

JUSTICIA, POLÍTICA Y BÚSQUEDA DE MAYOR TRANSPARENCIA EN ARGENTINA

VÍCTOR BAZÁN*

1. ITINERARIO

Intentar abarcar íntegramente aquí la trama de vínculos entre justicia y política en Argentina sería tarea inagotable y de antemano condenada al fracaso.

Por tanto, y como objetivo más acotado y modesto, en primer término presentaremos algunas consideraciones de contextualización para describir el paisaje constitucional tras la reforma de 1994 en el área de los derechos humanos, efectuar un acercamiento preliminar a la interacción de justicia y política y comentar brevemente una muestra de la politización partidaria de la justicia en los órdenes federal y nacional.

Seguidamente, abordaremos la siempre presente tensión entre constitucionalismo y democracia en general y, ya en particular, las fricciones entre los poderes judicial y legislativo (también ejecutivo, por supuesto), para pasar a examinar un caso concreto resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que refleja esa tirante conexión.

A continuación, nos detendremos en un par de cuestiones conflictivas para el gobierno actualmente en el poder (desde diciembre de 2015) y su relación con el Congreso y la CSJN en torno a la designación de los dos nuevos ministros que en 2016 se incorporaron a ese Alto Tribunal; y además, un desencuentro entre este y el gobierno por la edad de los jueces para permanecer en sus cargos.

Pasaremos luego a enfocar panorámicamente la compleja temática de las sentencias estructurales, como búsqueda de un espacio de apertura dialógica y constructiva entre los poderes del Estado.

Desde allí nos moveremos al tema de la potestad de configuración normativa del legislador y ensayaremos una aproximación al control jurisdiccional de las omisiones inconstitucionales.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de las asignaturas: Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional, y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor Invitado de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otras universidades argentinas y extranjeras.

En la última escala previa al epílogo, afrontaremos una problemática muy sensible en nuestro país: la lucha contra la corrupción y la impunidad, punto que pone en contacto frontalmente a la justicia y la política y deja al descubierto la indispensable búsqueda por robustecer cuantitativa y cualitativamente la transparencia en el accionar de los poderes del Estado y demás órganos constitucionales.

El cierre de este trabajo contará con ciertas observaciones recapitulativas que se unirán a otras vertidas en su nudo argumental.

2. APRECIACIONES DE CONTEXTUALIZACIÓN

A) *Reforma constitucional de 1994*

Como insumo analítico de importancia figura la potente influencia que, al menos desde la dimensión normativa, ha generado la reforma constitucional de 1994 en la esfera de los derechos humanos y zonas temáticas aledañas. Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo de taxatividad, pueden computarse:

- La amplificación de la matriz de derechos explícitos, por ejemplo, al incorporar expresamente los siguientes: derechos políticos, en el artículo 37; derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, en el artículo 41; derechos de usuarios y consumidores, en el artículo 42.

- La expresa consagración de los procesos constitucionales de *amparo*, *hábeas data* —aunque sin utilizar literalmente esa nomenclatura— y *hábeas corpus*; todos desplegados en el artículo 43.

- La reconfiguración del *principio de igualdad*, por medio de la conjugación de la *igualdad formal* (art. 16) con la *igualdad material, real o sustancial*. Esta última vertiente se observa v. gr. en el artículo 37, relativo a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios; y en los siguientes incisos del artículo 75: 2, sobre igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional; 19: acerca de la sanción por el Congreso de leyes de organización y de base de la educación que, *inter alia*, promuevan los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, y 23: en uno de cuyos tramos se determina que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, además de asegurar —ya en otro sector de ese inciso— un plus de protección para niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

- La *autoafirmación de la fuerza normativa constitucional* por medio del artículo 36, que además y entre otras prescripciones, determina que atentar

contra el sistema democrático quien *incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento*, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. Paralelamente, se estipuló que el Congreso debía sancionar *una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función*, lo que se cumplió con el dictado de la ley nacional 25.188¹. En otras palabras, desde el texto constitucional se condena la corrupción y se busca la ética y la *transparencia* en el cumplimiento de la función pública, lo que redundará en una más acabada protección de los derechos ciudadanos.

- Ciertos elementos emergentes del nombrado artículo 75, inciso 19, en cuanto a la faena que el Congreso debe asumir respecto de proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.

- Se establece como principio general que *los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes* (art. 75, inc. 22, párr. 1°).

- Y se atribuye magnitud constitucional *originaria* a once instrumentos internacionales (luego se adicionarían tres) en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2°), que hacen que la antigua figura de la “pirámide”, en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución Nacional (C. N.), haya devenido en una especie de “trapezio”, en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante interacción la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Cabe recordar que los instrumentos internacionales recipiendarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es, la acordada directamente por la Convención Constituyente de 1994, son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A esa nómina primigenia de documentos internacionales con jerarquía constitucional originaria, se han añadido con idéntica alcornia, aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional, en función de la habilitación contenida en el artículo 75, inciso

¹ Publicada en el Boletín Oficial —en adelante, B. O.— de 1° de noviembre de 1999 y denominada “Ley de Ética en el ejercicio de la función pública”. Volveremos sobre este tema, al tratar el siempre irritante flagelo de la corrupción.

22, párr. 3^o), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la ley nacional 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la ley nacional 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003, y más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la que se ha otorgado semejante magnitud por la ley nacional 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014.

B) *Justicia y política en interacción*

La urdimbre de relaciones entre *justicia y política* en Argentina no es precisamente lineal, sino compleja y multiforme. Aunque parezca un lugar común, se aprecia una *intensa judicialización de la política y una fuerte politización (con sesgo partidista) de la justicia*.

En general, es difícil deslindar completamente la justicia de la política. Es que los avatares de esta última impactan en el sistema de justicia y, obviamente también, no pocas decisiones jurisdiccionales tienen repercusiones políticas.

La justicia es una pieza sustancial del Estado constitucional y convencional y se mueve en un escenario donde confluyen múltiples factores institucionales, jurídicos, políticos, sociales, económicos y axiológicos. Los jueces no son espectros o personajes asépticos fugitivos de la realidad, ni pueden vivir en una insularidad absoluta y radical que los mantenga completamente ajenos a los medios de comunicación, el curso del proceso democrático, la discusión política, los factores de poder, etc.

Por el contrario, deben resolver cuestiones políticas, están inmersos en lo público e institucional y muy cercanos a lo ideológico. De hecho, en el ámbito federal, la CSJN como cabeza de poder y órgano máximo de la justicia constitucional, define líneas, programas y cursos de acción públicos en el escenario de la política judicial.

Asimismo, y como en nuestro país rige un sistema de control difuso de constitucionalidad, todos los jueces pueden y deben efectivizar esa fiscalización constitucional, paralelamente al también difuso control de convencionalidad, incluso —en ambos casos— *ex officio*. Por supuesto, siempre con efectos ceñidos al caso concreto y a las partes del litigio, salvo cuando esa labor provenga de la CSJN en casos institucionales o de gran relevancia jurídica en los cuales los efectos de sus sentencias puedan tener valencia exógena, es decir, más allá del caso concreto.

² Ese último párrafo del artículo 75, inciso 22, dispone: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Sea como fuera, la Constitución se ubica en la intersección de la política y el derecho: política que se normativiza y norma que busca regular lo político³ (retornaremos sobre esta cuestión).

