblicas, la magistratura constitucional tiene delimitado un periodo de duración. Por ejemplo: los doce miembros del Tribunal Constitucional español, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional, son designados por un periodo de nueve años y son inamovibles en el ejercicio de su mandato (*cf.* artículo 159 de la Constitución española); la Corte Constitucional italiana se compone de quince jueces que son designados por doce años y no pueden ser inmediatamente reelectos (*cf.* artículo 135 de la Constitución italiana). Admito las diferencias estructurales entre la magistratura constitucional, según pertenezcan al modelo difuso (americano) o concentrado (europeo). Pero ¿ello es suficiente para comprender, entre las proyecciones y consecuencias de tales diferencias, la estabilidad “relativa” en Europa y la “absoluta” en la Argentina?

De esta incursión, vale la pena preguntarse si el significado de la independencia del juez de la Corte debe ser inexorablemente asociado a la naturaleza vitalicia del cargo; o de no ser así, si el postulado de la independencia podría ser decantado, trasfondo sobre el cual cabría empezar a debatir si la garantía de inamovilidad —que debe existir siempre— es susceptible de quedar circunscrita a un periodo de años y no durar toda la vida mientras se mantenga la buena conducta. ¿Ambos modelos (el vitalicio y el no vitalicio) son legítimos, o sólo tal propiedad es predicable para uno de ellos?

Recapitulando. Con independencia de la simpatía con que puedan estar signadas las designaciones con estabilidad absoluta o las designaciones con estabilidad relativa, desde el punto de vista dogmático reconozco que hay buenas razones para uno y otro caso. Quienes sustentan la hipótesis de la

41 *Cfr.* Zaffaroni, Eugenio, *op. cit.*, nota 8, pp. 41 y ss.

transitoriedad de la designación, seguramente construyen su estructura argumental sobre un escenario muy parecido a este:

- a) La periodicidad de la función republicana de gobierno, permitiendo la renovación que ello naturalmente supone;
- b) La enorme posibilidad de contar con un mecanismo contundente y eficaz para controlar a quien, durante años, fue el intérprete último de la Constitución;
- c) La idoneidad del magistrado, comprobable por el ejercicio prudente y solvente de la labor judicial; aquí, como en otros suelos, el veredicto de la opinión pública —me refiero sobre todo a la limitación de derechos fundamentales y extensión de las potestades gubernativas— jugaría un rol interesante.

Todas estas hipótesis son también susceptibles de contraargumentación seria y fundada; así, el argumento de la periodicidad puede ser fácilmente rebatido diciendo por qué debería cesar en un cargo un juez que, precisamente por su experiencia judicial, es una garantía de eficacia para el ejercicio de la potestad judicial. Además, la periodicidad es un elemento del republicanismo, mas no el único; otros, como la idoneidad, independencia y publicidad de los actos, también lo son.

Ineludiblemente, por lo que se advierte, los argumentos en pro de una u otra tesitura son, más allá de su controvertibilidad —toda hipótesis jurídica lo es, por definición—, sesudos y conscientes. No obstante, sospecho que el argumento más serio que se opone a la estabilidad relativa o nominaciones no vitalicias está relacionado con la suposición de que si los jueces de la Corte fueran nombrados por determinados intervalos por los departamentos políticos que ejercen la función gubernativa estatal, ellos se encontrarían muy próximos a cierta dependencia del poder que los designó. En rigor de verdad, nuevamente, es un argumento bien relativo. En efecto, ello podría perfectamente aliviarse disponiendo que el periodo de duración de la magistratura constitucional del juez de la Corte no fuese nunca inferior a dos periodos presidenciales consecutivos, con lo que se amortiguaría fuertemente esa proximidad.

Creo que plantear la posibilidad de que la inamovilidad sea relativa —imitada a determinado número de años— con o sin alternativa de

reelección, no parece dañar la independencia clásica del juez.⁴² Así, por ejemplo, lo han entendido en la República Oriental del Uruguay: el artículo 237 de la Constitución de ese país dispone que “los miembros de la Corte Suprema de Justicia durarán diez años en sus cargos [...] y no podrán ser reelectos sin que medien cinco años entre su cese y la reelección”.

No son inconfundibles las ventajas de la magistratura constitucional vitalicia. Apostar a esta clase de debate sobre el juez del futuro, reforma constitucional por medio, confirmaría que la democracia es un modelo de desarrollo que puede ser cambiado, y que justamente por su naturaleza de modelo puede —y debe— ser perfeccionado.⁴³

Por último. Si el sistema constitucional es entendido como un compromiso originario de toda una comunidad para definir su autoorganización, pero cuya conservación y profundización, depende, precisamente, de que las generaciones vivas “renueven” ese pacto mediante un diálogo abierto entre generaciones, ¿por qué limitar generacionalmente el acceso a la magistratura constitucional, como se lo hace cuando es vitalicia?