C) *Una muestra de la politización partidocrática de la justicia*

Por su parte, y como se ha sostenido, en no pocas ocasiones la falta de consenso y la rivalidad entre los partidos políticos se traslada a las instituciones judiciales⁴.

De hecho, durante el gobierno argentino anterior al actual que encabeza Mauricio Macri (MM), esto es, el que lideró Cristina Fernández de Kirchner (CFK), se suscitó una fuerte polarización del sistema judicial con la creación de la agrupación kirchnerista “Justicia Legítima”, que tuvo como uno de sus principales referentes a la exprocuradora general de la Nación (cabeza del Ministerio Público Fiscal), Alejandra Gils Carbó, una figura controversial según la catalogaron varios sectores no kirchneristas⁵. Existe además una cantidad nutrida de jueces (también de fiscales) firmemente contrarios a aquella agrupación, nucleados —por ejemplo— en la Asociación de Funcionarios y Magistrados de la Justicia.

³ MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie “Cuadernos del Rectorado”, núm. 22, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2010, pág. 40.

⁴ VICTORIA RODRÍGUEZ BLANCO, en el resumen de su trabajo “Justicia y política; una relación compleja”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, núm. 10, julio de 2014, Alicante, págs. 46-64. El artículo puede verse en <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2014/07/10-tm-03.pdf>.

⁵ La nombrada procuradora renunció con efectos a partir del 31 de diciembre de 2017, o sea, que ya no está en esa función. Mientras todavía la ocupaba, se incrementó progresivamente el número de quienes la criticaban y sospechaban de su gestión. Desde el actual oficialismo se sostuvo que carecía de “autoridad moral” para desempeñar el muy importante cargo que ostentaba, que es clave en la lucha contra la corrupción y la impunidad de altos funcionarios del gobierno que hasta diciembre de 2015 liderara CFK.

Desde una columna periodística se sintetizaba la metamorfosis que exhibió la citada exprocuradora, afirmando que al ser designada en 2012 (por la expresidenta) ostentaba un perfil independiente, el que cambió rotundamente cuando CFK “promovió, en marzo de 2013, una cruzada para ‘democratizar’ la Justicia. Con esa excusa, la expresidenta se lanzó a colonizar cada despacho judicial y la procuradora fue una generala victoriosa de la batalla kirchnerista” (cfr. FERNANDO GONZÁLEZ, “Gils Carbó y la sombra de la palabra renuncia”, *Clarín*, Buenos Aires, 15 de julio de 2017, https://www.clarin.com/opinion/gils-carbo-sombra-palabra-renuncia_0_rkeFIJwBb.html). El autor de la aludida nota periodística también analizó la decisión de un juez de citar a Gils Carbó para declarar como imputada por la compra de un edificio para la Procuración. El fiscal actuante la acusó de fraude al Estado, abuso de autoridad, tráfico de influencias y cohecho. Ahora deberá explicar por qué el hermano del funcionario al que se le encargó la adquisición de ese inmueble cobró una comisión de tres millones de pesos.

Se observa allí una de las manifestaciones de la *grieta*. En este caso, en el frente judicial. “Grieta” es una palabra muy conocida en Argentina y que denota la división social y política como consecuencia de aproximadamente doce años de kirchnerismo en el poder, que surgen de sumar la era de Néstor Kirchner (2003/2007) y los dos períodos presidenciales de su esposa, CFK (2007/2011 y 2011/2015).

En un editorial relativamente reciente de *La Nación*, uno de los principales diarios de Argentina junto a *Clarín*, se puso de manifiesto que la “politización de nuestra Justicia es tan innegable como lamentable y lo peor que nos puede ocurrir en esta materia es acostumbrarnos al fenómeno perverso que se instaló en nuestros tribunales durante el régimen anterior [kirchnerismo]. Se ha vuelto costumbre al escribir sobre temas judiciales aclarar cuando un juez o un fiscal pertenece o es cercano a la agrupación kirchnerista Justicia Legítima”⁶.

Ya en la vereda opuesta —sigue expresando el editorial— existen jueces y fiscales que no ocultan su franca oposición a aquel alineamiento político. Se pone de relieve que la situación suscitada es signo del retroceso que significa el hecho de que la política dicte la orientación y el sentido de algunas resoluciones, dictámenes y sentencias judiciales, frente a lo cual urge recordar la imperiosa necesidad de la independencia judicial. A modo de síntesis, el editorial en cuestión dice: “Resulta corrosivo para las instituciones de la República tanto la influencia de los dirigentes en la Justicia como que los jueces se arroguen funciones de aquellos”⁷.

A modo de ejemplo del punto que abordamos, el 24 de agosto de 2017 la Cámara Nacional Electoral (máximo órgano jurisdiccional en materia electoral del país) decidió denunciar penalmente al fiscal federal con competencia electoral en la Provincia de Córdoba, Enrique Senestrari, quien insólitamente hizo declaraciones públicas en junio del mismo año en las que sostuvo que “ojalá” cayera el gobierno de Mauricio Macri⁸. El fiscal en cuestión era, justamente, vocal de la citada asociación civil ‘Justicia Legítima’. Más allá de que el funcionario tenga libertad de pensamiento y no simpatice con el actual presidente, quien —recordamos— fue elegido democráticamente, su investidura de fiscal de la Nación hace que sea inapropiado e inconcebible que formule declaraciones públicas golpistas, desestabilizadoras y antidemocráticas⁹.

⁶“Judicialización de la política y politización de la Justicia”, Editorial, *La Nación*, Buenos Aires, 19 de febrero de 2017 (<http://www.lanacion.com.ar/1985929-judicializacion-de-la-politica-y-politizacion-de-la-justicia>).

⁷ *Idem*.

⁸ LUCIO FERNÁNDEZ MOORES, “La Cámara Electoral denunció a un fiscal que dijo que ‘ojalá’ se cayera el gobierno de Mauricio Macri”, *Clarín*, Buenos Aires, 24 de agosto de 2017 (https://www.clarin.com/politica/camara-electoral-denuncio-fiscal-dijo-ojala-cayera-gobierno-mauricio-macri_0_Bkfxuj2Ob.html).

⁹ Los impropios dichos de ese fiscal no fueron los únicos. De hecho, en enero de 2018 Raúl Eugenio Zaffaroni emitió en diversos medios de comunicación unas desafortunadas

Actualmente ‘Justicia Legítima’ ha perdido buena parte del poder que supo acumular.

3. TENSIÓN CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA. EL CASO “RIZZO” COMO EJEMPLO DE UNA RELACIÓN FRICCIONAL BIEN RESUELTA POR LA CSJN

A) *Un espacio de tirantéz*

No puede dejar de considerarse la tensión constitucionalismo-democracia o judicatura-Parlamento en el plano del control de constitucionalidad. En otras palabras, *la siempre delicada vinculación entre jurisdicción y legislación*¹⁰.

Como apunta SUNSTEIN, no es sencillo analizar en abstracto la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia pues algunas constituciones pueden promover a esta última, y otras subvertirla. Así, la tarea por emprender consiste —desde el particular punto de vista del autor mencionado— en descubrir concepciones apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas¹¹.

declaraciones, vaticinando la pronta “caída” de Macri, además de expresar que esperaba que este se fuera “lo antes posible” y hasta comparó a su gobierno con la última dictadura militar. Esas expresiones desestabilizadoras y destituyentes no provienen de un ciudadano común, sino de un personaje público, que ha ocupado cargos muy importantes como el de ministro de la CSJN argentina y, lo que es más grave aún, actualmente se desempeña como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Sus manifestaciones fueron repudiadas por un gran arco político, entidades empresariales y profesionales e incluso por dirigentes de ONG en materia de derechos humanos de diversos sitios. Las desatinadas palabras de Zaffaroni, quien no puede disociar sus opiniones personales de su rol como juez de la Corte Interamericana y tiene sobre sí una alta responsabilidad institucional y un compromiso irrestricto con la democracia, son potencialmente sediciosas, al contener un mensaje no subliminal para derrumbar al orden estatuido. Lo paradójico es que Zaffaroni olvida que en 1976 asumió como juez penal jurando fidelidad a los objetivos básicos de la junta militar encabezada por Videla y al estatuto del proceso de reorganización nacional que eliminaba a la Constitución Nacional. O sea, prestó servicios en la misma dictadura con la que hoy compara al gobierno de Macri, surgido de la voluntad popular expresada en las urnas en 2015.

El compromiso de todos los argentinos es que el corriente mandato presidencial (2015/2019) se cumpla como ordena la C. N. y que en 2019 sea la decisión del pueblo por medio del sufragio la que defina al próximo presidente. Ese es el cauce institucional natural, cualquiera sea el color político de la fórmula política que se elija, a la que habremos de respetar por su legitimación en las urnas, escenario natural donde en democracia se dirimen las contiendas electorales.

¹⁰ La frase que cierra el párrafo al que esta nota se refiere: “la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación”, es paráfrasis de la apreciación de GUSTAVO ZAGREBELSKY, quien alude a “lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación” (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, pág. 152).

¹¹ CASS R. SUNSTEIN, “Constituciones y democracias: epílogo”, trad. de Mónica Utrilla de Neira, en JON ELSTER, RUNE SLAGSTAD y colabs., *Constitucionalismo y democracia*, Colegio

Simplificando al máximo los contornos de la cuestión, movidos por un propósito referencial y partiendo de la constatación que da cuenta que democracia y constitucionalismo no son precisamente conceptos unívocos, traemos a colación a ELSTER, para quien la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio “una persona, un voto”¹².

A su tiempo, el vocablo *constitucionalismo* alude —en este contexto específico— a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias y está estrechamente asociado a un tribunal supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario vayan más allá de la revisión en el ámbito judicial. Así, y en términos generales, puede ligarse a la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo* con el tribunal supremo. Aquella encarna la participación popular; este, las restricciones constitucionales¹³.

De su lado, coincidimos con FERRAJOLI en cuanto a que una visión de la democracia que no sea meramente procedimentalista debe ser “garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría”¹⁴, y dicha garantía no podría operativizarse sino por un órgano jurisdiccional.

El *constitucionalismo contemporáneo* (*neoconstitucionalismo* para buena parte de la doctrina) conlleva un fuerte remozamiento de la fórmula del Estado de derecho, que ha viabilizado el ingreso al sistema jurídico de un nutrido elenco de derechos y de normas materiales que no solamente busca limitar al legislador, sino también perfilar los ejes básicos de la convivencia en diversos ámbitos por medio de una robusta garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho hace que los principios desplacen, no reemplacen, a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador. Ello lleva a que paralelamente la otra pieza fundamental del modelo, la *democracia*, se debata entre la búsqueda de diálogo y consenso en un proceso de justicia compartido y la omnipresencia de la vocación negociadora de beneficios.

En esa línea, PRIETO SANCHÍS puntualiza que el Estado constitucional exige una nueva teoría del derecho: el citado “neoconstitucionalismo”, cuyos rasgos sobresalientes son¹⁵:

Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública (A.C.), México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 368.

¹² JON ELSTER, en la “Introducción” a la obra citada en la nota anterior, pág. 33.

¹³ *Ibid.*, págs. 34 y 36.

¹⁴ LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, págs. 23 y ss.

¹⁵ LUIS PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid-México, Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas (III) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2003, págs. 131-132.

- *Omnipresencia de la Constitución* en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria.

- Más *principios* que reglas.
- Más *ponderación* que subsunción.
- *Omnipotencia judicial* en lugar de autonomía del legislador ordinario.
- Y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Para el citado autor, la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representan un “riesgo” para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia. Sin embargo, juzga que tal riesgo es “inevitable” si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo), el que, como modelo de organización jurídico-política, pretende representar un perfeccionamiento del Estado de derecho y si un postulado de este es el sometimiento de todo el poder al derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador¹⁶.

Bien cierto es, añade, que el neoconstitucionalismo implica también una apertura al “judicialismo” —al menos desde la perspectiva europea—, “de modo que si lo que gana el Estado de derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales”, sentido que tiene la ponderación rectamente entendida¹⁷.

En definitiva, el modelo jurídico-político representativo del Estado constitucional contemporáneo nutre a las constituciones que, aparecidas fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pretenden reparar la ruptura entre constitucionalismo y democracia.

B) *La CSJN y el caso “Rizzo”*

a) Al abordar la relación entre justicia y política y la tensión constitucionalismo y democracia, no puede soslayarse un fallo de gran importancia dictado por la CSJN: “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 «Gente de Derecho») c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ Acción de amparo”¹⁸, resuelto el 18 de junio de 2013.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 157.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Fallos*, 336:760. La mayoría se integró con los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay, mientras que en solitaria disidencia se manifestó el ministro Zaffaroni.

A modo de recordatorio contextual, es preciso tener en cuenta que en abril de ese año, la entonces presidenta CFK impulsó un conjunto de seis proyectos de ley para la “*democratización* de la justicia”, que no pocos de sus detractores rebautizaron irónicamente como “*domesticación* de la justicia”.

Algunos de esos proyectos fueron muy criticados desde la oposición. El más urticante, por su impacto institucional y la violación a la independencia judicial, fue aprobado por ley nacional 26.855¹⁹ mediante la cual se modificaba la normativa regulatoria del Consejo de la Magistratura (C. M.), que es un órgano constitucional vinculado al poder judicial que —entre otras funciones— tiene a su cargo la selección de las ternas de candidatos a jueces nacionales y federales y puede también desencadenar el proceso de destitución de estos²⁰, que luego de ello llevará adelante otro cuerpo de raíz constitucional: el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 115 de la C. N.).

Sin duda, esencialmente la innovación procuraba mudar la legislación relativa al C. M. para lograr, entre otras cosas, que: *i*) los consejeros abogados, jueces y académicos fueran elegidos por sufragio popular; *ii*) se ampliara el número de sus componentes, llevándolo de 13 a 19, para incrementar el factor político-partidario (principalmente a favor del oficialismo de entonces), rompiendo la composición *equilibrada* que según mandato constitucional (artículo 114) debía tener el Cuerpo²¹; *iii*) se incrementara su injerencia y poder políticos; y *iv*) se abriera la puerta para que las decisiones más relevantes que debe tomar puedan adoptarse con mayorías menos agravadas que las actuales.

b) Entre otros aspectos, el caso ofrece un par de particularidades: *i*) se activó el recurso extraordinario por salto de instancia —en los términos del artículo 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— que fue declarado admisible por la CSJN. En otras palabras, sin transitar por Cámara de Apelaciones alguna, se pasó de primera instancia (donde se había declarado la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la ley nacional 26.855 y del decreto del poder ejecutivo nacional 577/2013²²) directamente a la CSJN

¹⁹ B. O. de 27 de mayo de 2013.