VI. CAMINOS DE LA JURISDICCIÓN DISCRECIONAL:
¿EL *CERTIORARI* SIN POLÍTICA JUDICIAL,
EL *CERTIORARI* FUNDADO O SENCILLAMENTE: *CERTIORARI*

La ley 23,774 fue sancionada y promulgada en abril de 1990; el ciudadano argentino es posible que recuerde una de sus reglas: en virtud de su artículo 1o. se aumentó el número de los jueces integrantes de la Corte, pasándose de cinco a nueve magistrados, que es la composición actual. En busca de la interpretación del pasado puede decirse que, en forma sustantiva, lo que provocó indignación en amplios sectores de la

42 Sobre la inamovilidad de los jueces provinciales, véase Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. III, pp. 343 y ss. Sostiene dicho Maestro que tal situación no viene impuesta por la forma republicana de gobierno, ni por la división de poderes ni por la independencia del Poder Judicial.

43 Una arista del tema fue tocada por el caso “Fayt”, en el cual la Corte declaró la nulidad de la reforma constitucional introducida por la Comisión Reformadora de 1994 en el artículo 99, inciso 4, párrafo tercero, y la disposición transitoria undécima al artículo 110 de la CN, en tanto prevé la primera de las reglas un nuevo nombramiento, precedido de acuerdo del Senado, para mantener en el cargo a cualquiera de los jueces una vez que cumplan 75 años, y todos esos nombramientos serán por cinco años, pudiendo ser repetidos indefinidamente por el mismo trámite.

ciudadanía y de la dogmática especializada no fue tanto el aumento sino la vocación hegemónica que podía razonablemente percibirse en la orientación del departamento Ejecutivo que por entonces gobernó. Nada nuevo, por otra parte: el hiperpresidencialismo argentino promueve el crecimiento exponencial de las atribuciones presidenciales, en franco detrimento de las posibilidades de control republicano. La otra regla, el *certiorari*⁴⁴ patrio, regulado en el artículo 2o. de la ley, como no podía ser de otro modo, pasó desapercibido para el común de las gentes.

Dice la ley que introdujo el *certiorari* en el artículo 280 del CPCCN: “cuando la Corte conociere por recurso extraordinario [...] según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”. Vale decir que en 140 años de historia del Tribunal, 127 transcurrieron sin *certiorari* (de derecho) y el resto, gozando de su acompañamiento. ¿Por qué de derecho? Porque el *certiorari*, a no dudarlo, está inspirado —si se permite la expresión— en las *mores maiorum* del Tribunal: antes de la recepción legal del instituto en el ordenamiento, el mismo también era aplicado, pero pretorianamente.

El mayor volumen de causas judiciales que ingresa a la Corte lo hace por su jurisdicción apelada extraordinaria. El *certiorari* pues, entendido como potestad discrecional del más alto Tribunal de Justicia de la Nación de rechazar cualquier remedio federal extraordinario, sin otro fundamento que la sana discreción de los magistrados que lo componen, es —fuera de toda discusión— una de las reformas más profundas en la arquitectura del Tribunal en toda su trayectoria. De conformidad a la regla recepcionada en el ordenamiento, la Corte puede, según su sana discreción y con la sola invocación del artículo 280, rechazar el recurso extraordinario federal en tres supuestos: (a) ante la ausencia de agravio federal suficiente; (b) si las cuestiones planteadas fueren insustanciales; (c) cuando esas mismas cuestiones resulten carentes de trascendencia.

Es altamente probable, no seguro, que la hipótesis de drástica restricción del número de causas haya sido el fundamento de la reforma legal.

44 La bibliografía es profusa. Recientemente, Héctor E. Sabelli, en su contribución “El rechazo “sin motivación” del recurso extraordinario cuando la cuestión federal es intrascendente, ¿es constitucional?”, *Jurisprudencia Argentina*, suplemento *Recurso extraordinario*, 26 de marzo de 2003, reseña probablemente una de las más actualizadas.

Racionalmente utilizado, el certiorari puede ser muy buen instrumento para reducir en forma la cantidad de causas que llegan a tratamiento del Tribunal. No obstante, el instituto ha planteado y plantea serias dudas por otros corredores.

Se han formulado objeciones respecto a su constitucionalidad.⁴⁵ En principio, pareciera existir cierto punto de conexión entre la discrecionalidad que confiere a la Corte el artículo 280 con la doctrina de las sentencias arbitrarias, es decir, sentencias carentes de todo fundamento legal. Tal inconstitucionalidad no es evidente, al menos, por tres buenas razones: *a)* la jurisdicción apelada de la Corte es reglada por el Congreso, de tal suerte, nada impide que en el umbral de acceso a la Corte se disponga de una llave especial para abrir o cerrar las puertas que autorizan su conocimiento;⁴⁶ *b)* la aplicación del certiorari no es una excepción al mandato constitucional de fundamentación de las sentencias (*cfr. arg.* artículo 1o., 18, 28 y 33 de la CN); por el contrario, cuando la regla advierte “según su sana discreción”, está indicando que el fundamento racional, escueto desde luego, debe ser la meditación del propio juez; *c)* la Corte no es un tribunal de 3a. instancia —salvo su jurisdicción ordinaria—; su competencia se encuentra muy delimitada por la propia CN.