²⁰ Es preciso advertir que los ministros de la CSJN están excluidos del radio de influencia del C. M., por cuanto este no interviene en la selección ni en la remoción de tales jueces, que son designados por el/la Presidente/a de la Nación con acuerdo del Senado y pueden ser destituidos por juicio político (*impeachment*) a cargo del Congreso Nacional. Tampoco interviene, por tanto, otro órgano constitucional: el Jurado de Enjuiciamiento.

²¹ En su párrafo segundo, el citado artículo 114 constitucional determina que el Consejo de la Magistratura “será integrado periódicamente de modo que se procure el *equilibrio* entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley” —bastardillas añadidas—.

²² B. O. de 27 de mayo de 2013.

dada la urgencia del Estado Nacional en que la causa fuera dirimida, y *ii*) fue la citada procuradora general, Alejandra Gils Carbó, quien emitió dictamen antes de la sentencia de la CSJN aconsejando al Tribunal que revocara el decisorio de primera instancia, o sea, que fallara a favor del Estado recurrente.

Sin embargo, seis de los siete ministros de la Corte votaron por rechazar el recurso extraordinario *per saltum* y mantener la inconstitucionalidad declarada por la jueza de primera instancia. Solo el juez Zaffaroni votó en disidencia.

Particularmente, en los considerandos 6° a 13 y 27 (del voto que encabeza el fallo²³), la CSJN argumenta sobre la tensión que el control de constitucionalidad que está a su cargo genera en el Congreso de la Nación y por qué esa facultad-deber de fiscalización constitucional debe ser cumplida por el Tribunal. Entre otros fundamentos, sostuvo²⁴:

- Con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la C. N. y la función que les corresponde a los jueces (artículos 31, 116 y 117), desde 1888 (*Fallos*, 33:162) hasta la actualidad [en ese momento, 2013] se ha sostenido “[...] que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, *constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos*” (consid. 8°).

- “[...] para defender esta supremacía, el Tribunal ha declarado a lo largo de su historia —y más allá de los votos individuales de sus miembros—, la inconstitucionalidad de normas que, aun cuando provenían del órgano legislativo que representa la voluntad popular, resultaban contrarias a la Constitución Nacional o tratados internacionales y afectaban derechos de las personas” (consid. 9°, primera parte). En el segundo tramo de ese considerando, pasa la Corte a individualizar un conjunto de fallos muy importantes en los que declaró la inconstitucionalidad de diferentes leyes.

- “[...] no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que *nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional*” (consid. 10, segunda parte).

- “*La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un*

²³ O sea, correspondiente a Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

²⁴ En todos los casos, las cursivas de los párrafos siguientes al presente subapartado no corresponden al original.

sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. [...] ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas” (ibid., tercera parte).

• “[...] solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que *el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema*” (consid. 11).

• “Las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático. Es necesario y saludable que exista ese debate. Pero ello *no puede llevar a desconocer ni las premisas normativas sobre las que se asienta el control judicial de constitucionalidad, ni que este sistema está, en definitiva, destinado a funcionar como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno*. En este marco los jueces deben actuar en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos” (consid. 13, párr. 2°).

c) En suma, la CSJN entendió mayoritariamente que la ley resultaba inconstitucional porque: *i) rompía el equilibrio, al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resultara directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario; ii) desconocía el principio de representación de los estamentos técnicos, al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos del C. M.; iii) comprometía la independencia judicial, al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, y iv) vulneraba el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, al distorsionar el proceso electoral.*

El fallo es claro, didáctico y está correctamente fundado. Afrontó los ítems más controversiales de la ley objetada, por ejemplo: *i) la politización partidaria de la elección de jueces, abogados y académicos para integrar el C. M.; ii) la ruptura del equilibrio en la composición de este, exigida constitucionalmente, y iii) el manto de sospecha que respecto de la imparcialidad y la independencia de los magistrados podría haber significado el hecho de aparecer en boletas electorales de partidos políticos.*

4. DOS CUESTIONES CONFLICTIVAS PARA EL GOBIERNO ACTUALMENTE EN EL PODER Y SU RELACIÓN CON EL PODER LEGISLATIVO Y LA CSJN

A) Designación de los dos nuevos jueces de la CSJN

a) Según el procedimiento estipulado por la C. N., en su artículo 99, inciso 4°, párrafo primero, el presidente de la Nación nombra los magistrados de la

Corte con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto.

Debe advertirse que, a diferencia de los demás tribunales federales inferiores, los jueces de la CSJN no pasan por el tamiz del Consejo de la Magistratura, sino que directamente son postulados al cargo por el titular del poder ejecutivo nacional.

Durante el gobierno de Néstor Kirchner se dictó el decreto nacional 222/2003²⁵, que instrumenta un “procedimiento calificado de autolimitación para la designación de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Quien inauguró el mecanismo instituido por el citado decreto fue el ministro Eugenio Raúl Zaffaroni en 2003. Algunas de las pautas y características de dicha normativa son:

- Por su artículo 4º, producida una vacante en ese Alto Tribunal, en un plazo máximo de treinta días, se publicará en el Boletín Oficial y en por lo menos dos diarios de circulación nacional, durante tres días, el nombre y los antecedentes curriculares de la o las personas que se encuentren en consideración para la cobertura de la vacancia. Simultáneamente con tal publicación, ello se difundirá en la página oficial de la red informática del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Además de la documentación y las declaraciones juradas que el/los propuesto/s deben adjuntar (artículo 5º), se abre una instancia en la que los ciudadanos en general, las ONG, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, en el plazo de quince días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial pueden presentar a aquel ministerio, por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar acerca de los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada sobre su propia objetividad en torno a los propuestos (artículo 6º); igualmente puede requerirse opinión a organizaciones de relevancia en el ámbito profesional, judicial, académico, social, político y de derechos humanos a los fines de su valoración (artículo 7º).

- Se solicitará 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).

- En un plazo no superior a quince 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; y en caso de decisión positiva, se enviará con lo actuado al Senado el nombramiento respectivo, a los fines del acuerdo (artículo 9º).

²⁵ B. O. de 20 de junio de 2003.

b) En diciembre de 2015, el actual presidente MM, amparándose en el artículo 99, inciso 19, de la C. N., y por medio del decreto nacional 83/2015, designó *en comisión* (o sea, temporariamente y sin acuerdo del Senado) a Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz para cubrir las vacantes en la CSJN y completar, así, el número institucional de cinco miembros estatuido legalmente²⁶.

A nuestro juicio, hubo allí un error político de parte del presidente. Tal equivocación fue luego corregida, se volvió sobre los pasos dados y se reinició el proceso tal como lo estipula la C. N., de resultas de lo cual aquellos jueces fueron incorporados al Alto Tribunal como resultado de un proceso constitucional regular y pertinente. Así, Rosatti asumió su cargo el 29 de junio de 2016 y Rosenkrantz el 22 de agosto de 2016.

Sin embargo, la cuestión generó un intenso debate entre los constitucionalistas que entendieron que el nombramiento “en comisión” era congruente con la C. N., y quienes estaban abiertamente en contra de esa interpretación, sosteniendo que una designación de relevante magnitud como la de jueces de la CSJN debió de entrada adaptarse a las pautas constitucionales de rigor y al decreto nacional 222/2003. En cualquier caso, pensamos que fue un paso en falso del primer mandatario que provocó alguna rispidez con el Senado de la Nación.

B) *Un cortocircuito entre el actual gobierno y la CSJN por la edad de los jueces para mantenerse en su cargo*

a) Reforma de 1994 mediante, el citado artículo 99, inciso 4°, de la C. N., aunque en sus tramos segundo y tercero, respectivamente expresa (las cursivas que se incluirán en ambos párrafos siguientes nos corresponden):

- El presidente de la Nación, “nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, *con acuerdo del Senado*, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”.

- “*Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite*”.

b) El aludido párrafo tercero del artículo 99, inciso 4°, de la C. N., no pasó precisamente inadvertido. De hecho, generó una secuencia de contrapuntos político-institucionales entre la Convención Constituyente y la Corte Suprema sobre si la cláusula disputada era o no válida, cuestión que ha recibido distintas soluciones en la línea de pronunciamientos del Alto Tribunal como veremos a continuación.

²⁶ Cfr. ley nacional 26.183 (B. O. de 18 de diciembre de 2006).

A. En “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ Proceso de conocimiento”²⁷, el entonces ministro de la CSJN, Carlos Santiago Fayt, dedujo acción meramente declarativa de certeza en primera instancia, dirigida a lograr la invalidación de ese párrafo tercero introducido por la Convención Constituyente de 1994. Adujo que violaba la garantía de inamovilidad de los jueces consagrada en el artículo 110 de la C. N.²⁸. Subsidiariamente, solicitó que se declarara que esa disposición —y la cláusula transitoria undécima²⁹— no lo afectaba por haber sido designado bajo el régimen constitucional anterior a la reforma.

La Cámara de Apelaciones modificó el fallo de primera instancia y determinó que el precepto no era aplicable al peticionario.

Por último, en sentencia de 19 de agosto de 1999, la CSJN dejó sin efecto la decisión de segunda instancia, hizo lugar a la acción planteada y declaró la nulidad de la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 en el artículo 99, inciso 4º, *párrafo tercero* —y en la disposición transitoria undécima— al artículo 110 de la C. N.

Como muchos años más tarde (casi dieciocho), y con otra integración, lo explicitaría la propia Corte *in re* “Schiffirin” (2017), caso sobre el que volveremos, en “Fayt” *por única vez en toda la historia constitucional de Argentina se declaró nula una norma de la Ley Fundamental*.

B. Por su parte, a finales de 2016 la vicepresidenta de la CSJN (Elena Highton de Nolasco) dedujo un amparo en primera instancia, que tramitó ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal número 6, Causa número 83.656/2016, “Highton de Nolasco, Elena Inés c/ E.N. s/ Amparo ley 16.986”. Señaló que se encontraba próxima a alcanzar el límite temporal de setenta y cinco años, viéndose obligada a iniciar un amparo con el objeto de obtener la declaración de nulidad de la reforma introducida en 1994 al artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero, de la C. N. Por su parte, el Estado Nacional rindió el informe de rigor oponiéndose a la viabilidad del amparo y pidiendo el rechazo de la demanda.

El planteo de la amparista fue admitido por el Titular del Juzgado (Enrique Lavié Pico), quien se pronunció el 10 de febrero de 2017, permitiéndole que

²⁷ Fallos, 322:1616. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, Boggiano y López; por su voto se pronunció el juez Vázquez y en disidencia parcial se expidió el ministro Bossert.

²⁸ Esa norma determina: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

²⁹ Tal disposición transitoria de la C. N. establece: “La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el artículo 99 inciso 4º entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional”.

continúe en su cargo más allá de los setenta y cinco años. La sentencia siguió el criterio que el Máximo Tribunal argentino había aplicado en el nombrado caso “Fayt”, o sea, que la Convención Constituyente de 1994 se había excedido en sus funciones al limitar la edad de los jueces, razón por la cual declaró la nulidad de la reforma constitucional introducida en 1994 al artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero, de la C. N.

Suponemos que por razones políticas el Estado Nacional no apeló el decisorio, por lo cual este quedó firme. No obstante, la causa generó alguna tirantez del gobierno con la vicepresidenta de la CSJN y, por extensión, con este Alto Tribunal.

C. Poco tiempo después de aquel fallo de primera instancia (firme) que benefició a la ministra Highton de Nolasco, el 28 de marzo de 2017 la Corte dictó sentencia en el anunciado caso “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción meramente declarativa”³⁰, donde *dejó de lado lo que decidiera en “Fayt” (1999), en relación con la nulidad del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, incorporado por la innovación constitucional de 1994.*

Básicamente, en tal pronunciamiento la mayoría del Tribunal (tres votos concurrentes) restituye la validez a la única norma de la Carta Magna que fue declarada nula por la CSJN en el curso de toda la historia constitucional argentina. El fallo concentra y exuda un intenso interés institucional al restablecer la potestad del Congreso y del poder ejecutivo —como poderes políticos reconocidos por la C. N.— de ejercer las funciones que el constituyente reformador les otorgó para decidir como representantes del pueblo si un juez podía continuar ejerciendo su función después de los setenta y cinco años. La norma constitucional disputada reasume su validez y vigencia y, con ello, de la totalidad de las cláusulas de la C. N., con las modificaciones introducidas por la Asamblea Constituyente de 1994.

Los tres ministros que configuraron la mayoría coincidieron en las siguientes cuestiones:

- La Convención Reformadora actúa como *poder constituyente derivado*, reuniéndose con el objeto de modificar, o no, solamente aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas.

- Dentro de los límites de la competencia habilitada, dicha Convención es libre para determinar *si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.*

- El control judicial de la actuación de una Convención Reformadora debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, de acuerdo con el *alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente.* En caso de duda, debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención.

³⁰ *Fallos*, 340:257. En votos concurrentes individuales se pronunciaron los ministros Lorenzetti, Maqueda y Rosatti; mientras que en disidencia se expidió Rosenkrantz.

- La ley nacional 24.309, que declaró la necesidad de la reforma, en su artículo 3º, tema ‘e’, habilitó a la Asamblea Reformadora para *actualizar las atribuciones del Congreso y del poder ejecutivo contenidas en la C. N., incluyendo los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales* imperante en el país.

- Esa habilitación sostiene la conclusión de que la necesaria intervención de los poderes ejecutivo y legislativo —cuando los jueces federales alcanzan la edad de setenta y cinco años— *aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas a la Convención Constituyente*.

- Como anticipábamos, la única ocasión en la historia argentina en que la CSJN declaró la nulidad de una cláusula de la C. N. fue en “Fayt”, sentencia en la cual la Corte *puso en ejercicio un control restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que limita severamente la competencia del órgano reformador*.

- Debe abandonarse la doctrina utilizada en “Fayt”, sustituyéndosela por *un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo*. En ese sentido, la aplicación de la *nueva doctrina* lleva a concluir que la Convención Constituyente de 1994 *no ha excedido los límites de su competencia al incorporar la cláusula del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, de la C. N., ni ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno; ello así, porque el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces*.