En estos casos, el arbitrio judicial debe ser, por definición, el fruto de la prudencia; si no existe un diseño normativo para la Corte o si —lo que es peor— el que existe se encuentra empañado porque se sospecha que las decisiones del Tribunal serían permisivas o tolerantes, sin tono crítico ni control del departamento Ejecutivo o del departamento Legislativo, no se está cuestionando la regla en sí misma, sino las proyecciones que ella pueda tener por ausencia de confianza o su debilitamiento por los operadores jurídicos que deberán aplicarla. No es una novedad señalar que el principal problema de la cuestión judicial como cuestión de Estado es la confianza; la

45 La Corte Suprema, en doctrina registrada en *Fallos* 322:3217, avaló la constitucionalidad del instituto. Dijo la Corte que la finalidad más significativa del nuevo texto del artículo 280 es la de destacar el emplazamiento que ella posee en el orden de las instituciones que gobiernan la nación, posibilitando que su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la salvaguarda de la supremacía de la Constitución. La desestimación de la apelación federal por la sola mención de dicha norma procesal no importa afirmar el acierto o error de la decisión recurrida; en tales casos, no hallándose elementos que tornen manifiesta la presunta arbitrariedad alegada, el no pronunciamiento del Tribunal no conculca los derechos constitucionales del recurrente.

46 *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 43, t. III, pp. 551 y ss.

confianza en que las resoluciones deberían ser dictadas sin presiones de los poderes políticos; latamente, con independencia.

Ahora bien, la “sana discreción” comporta admitir que el arbitrio judicial en su sentido más estricto es una potestad que la ley concede al juez para que, dentro de estrechos límites, la interprete con el supuesto concreto que ha de solventar, o complete algún extremo que la ley le deja a su valoración personal. La única forma para que la Corte pueda realizar lo que constitucionalmente le corresponde, es decir máximo tribunal de garantías constitucionales y poder del Estado, se incardina en forma notable con esta posibilidad que brinda el certiorari racionalmente pautado y, demás está decir, aplicado.

Sin embargo, no es oro todo lo que reluce. El cuadro de situación que ofrece el certiorari argentino, luego de varios años de aplicación, contiene más enigmas que certezas. Agudamente se ha observado que no se tienen respuestas para definir ni cuál es la dirección que está siguiendo la Corte en este sentido, ni sobre cuál ha sido y cuál será la política del certiorari, así como cuáles han sido los criterios técnicos de selección en materia de *certiorari*.⁴⁷ Es que, en última instancia, la discreción puede ser utilizada como el hacha en manos de un leñador...⁴⁸ Como eliminar por completo la discrecionalidad es imposible e indeseable, de lo que se trata es de desarrollar un equilibrio (balance) entre la ley y discreción. Actualmente, lo que hace falta es eliminar la discreción innecesaria y encontrar medios eficaces para delimitar la estructura y los controles de la discrecionalidad necesaria.

Empleando el *certiorari*, la Corte Suprema podría concentrar su atención exclusivamente en aquellos procesos cuya trascendencia institucional exceda el mero interés del impugnante, pero que tengan honda proyección en la sociedad civil. Por esta vía, el Tribunal podría concretar la tarea de orientación jurídica para la sociedad y los otros poderes.

Puede argumentarse, finalmente, que el principal problema que ofrece el *certiorari* es la ausencia de un cuerpo doctrinario forjado por la Corte,

47 Cfr. Vanossi, Jorge, “La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina (Balance de una década de *certiorari* criollo)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. IV, 2001.

48 Kenneth, Davis, “Discretionary Justice. A Preliminar Inquir”, 1971, citado por Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

cuyos fundamentos hagan predecible el instituto. Por eso, si bien el test de constitucionalidad del instrumento propuesto no tiene mayores debilidades, la ausencia de parámetros para fijar algún tipo de control a la discrecionalidad hace que se conmueva la letra legal que lo estructura, sobre todo si este “rayo exterminador” —como bien se lo ha caracterizado— es aplicado en las causas en las que el Tribunal superior que intervino haya declarado previamente admisible el recurso extraordinario federal.

XII. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO REPUBLICANO

Recibe la denominación de “regla de cuatro” una práctica de la Corte Suprema de Estados Unidos de América. Según ella, la Corte estadounidense admite la petición de *certiorari* con sólo cuatro votos favorables de sus jueces. Se ha destacado que el empleo de este método tiene un impacto significativo en el número de casos que debe revisar el más alto Tribunal estadounidense.⁴⁹

Hasta donde se conoce, la Corte argentina no recurre a esta práctica inveterada. Aunque parezca poco creíble, sobre todo en un Tribunal de Justicia con 140 años de antigüedad en el desempeño institucional, el modo de circulación de los expedientes propiamente en la Corte argentina no se encuentra suficientemente reglamentado. El artículo 84 del Reglamento para la Justicia Nacional solamente define que el presidente del Tribunal es quien dispone lo relativo a la distribución de las causas a los ministros para su estudio y el orden de su consideración ulterior, y nada más. Ciertamente, lo antedicho prueba lo poco consistente que resulta esta modalidad.

¿Qué sucede luego que un expediente llega a los estrados de la CSJN? Pareciera, como bien se ha observado, que el expediente recorre los despachos de los secretarios de los jueces de la Corte encargados de realizar proyectos de sentencias. Una vez realizado el proyecto, se “circulariza” entre los restantes integrantes, quienes lo corrigen, adhieren o disienten.⁵⁰

49 Bianchi, Alberto, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de Estados Unidos*, Buenos Aires, Ábaco, 1994, pp. 262 y ss.

50 Véase el documento *Una Corte para la democracia. Los cambios internos en el funcionamiento interno de la Corte Suprema*, elaborado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Instituto de Estudios

Obviamente, por la propia falta de luminosidad sobre la cuestión, ni siquiera estas aseveraciones pueden ser deslizadas de modo terminante.

A estas alturas del desarrollo del saber jurídico procesal, las virtudes del procedimiento oral son casi indiscutibles. Pese a ello, las audiencias en la CSJN son una curiosidad procesal, digno objeto de historiadores. Es que, ¿cómo podría realizar audiencias, convocando a las partes de un proceso constitucional, un Tribunal que debe resolver miles de causas por año y que por ello se encuentra completamente desbordado de trabajo?

La Corte se reúne semanalmente: ¿pero cómo se informa a la opinión pública, con antelación, qué asuntos serán tratados?, ¿tienen o no tienen los ciudadanos un derecho a conocer de antemano qué asuntos serán objeto de decisión por la CSJN? Hoy, sobre todo con la valiosa herramienta que es internet, se puede conocer sobre qué asuntos deliberará el Congreso en cada una de sus sesiones. Las cuestiones clave del Estado, a cargo de la presidencia de la nación, también son razonablemente divulgadas. ¿Y las causas cuyo conocimiento y decisión se encuentran a consideración del más alto Tribunal?, ¿hay una agenda de temas de la Corte?, ¿cómo hace el ciudadano interesado en conocer tan siquiera qué “causas” serán tratadas en los acuerdos ordinarios de la Corte —*arg.* artículo 70 del Reglamento para la Justicia Nacional—?

Dicho suavemente: la situación descripta tiene poca cabida en el lenguaje de la Constitución de la Argentina. Salvo que se entienda, equivocadamente, que la publicidad no es una nota definitoria del ejercicio del sistema republicano de gobierno (*cfr. arg.* artículo 1o., 19, 28, 33, y 116 de la CN).

XIII. TENSIONES ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO

El desafío de naturaleza predominantemente político —anticipado *ut supra* I, séptimo— se encuentra estrictamente relacionado con el ocaso y redefinición del ámbito de la judiciabilidad de las cuestiones políticas.

En Estados Unidos de América. la doctrina de la cuestión política —señala Lawrence Tribe— presenta un estado de cierta confusión. Dicha confusión se revela, tal vez, con mayor claridad en la afirmación

Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Unión de Usuarios y Consumidores, Buenos Aires, 2003.

supuestamente “definitiva” de la doctrina de la cuestión política, en el fallo “Baker vs. Carr”.⁵¹ De forma prominente, en la superficie de cualquier caso del que se afirme que presenta una cuestión política, se destaca: “una asignación constitucional, que puede ser comprobada desde el texto constitucional, a un órgano político coordinado”; “una ausencia de parámetros que puedan ser jurídicamente determinados y utilizados para resolverlo”; “la imposibilidad de decidir al respecto sin una decisión política previa, la que ciertamente no corresponde al ámbito de discrecionalidad del poder judicial”; “la imposibilidad de que un tribunal lleve a cabo la resolución independiente sin faltar por ello el debido respeto a los órganos coordinados de gobierno”; “una necesidad inusual de adherir sin cuestionamientos a una decisión política ya adoptada”; o “la dificultad potencial que puede plantearse a partir de pronunciamientos opuestos emitidos por distintos órganos en torno a una misma cuestión”. “Gilligan vs. Morgan”⁵² ha sido el único caso desde “Baker vs. Carr” en el que la Corte Suprema ha invocado la doctrina de la cuestión política para declarar no judicialable un asunto.⁵³

En el caso argentino, la redefinición de la jurisdicción constitucional implica, necesariamente, preguntarse sobre la plena judicialidad o no de todos los asuntos que se presenten al conocimiento y decisión de los magistrados. Desde este punto de vista se podría plantear un nuevo interrogante: ¿qué es razonable: morigerar sensiblemente la autorrestricción de la Judicatura para intervenir en el juzgamiento de la denominadas political questions o mantenerla con su cuerpo doctrinal actual? Téngase en cuenta, además, que nunca fue puesto seriamente en duda el origen político del control jurisdiccional de constitucionalidad, en sentido débil por supuesto. Hace más de cien años, la propia Corte se encargaba de enfatizar el indiscutible poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los tribunales de justicia para juzgar la validez de los actos legislativos.⁵⁴

Por lo tanto, la aplicación de la doctrina debe por lo menos ser revisada, aunque sin llegar jamás a un nivel de soberbia judicial susceptible de amenazar seriamente el delicado equilibrio de los poderes constituidos. No

51 369 U.S. 186, 217 (1962).