En su disidencia, el juez Rosenkrantz sostuvo:

- Lo que estaba en discusión no era la razonabilidad de la limitación del mandato de los jueces sino la validez constitucional del proceso por el cual se introdujo esa reforma, añadiendo que la Convención Reformadora modificó un artículo que no estaba habilitado por el Congreso nacional para ser reformado y, por tanto y al establecer un límite temporal al mandato de los jueces, violó la C. N.

- Las normas que rigen el proceso de reforma constitucional son de crucial importancia para la efectiva vigencia del sistema de derechos y libertades consagrado en la C. N., ya que hacen a la estabilidad misma de dichas garantías. Agregó que el estricto apego a la declaración que efectúa el Congreso de la Nación respecto de la necesidad de la reforma es el único mecanismo existente para evitar que las convenciones constituyentes se conviertan en “Cajas de Pandora” e introduzcan temas no sometidos al debate público en forma previa a la elección de convencionales constituyentes. Según su visión, este modo de entender las cuestiones en juego es el único que asegura la efectiva soberanía del pueblo de la Nación.

- Durante más de veinte años la sentencia recaída en “Fayt” tuvo un pacífico cumplimiento por todas las autoridades constituidas, independientemente de

su signo político, afirmando que cuando se juzga la validez de una reforma constitucional corresponde ser especialmente consistentes a lo largo del tiempo, lo que demanda un respeto más riguroso hacia los precedentes de la CSJN.

A modo de brevísimo colofón, y más allá de las diversas reacciones que el caso generó, lo cierto es que se está ante la presencia de una sentencia de fuerte contenido institucional que obviamente excede el interés de las partes involucradas y devuelve su validez a la cláusula de la Ley Fundamental que fuera declarada nula.

Asimismo, se observa una posición mayoritaria de la CSJN que se muestra más considerada con la Convención Reformadora, que actúa como poder constituyente derivado y que restituye la potestad del Congreso y el poder ejecutivo —como poderes políticos reconocidos por la Constitución— en punto a ejercer las funciones que aquella les atribuyó para definir como representantes del pueblo si un juez puede o no continuar ejerciendo su magistratura después de los setenta y cinco años.

5. UN ACERCAMIENTO A LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES: ENTRE LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

A) *Visión panorámica*

Una interesante instancia de entrecruzamiento constructivo entre justicia y política la ofrecen las llamadas “sentencias estructurales”. Disculpándonos por la tautología, se trata de “megasentencias” que abordan temas estructurales y complejos

Algunos de estos son transversales a distintos países latinoamericanos, por ejemplo, en relación con *sistemas de salud, hacinamiento en las cárceles y seguridad social*. Otros, corresponden a fenómenos específicos que suceden en un país determinado, v. gr., el lacerante *desplazamiento forzado* que arrasó con diversos derechos fundamentales de cientos de miles de personas en Colombia³¹ como consecuencia del conflicto armado que lleva más de cinco décadas y que hoy transita un esperanzador proceso de paz, que ojalá finalmente dé frutos firmes y perdurables³².

³¹ Que diera origen a la sent. T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana, emitida el 22 de enero de 2004. Vale aclarar que se acumularon 109 acciones individuales para proteger los derechos esenciales de multitud de víctimas del citado conflicto armado.

³² Cabe recordar que en el plebiscito de 2 de octubre de 2016 triunfó el “no”, naufragando así el acuerdo suscrito por el presidente colombiano Juan Manuel Santos y el líder de las FARC, Rodrigo Londoño, conocido también como ‘Timochenko’. Continúan las negociaciones para incorporar a los nuevos acuerdos varias de las propuestas de quienes votaron por la negativa en tal consulta.

Sostiene OSUNA que por medio de las “sentencias estructurales” los jueces hacen un importante esfuerzo para dar efectividad a los enunciados constitucionales “cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves a los derechos humanos, frente a los cuales esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes”³³.

Así, tales pronunciamientos dialógicos implican el pasaje de una protección casuística (*case by case*) en cuestiones recurrentes de violación a los derechos humanos, a una respuesta jurisdiccional holística que puede involucrar al legislativo, al ejecutivo y a otros órganos constitucionales del Estado en un esquema de políticas públicas.

Justamente, el éxito o el fracaso de los decisorios estructurales se anudan a la existencia o no de colaboración y voluntad política de los poderes e instituciones públicos involucrados en la construcción sentencial.

Constituyen un instrumento útil para inducir o movilizar la adopción de políticas públicas por el poder ejecutivo y ordenar al legislativo la emanación de normas jurídicas. Con todo, la CSJN debe actuar con prudencia para convocar la menor intrusión posible en el despliegue de las atribuciones competenciales de los poderes políticos, de manera de lograr que las megasentencias en cuestión tengan la debida legitimidad jurídico-política.

B) *Praxis de la Corte Suprema argentina*

El Alto Tribunal nacional ha emitido sentencias estructurales (hasta ahora de dificultoso cumplimiento), por ejemplo, en³⁴:

³³ NÉSTOR OSUNA, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor Bazán (ed. acad.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, N° 5, Bogotá, Universidad de Chile y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2015, pág. 92.

³⁴ Corresponde también incluir siquiera una mínima alusión a la importante sentencia de la CSJN encaminada a establecer mecanismos para que los ciudadanos puedan exigir colectivamente el derecho al agua potable. Nos referimos al caso “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ ‘Aguas Bonaerenses S. A.’ y otros s/ Amparo”, de 2 de diciembre de 2014 (*Fallos*, 337:1361). Votaron concordantemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

Entre otras cosas, la CSJN dijo que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y en el campo de los derechos de incidencia colectiva, siendo asimismo fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia. Además, entendió que correspondía calificar en los términos de la causa “Halabi”

• “Verbitsky, Horacio s/ Hábeas corpus”³⁵, de 3 de mayo de 2005, donde por vez primera admitió un hábeas corpus correctivo y colectivo, en este caso, articulado por el Centro de Estudios Legales y Sociales en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados³⁶. Entre otras muchas cuestiones, la Corte elevó las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas”, recogidas por la ley nacional 24.660, al nivel de estándar básico infranqueable como elenco de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana.

• “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado nacional y otros”, que es una suerte de megaproceso referido a la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (y a su saneamiento) y que originó varias resoluciones.

(sobre la que volveremos) a la acción promovida como un proceso colectivo, pues procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable, el objeto de la pretensión —por su carácter— resulta insusceptible de apropiación individual y la pretensión incoada persigue que la provisión domiciliaria en red de ese bien se realice con características y contenidos que cumplan con los estándares normativos vigentes.

Posteriormente, la CSJN hizo alusión a esta sentencia en *Fallos*, 339:1223 (de 2016) y 340:257 (de 2017).

³⁵ *Fallos*, 328:1146. La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el juez Boggiano y, también disidentemente —aunque solo en forma parcial—, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

³⁶ Hubo asimismo un pronunciamiento de la CSJN en la misma materia, *in re* “Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ Acción declarativa de certeza (Condiciones de las cárceles de Mendoza)”, de 13 de febrero de 2007 (*Fallos*, 330:111). Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; mientras que el juez Fayt lo hizo según su voto.

El Alto Tribunal daba respuesta así a requerimientos de la Corte IDH. Justamente, la resolución que brevemente anotamos se relaciona con otra que la CSJN tomara el 6 de septiembre del 2006, sobre la base de las decisiones provisionales aplicadas por la Corte IDH, por medio de las cuales se requirió al Estado Nacional que tomara las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física de los internos, en forma inmediata y de manera eficaz, de modo que no se produjera una muerte más. En consecuencia, la Corte argentina intimó al Estado Nacional a adoptar las medidas que pusieran fin a la situación de riesgo e inseguridad que se vivía en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza; y, asimismo, instruyó a todos los tribunales mendocinos que, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importara un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

La de 8 de julio de 2008³⁷, es una sentencia colectiva, en la que el Tribunal prefiguró un plan que se debe cumplir obligatoriamente por la Autoridad de la Cuenca creada por la ley nacional 26.168³⁸ (entidad a la que puso en funcionamiento), imponiendo sanciones para el caso de incumplimientos o demoras, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del Estado nacional y de la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires.

C) *Diálogo jurídico-político*

El escenario más propicio para el desarrollo de este modelo sentencial es el constitucionalismo dialógico. O sea, que los esfuerzos deben orientarse hacia soluciones concertadas entre la CSJN y los restantes poderes públicos en el contexto de una dinámica institucional sustentable en el Estado constitucional y convencional.

Si bien el Alto Tribunal puede tener sus propios programas o políticas públicas o “de Estado” como el propio presidente Ricardo Lorenzetti³⁹ denomina a estas últimas (refiriéndose por ejemplo a la *política de Estado* en materia de gobierno abierto, comunicación, transparencia y lucha contra la impunidad), no puede implantar *per se* una arquitectura institucional sobre alguna cuestión de carácter general sin el concurso de los restantes poderes y órganos del Estado, pero sí podría sentar algunas pautas o bases genéricas de orientación para que ella sea diseñada y desarrollada por las instituciones competentes.

Como puede suponerse, el tema de los fallos estructurales se mueve hacia espacios jurídicos arduos y complejos y, para algunos, no demasiado ortodoxos al “invadir” competencias de los poderes representativos que tienen legitimidad democrática directa. Sea como fuere, consideramos que —sensatamente empleados— representan un importante medio para dar comienzo de solución o respuesta a *violaciones sistemáticas de determinados derechos fundamentales* y a *obligaciones contraídas por vía de instrumentos internacionales* en esa materia, o bien para superar un *estado de cosas inconstitucional*, tal como en algunos pronunciamientos sostuvo la Corte Constitucional de Colombia que muestra una interesante praxis en el particular.

Este mecanismo sentencial, que suele tener una configuración complicada, presenta dificultades en las etapas de ejecución y monitoreo. En ese sentido, resulta trascendental que la dinámica relacional de los poderes del Estado se

³⁷ Fallos, 331:1622. El fallo fue suscrito por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Antes y después de la referida sentencia definitiva, se dictaron otros numerosos resolutorios.

³⁸ B. O. de 5 de diciembre de 2006. Debe recordarse que la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo fue creada como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

³⁹ RICARDO LORENZETTI, “Prólogo”, *Fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (2003-2016), 1ª ed. especial, Corte Suprema de Justicia de la Nación, VII Conferencia Nacional de Jueces, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pág. 4.

lleve adelante en términos cooperativos y armónicos para articular las políticas públicas y proteger y realizar los derechos básicos en la zona de funcionamiento del Estado constitucional y convencional.

En relación con la tutela de tales derechos esenciales, vale traer a colación a ALEXY quien rememora que el Tribunal Constitucional Federal alemán sostuvo en el caso “Lüth”⁴⁰ (1958) “que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, ‘para todos los ámbitos del derecho’. Esto lleva a un ‘efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)’ de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; [pues] los derechos fundamentales se vuelven ubicuos”⁴¹.

⁴⁰ 7 *BVerfG* 198, 1958. El caso “Lüth” es un precedente muy importante en la historia institucional del *BVerfG*. Lo reseñaremos a continuación.

En su sentencia de 22 de noviembre de 1951 el Tribunal Estatal de Hamburgo había condenado al Sr. Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, bajo apercibimiento de pena de prisión o multa, a abstenerse de: a) solicitar a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas que no incluyeran dentro de su programación el film “*Unsterbliche Geliebte*” (de 1951, que no tenía un contenido antisemita), y b) incitar al público alemán a no ver esa película. Esta era obra de Veit Harlan, realizador de varios films antisemitas durante el auge del nazismo. Es más, había sido el principal responsable de las películas de divulgación de las ideas nazis. Entre estas, la más conocida fue “*El judío Süß*”, de 1941.

Contra aquel pronunciamiento, el Sr. Lüth interpuso recurso de amparo constitucional, que fue resuelto por la Sala Primera del *BVerfG* el 15 de enero de 1958. Esta entendió que el Tribunal Estatal había desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuía al *derecho a la libertad de expresión*, también allí donde este entraba en conflicto con los intereses privados de terceros, omitiendo los criterios basados en los derechos fundamentales. Violaba, así, el derecho fundamental del recurrente contemplado en el artículo 5º, párrafo 1, frase 1, de la Ley Fundamental.

En definitiva, anuló el fallo objetado que, según el *BVerfG*, había ignorado el efecto de irradiación de la libertad de expresión en la interpretación del concepto “contrario a las buenas costumbres” del artículo 826 del Código Civil.

El caso presenta numerosas aristas de interés. Por ejemplo:

- La visibilización de la *dimensión objetiva y axiológica de los derechos fundamentales*, al afirmarse que la Ley Fundamental había establecido también en la parte dedicada a estos derechos “un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales”, añadiéndose que tal sistema de valores “debe regir en todos los ámbitos del derecho como decisión constitucional fundamental”.

- Que el sentido del instituto del amparo constitucional radicaba en que los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial debían ser examinados por el *BVerfG* a la luz de los derechos fundamentales.

- La *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, o sea la *Drittwirkung*.
- La importancia de la *ponderación* en caso de colisión de derechos o principios.

⁴¹ ROBERT ALEXY, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, trad. y ed. de Rubén Sánchez Gil, México, D. F., Porrúa e IIDPC, 2009, pág. 6.

O sea que los principios iusfundamentales valen para todos los ámbitos del derecho y, en esa línea, se instala la *ubicuidad de los derechos fundamentales* que les permite irradiarse hacia todo el sistema jurídico.

En suma, la irradiación y la ubicuidad de los derechos y la garantía de su protección y desarrollo efectivo, imponen a las sentencias estructurales de la CSJN que busquen abastecer tales objetivos tuitivos y concretizadores y alcanzar un equilibrio constitucional razonable en su interrelación con los poderes públicos, sobre la base del principio de colaboración armónica⁴².

Dicho de otro modo, cerrar las puertas a un hiperactivismo avasallante y abrirlas a un temperamento jurisdiccional tan dinámico como prudente y consciente de sus límites y de la autoridad democrática de los poderes políticos.

6. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL LEGISLADOR. UN ACERCAMIENTO A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

A) *Libertad configurativa del legislador*

El de la potestad configurativa del legislador es un principio conocido e importante. Con todo, no supone un poder absoluto ni arbitrario, sino que debe ser ejercido dentro de los límites constitucionales impuestos.