52 413 U.S. 1 (1973).

53 Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1988.

54 CSJN, *Fallos*, t. 33, p. 162.

se postula el fin terminante de la doctrina, el que además podría llevar a un simple monólogo institucional de la Corte. La Constitución pretende el diálogo entre poderes. La Corte no debe dar respuesta a todas las cuestiones políticas ni no hacerlo con ninguna; solamente debe darlas a aquellas en que sin traicionar ni debilitar a la Constitución intervenga en un asunto con claras proyecciones jurídico-constitucionales. Sería bueno recordar, entonces, un inteligente planteo, que es distinguir seriamente “una cuestión política” de una “constitucional de contenido político”;⁵⁵ las primeras —a mi juicio— quedan fuera del ámbito de la judiciabilidad.

Sin embargo, la revisión propuesta debe tener muy presente que la Corte no es el único órgano encargado de definir la orientación y atribución de significado de las disposiciones normativas constitucionales. La doctrina de la cuestión política, en sí misma, puede resultar de nimia proyección o poco significativa: al fin y al cabo, solamente se aplica a un pequeño elenco de cuestiones constitucionales. Esas cuestiones pueden tener, sin embargo, un significado profundo, trascendente y complejo. No debe ser inadvertido que el crepúsculo de la doctrina podría traer un crecimiento exponencial del poder de la Corte a expensas de los otros poderes, y paradójicamente, insusceptible de ser controlado racionalmente.

Insisto, al otorgar nuevo significado al principio dogmático de la cuestión política no judicial, no podría dejar de advertirse que hay ciertas cuestiones políticas que son inherentes y sustantivamente no judiciales. Por ejemplo, en tal orden de ideas se advierte que si la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, la constitucionalidad o no del procedimiento o del contenido de la reforma constitucional sólo debe ser decidida por su creador: el cuerpo electoral. ¿O no es razonable que las decisiones políticas de significativa trascendencia para la vida comunitaria sean sometidas, por la vía del procedimiento consultivo, a todos los ciudadanos? Consiguientemente, si agotados todos los esfuerzos interpretativos la CSJN⁵⁶ comprueba que una reforma introdujo una disposición normativa

⁵⁵ Cfr. Boffi Boggero, Luis María, *Tres centenarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ediciones Pizarro, 1979, p. 31.

⁵⁶ En el caso “Soria de Guerrero” (1963, CSJN, *Fallos*, 256:556.) la Corte —por mayoría— se pronunció sosteniendo la no judiciabilidad de la reforma constitucional. Contrariamente, en el caso “Fayt” (1999 CSJN, *Fallos*, 322:1616) pareciera preanunciarse un sensible cambio del paradigma y la Corte, por mayoría —con la disidencia parcial del juez Bossert—, resuelve declarar la nulidad de una disposición normativa introducida por

contraria a una ya preexistente que se mantiene —debido a que conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hechos abstractos que se superponen conceptualmente—, la antinomia, cuya determinación es un problema lógico, no debe ser resuelta por el poder judicial, sino meramente declarada. Igualmente deberá procederse en el caso de que la disputa fuese provocada entre una nueva disposición constitucional que modifica un instituto o competencia que no se consideraba objeto de enmienda. Sin embargo, en ningún caso, tratándose de una decisión política de significativa trascendencia, sus efectos jurídicos definitivos no deberán ser sentidos hasta que la última palabra sea discernida vía referéndum o cualquier otra forma de participación popular directa.

¿Por qué? Porque en estos casos la democracia participativa es una solución detalladamente más plausible que el propio control judicial de constitucionalidad. Hasta tanto no se descarten sus bondades, no cabe presumir que la opinión de uno o varios pueda ser considerada superior a la regla de la mayoría, si es que esta —y no otra— es la proposición capital sobre la que se asienta la propia configuración constitucional. Añado que aceptar que los jueces declaren la inconstitucionalidad del contenido de una reforma en un sistema de Constitución rígida es lógicamente imposible, si ha de ser verdad que lo superior —la reforma constitucional— es creación del derecho constitucional y lo inferior —la interpretación judicial—, su aplicación. Las implicaciones de esta tesis significan que ella bien puede ser considerada como una importante y trascendente excepción a la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional estatal de contralor de constitucionalidad, trayendo como beneficio la resemantización del principio dogmático de la cuestión política no judicialable.

XIV. PUNTO DE LLEGADA

Ciertamente, no es un desatino decir que en la Argentina la política va delante de las instituciones; es más, no es precisamente la “política constitucional” la que lleva la delantera. Hoy concretamente lo que se observa es una Corte con su papel institucional indefinido, ocupada de la

la Convención Constituyente de 1994, referida al estatus de los propios jueces. Véase sobre el particular, Jiménez, Eduardo Pablo, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación sale en defensa de la garantía de inamovilidad de los jueces federales ¿o se abroquelan en defensa de sus fueros?”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, núm. 1, 2001.

casación como puede y que, cuando puede o lo desea, actúa como tribunal constitucional. El exceso de tareas es más que evidente, incidiendo en forma directa sobre la producción del Tribunal. No obstante, la sobrecarga paradójicamente ayuda a profundizar la propia indefinición del papel institucional del Tribunal. Y en el fondo parece haber algunas ventajas: los jueces del Tribunal dibujan y desdibujan con arbitrio los núcleos, periferias y límites de importantes rasgos de algunas de las competencias del más alto Tribunal.

La estructura normativa le impide a la Corte Suprema un funcionamiento racionalmente eficaz. Es que la Corte, al igual que el Congreso y el Departamento Ejecutivo, atraviesa hoy, en cierta forma, una contingencia de inspiración hamletiana: seguir existiendo como hasta ahora o cambiar, haciendo y permitiendo que la Corte defienda los derechos fundamentales y la garantía de división de poderes, que el Congreso sea una verdadera agenda de los problemas ciudadanos y la institución presidencial abandone, de una vez por todas, su autocratismo.⁵⁷

Conviene estudiar con serenidad las virtudes y defectos del control concentrado de constitucionalidad a fin de, llegado el caso, si no conviene promover el complementar nuestro control judicial difuso con algunas de sus probadas herramientas.

Se podrá convenir que el cumplimiento del papel institucional de la Corte sobre todo —pero no únicamente—, por intermedio del acto de pronunciar sentencias, es una cosa bien distinta del mero acto de formular o dictar sentencia aplicable solamente a las “partes del litigio”. La justicia política, como dijera John Rawls,⁵⁸ es la “Justicia de la Constitución”. Esta clase de justicia tiene dos finalidades: por un lado, describir el significado de la libertad constitucional, y paralelamente, definir —en fantástica y ciclópea tarea— la forma y los medios para contener a esa fiera que por momentos parece indomable: el poder político, específicamente el poder de hacer la ley que antecede, lógica y cronológicamente, al deber de aplicarla. Cuando los jueces de la Corte resuelven asuntos de esta naturaleza, su deber no podría ser otro que reconocer o tener en cuenta

⁵⁷ Véase la trágica historia del príncipe de Dinamarca: “Ser o no ser, la alternativa es ésa”, Shakespeare, William, *Hamlet*, 18 ed., Losada, 2001, traducción a cargo de Mac Pherson, Guillermo y Canto, Patricia p. 67.

⁵⁸ Cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 255 y ss.

todas las circunstancias en que se verían envueltas instituciones y personas.

Más arriba se propone un temario (*véase ut supra* I-VIII, cuyo punto de conexión son las observaciones colectadas en las secciones I-IV).

- A) Así, se considera indispensable que se discuta sobre si se legisla o no respecto de la autoridad del precedente de la Corte.
- B) Se sostiene que es indispensable la codificación del derecho procesal constitucional. También es interesante estudiar la introducción a nuestro ordenamiento de la acción popular de inconstitucionalidad, paradigma del control de constitucionalidad que aumenta las posibilidades de participación del ciudadano en el orden jurídico, a cuyas disposiciones se encuentra sujeto.
- C) Para descongestionar el tráfico de expedientes de la Corte y que ésta pueda cumplir su verdadero papel institucional, es decir pocos expedientes al año pero de honda proyección institucional, habrá que pensar en la institucionalización de una Corte intermedia.
- D) La jurisdicción discrecional es imprescindible; sin ella es impensable que exista “vida” en la Corte. Por eso, no es razonable mantener la ausencia de fijación de una política para el certiorari.
- E) Sería muy interesante debatir si sigue siendo mejor (o no) la estabilidad absoluta de los magistrados de la Corte.
- F) Respecto de las cuestiones políticas y las constitucionales de contenido político que llegan a la Corte, debe repararse que la política y el derecho son dos categorías distintas, siendo absolutamente normal que existan tensiones entre ellas.⁵⁹ El reexamen de la doctrina de las cuestiones políticas y el ensanchamiento del ámbito de la judiciabilidad deben dejar constancia de que, para los casos en que se agudiza la tensión, el propio ordenamiento tiene que proveer los instrumentos para dar predominio o prevalencia a la política, cuando la tensión es insostenible o bien demasiado fuerte. O sea, estipular una delimitación del ámbito de las cuestiones con contenido político está orientado a aumentar el ámbito de la judiciabilidad, pero teniendo muy en cuenta que la Corte es Suprema, motivo por el cual nunca debería ser más Suprema (que los otros poderes) que Corte Judicial, respetando y haciendo respetar el equilibrio tríada republicana.

⁵⁹ *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, “El derecho constitucional del pluralismo”, *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, España, Universidad de Murcia, 1999, pp. 7 y ss.

Una próxima reforma constitucional podría estudiar la posibilidad de introducir como nuevo ámbito de conocimiento y decisión de la CSJN “los conflictos de atribuciones o diferencias de opinión relativas a la interpretación de la Constitución federal que se susciten entre los poderes del Estado”. Una declaración explícita de esta naturaleza consagraría un paso significativo en la racionalización del tratamiento y delimitación concreta de las cuestiones políticas.

- G) La CSJN está sobresaturada de causas. No hace falta decir que no todas son trascendentes ni difíciles. Por una cuestión de posibilidades empíricas, la delegación —en otras personas que no son los propios jueces— existe; por más laborioso que intente ser un ministro, difícilmente pueda alcanzar a tomar conocimiento de todas, absolutamente todas las causas ingresadas. Por las mismas razones que es imposible resolver veinte causas por día, es imposible adelgazar bruscamente la figura del Tribunal en pocos años. Pese a que sería lo ideal, por ejemplo, 365 causas al año, ello no es previsible ni en el corto ni el mediano plazo. La reingeniería institucional no debería apartarse de las enormes bondades del modelo de control judicial difuso, incorporando las virtudes probadas del concentrado, compatibles con la tradicional estructura judicial vernácula. Así, debería enfatizarse tanto en la democratización y desburocratización de la legitimación como en la exigencia de argumentos serios, razonables y suficientes que autoricen a creer o sospechar la trascendencia del asunto y la consiguiente apertura de la jurisdicción constitucional.
- H) La publicidad de la modalidad que asume la circulación de las causas, la agenda y la divulgación de todas las sentencias de la CSJN es un imperativo jurídico que tiene por fundamento la racionalidad exigida para los actos del gobierno republicano.

Desde hace bastante tiempo se venía sosteniendo la imperiosa necesidad de tomarse muy en serio el procedimiento público de nominación de los jueces de la Corte. El artículo 99, inciso 4, de la CN determina que el presidente de la nación Argentina tiene la atribución de nombrar a los magistrados de la CSJN, con acuerdo del Senado, por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto.

La Corte, en toda su historia institucional, ha estado integrada por poco más de 100 jueces en total. Nunca, en toda la historia constitucional de la Argentina hasta el dictado del decreto presidencial número 222/2003,⁶⁰ las nominaciones de los candidatos a integrar el más alto Tribunal se insertaron en un marco donde se daban a conocer y se discutían en libre deliberación pública las proposiciones capitales de las respectivas teorías jurídicas de los candidatos que habían sido propuestos. Esta ausencia comportaba que la hubiésemos considerado como una octava razón de las siete enunciadas en la segunda parte.

El decreto 222/2003 reglamenta el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la CN le confiere al presidente de la nación para el nombramiento de los magistrados de la CSJN. El procedimiento establecido en el decreto, pese a su rango reglamentario, constituye una transformación francamente positiva en el ejercicio de la autoridad del presidente de la nación, porque estimula la deliberación ciudadana sobre un asunto de la máxima relevancia: la nominación y ulterior designación de un juez de la Corte.⁶¹

60 Publicado en el *Boletín Oficial* el 20 de junio de 2003.

61 Básicamente se establece que producida una vacante en la CSJN en un plazo máximo de 30 días, se publicará en el *Boletín Oficial* y en por lo menos 2 diarios de circulación nacional, durante 3 días, el nombre y los antecedentes para la cobertura de la vacancia (artículo 4o.). Las personas incluidas en la antedicha publicación deberán presentar una declaración jurada con la nómina de todos los bienes propios, los de su cónyuge y/o los del conviviente, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal, y los de sus hijos menores, en los términos y condiciones que establece el artículo 6 de la *Ley de Ética de la Función Pública* núm. 25.188 y su reglamentación (artículo 5o.). Los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán en el plazo de 15 días contar desde la última publicación en el *Boletín Oficial*, presentar al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de los propuestos. También se dispone que se recabará a la Administración Federal de Ingresos Públicos, preservando el secreto fiscal, informe relativo al cumplimiento de las obligaciones impositivas de las personas eventualmente propuestas (artículo 8o.). Finalmente, en un plazo que no deberá superar los 15 días a contar desde el vencimiento del establecido para la presentación de las posturas u observaciones, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada, el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá sobre la elevación o no de la propuesta respectiva. En caso de decisión positiva, se enviará con lo actuado al honorable Senado de la Nación, el nombramiento respectivo, a los fines del acuerdo (artículo 9o.).

Recientemente ha culminado la implementación, por primera vez, de las pautas fijadas por el citado reglamento administrativo.⁶² En forma significativa, este decreto configura un buen punto de partida para debatir el papel institucional de la Corte, incluyendo la necesidad de que, en una próxima reforma constitucional, parte de su contenido alcance dicho rango normativo.

Como directa consecuencia del default del pago de una porción relevante de la deuda externa, el Estado argentino deberá emprender la renegociación de las condiciones pactadas originariamente.⁶³ Llegado el caso, además, deberán afrontarse las consecuencias de demandas entabladas por acreedores contra el propio Estado, en sede de país extranjero. Dicho sea de paso, corresponde abrir un interrogante sobre la constitucionalidad de haber renunciado a la jurisdicción nacional en el marco de las emisiones de bonos de la deuda pública.

El tratamiento de la deuda externa es, con toda seguridad, uno de los temas clave de toda la historia argentina y su suerte condiciona tanto el futuro de la actual generación como el de las futuras que aún no nacieron.

Frente a esta situación, y sin abrir juicio sobre la legitimidad o ilegitimidad de muy buena parte de la deuda externa —pese a que esto último lo es—, y a que sus condiciones de pago y refinanciación hacen intolerable hasta extremos insoportables la vida comunitaria, resulta evidente que la fijación de la posición jurídica de la Argentina exigirá, a no dudarlo, una conducta institucional racional, coordinada y rigurosamente acorde con la agenda internacional. Naturalmente, la Corte, como poder del Estado, queda incluida con rol principal en la definición de la gesta, tan siquiera vía obiter dictum. Algo así se hizo en 1996 en la causa “Brunnicardi”, cuando la Corte recordó la “existencia de un principio de derecho de gentes que permitiría excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de la deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de

62 Zaffaroni, Eugenio Raúl fue designado juez de la Corte Suprema de Justicia mediante el decreto presidencial del día 22 de octubre de 2003.

63 Según estimaciones, el stock de deuda pública (capital, claramente en default) ascendería a 88.000 millones de dólares. Otra suma enormemente significativa, cuyo monto asciende a 78.500 millones de dólares —valor residual y atrasos de capital— aunque pareciera deuda excluida de la negociación, ello no implica ni la constitucionalidad de tal exclusión ni tampoco que sea puntualmente pagada, *La Nación*, Economía & Negocios, 29 de octubre de 2003, según fuente del Ministerio de Economía.

necesidad financiera impostergable”.⁶⁴ Por lo pronto, pareciera que la aludida circunstancia (el gigantesco *default*) exigirá una participación tan activa como comprometida por parte del más alto Tribunal de Justicia de la Argentina.

Indudablemente, apuntar a dicho cambio no será sencillo, sobre todo si se juzga la situación a partir de antecedentes inmediatos del más alto Tribunal de Justicia en lo que hace a su efectivo papel institucional. Como ejemplo, basta señalar que la cuestión del juzgamiento de la violación de los derechos humanos durante la dictadura militar 1976/1983 sigue siendo un tema fundamental en el escenario argentino. Muy recientemente, la CSJN, en la causa “Simón, Julio y otros”,⁶⁵ en la que en las instancias inferiores se había declarado la invalidez, nulidad insanable e inconstitucionalidad de los artículos 1o. de la ley 23. 492 (llamada “de punto final”) y 1o. 3o. y 4o. de la ley 23. 521 (llamada “de obediencia debida”) luego de casi un año de “espera” en el propio Tribunal, dispuso enviar los autos a la Cámara Nacional de Casación Penal para que dicte nuevo pronunciamiento que confirme o no el control judicial de constitucionalidad desplegado en instancias anteriores.

La decisión judicial citada, desde el punto de vista jurídico, es inobjetable. Dista de serlo, francamente, el hecho de que la CSJN haya esperado tanto tiempo para pronunciarse por un “reenvío” a sabiendas de que la causa regresará, con toda seguridad, por la vía de la apelación al seno del más alto Tribunal. Tratándose de una cuestión central para los problemas argentinos, el control jurídico no debe demorarse sine die.

Por lo pronto, hurgar en este tipo de definiciones significa acentuar el papel de la CSJN y su firme compromiso con el control judicial de constitucionalidad.

Hacer el papel (una persona o institución) puede ser entendido como ser útil a su función,⁶⁶ cumpliendo naturalmente el ministerio con provecho. Parece entonces necesario hablar de una teoría de la jurisdicción, aclarando qué funciones manifiestas se pretenden atribuir al órgano CSJN, comparándolas con las funciones que ha venido cumpliendo, con las que hoy efectivamente cumple y con las que ha dejado de cumplir?

64 CSJN, *Fallos* 322:2919.

65 Causa *RHE S. 2746 L.38* resolución del 30 de septiembre de 2003.

66 *Cfr.* Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, Madrid, Gredos, 1991, t. II, p. 631.