Se sigue de ello que, frente a un mandato constitucional, el legislador goza de esa libertad de configuración normativa. Pero bajo el manto de esa libertad no puede omitir *sine die* el dictado de la normativa necesaria para operativizar aquel encargo constitucional.

Por ejemplo en Alemania, la categoría jurídico-política de la *libertad de configuración del legislador* (*gesetzgeberischen Freiheit*) ha adquirido un importante desarrollo jurisprudencial y doctrinal y ha suplantado a otra denominación, la de “discrecionalidad” (*Ermessen*) del legislador. De cualquier modo, y valga el juego de palabras, esa “libertad” del legislador no es ni puede ser una zona “liberada” o inmune al control por el órgano correspondiente de justicia constitucional.

La *razonabilidad* en el ejercicio de aquella libertad es una de las piezas cruciales del engranaje que mueve las relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia en cuestión. Si bien estos últimos órganos deben conducirse con deferencia prudente y reflexiva respecto del margen de apreciación del legislador, este no puede ignorar *ad aeternum* las demandas de actuación concreta que la Constitución le fija.

⁴² En esa línea, por ejemplo el artículo 113 de la Constitución colombiana establece: “Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. *Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*” —cursivas añadidas—.

Explica SCHNEIDER que el (por entonces) *nuevo concepto (libertad de configuración del legislador)* significaba que, dentro de los límites extremos (arbitrariedad, desproporcionalidad, abuso), no se producía control de contenido de las decisiones legislativas por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán, lo que ciertamente no impedía un control de comportamiento o de procedimiento⁴³.

Ya desde otro perfil, resulta válida la aportación de REVENGA SÁNCHEZ, para quien la *fuerza normativa de la Constitución* no surge del vacío y la normatividad constitucional “presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la política y el derecho —política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político— *la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva*”⁴⁴ —énfasis agregado—.

Acierta GARRORENA MORALES cuando afirma que las decisiones que contienen las sentencias de los tribunales constitucionales, además de resoluciones judiciales, son actos de neto *indirizzo político*; añadiendo que en definitiva la sentencia constitucional *es a la vez realidad política y realidad jurídica fundidas en unidad de acto*, “ése es su riesgo, pero [...] también, en mayor medida, su riqueza y su virtud”⁴⁵.

Con relación al problema general que afrontamos, HÄBERLE expresa que el proceso político “*no está excluido de la Constitución, sino que es uno de sus más fundamentales ámbitos vitales y funcionales, una parte nuclear en el verdadero sentido de la palabra: comparable a una bomba para elevar agua*. Tienen lugar aquí movimientos, innovaciones, cambios, pero también ‘confirmaciones’, que constituyen más que mero ‘material objetivo’ para la (posterior) interpretación constitucional; *son una parte de la interpretación de la Constitución*, porque en su marco la realidad pública se crea y se transforma a menudo imperceptiblemente. Aunque la libertad de configuración que posee el legislador ‘como’ intérprete de la Constitución, se diferencia cualitativamente de la libertad de movimiento que en la interpretación dispone el juez constitucional, porque su amplitud se delimita en cada caso de forma téc-

⁴³ HANS-PETER SCHNEIDER, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes” trad. de Joaquín Abellán, en, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, núm. 5, mayo-agosto 1982, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 55.

⁴⁴ MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, cit., pág. 40.

⁴⁵ ÁNGEL GARRORENA MORALES, “La sentencia constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1981, pág. 27.

nicamente muy distinta, esto no significa, sin embargo, que tenga que existir una diferencia notable también cuantitativamente”⁴⁶ —cursivas añadidas—.

En el fondo, el hecho de que los pronunciamientos constitucionales repercutan en el ordenamiento jurídico, actuando como fuentes creadoras de derecho, no autoriza a predicar la transmutación del juez constitucional en legislador. Aunque con idéntico énfasis, debemos reiterar que este último no puede escurirse en su libertad configurativa para eludir o posponer ilimitadamente la manda constitucional que le impone materializar las determinaciones normativas contenidas en la Ley Básica.

B) *Inconstitucionalidad por omisión*

a) Pero, ¿qué sucede si el Congreso se mantiene impasible en esa situación letárgica que mencionábamos en el párrafo final del subapartado anterior, pese a la expresa norma constitucional que le impone legislar? ¿Existe alguna solución jurisdiccional para movilizar la voluntad legislativa en punto a la sanción de la normativa ausente? ¿Qué acontece si el legislador emana un dispositivo normativo que deja arbitrariamente fuera del mismo a personas o grupos a quienes de modo legítimo les correspondía quedar comprendidos por la legislación en cuestión?

b) Como anticipábamos, el Estado contemporáneo es Estado constitucional (también convencional), en cuyo marco la Constitución (como los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía homóloga a ella) ocupa un lugar sustancial en el sistema jurídico y destila fuerza normativa, lo que implica la obligación de garantizar su indemnidad, sea que las agresiones en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

La potestad de ejercer control sobre las pretericiones inconstitucionales recibe sustento y legitimación dado que el vigor jurídico y fáctico de tal bloque constitucional es presupuesto de intangibilidad de los caracteres fundamentales de supremacía y normativa de la Ley Fundamental⁴⁷.

Se trata de una temática conflictiva, cuyo examen implica ingresar a sitios arduos del control de constitucionalidad. Además, se conecta con temas complejos como los de *la eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y toca puntos sensibles al intentar corregir indolencias fundamenta-

⁴⁶ PETER HÄBERLE, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, trad. de Xabier Arzoz Santisteban, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 6, núm. 11, 2008, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, págs. 39-40.

⁴⁷ Sobre el tema, ver el libro de VÍCTOR BAZÁN, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017, *passim*.

les —principal pero no exclusivamente— del legislador, que puede sentirse *invadido* en ámbitos que considera de su exclusiva incumbencia, o bien, *limitado antidemocráticamente*.

c) Como se sabe, en distintas latitudes jurídicas y por diferentes vías: constitucional (nacional y local en países con estructura federal), legal y jurisprudencial, se han adoptado normas o implantado respuestas jurisdiccionales para atemperar o eludir los efectos nocivos de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Para ilustrar la cuestión, pasamos a enumerar algunos ejemplos:

- *En textos constitucionales nacionales*: i) *europesos*: Portugal y Hungría (fue además pionera la Constitución de 27 de febrero de 1974 de la denominada —y hoy desaparecida— República Socialista Federativa de Yugoslavia, en su artículo 377), y ii) *latinoamericanos*: Brasil, Venezuela y Ecuador.

- *En constituciones locales*: Provincia de Río Negro en Argentina; los Estados de Brasil, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1988, y un importante número de entidades federativas en México, pese a que la Constitución federal no contiene norma alguna al respecto.

- *Por la senda legislativa*: Costa Rica y República Dominicana.

- *Por la vía jurisprudencial*: i) en *Europa*: por ejemplo, Alemania, España e Italia, y ii) en el ámbito *latinoamericano*: v. gr., Argentina, Colombia, Guatemala, México, Perú.

d) Un acercamiento taxonómico primario, tomando como punto de partida de la tradicional clasificación de WESSEL⁴⁸, permite distinguir entre omisiones inconstitucionales *absolutas o totales* y *relativas o parciales*.

En las *absolutas o totales* hay ausencia de cualquier norma legislativa de desarrollo del mandato constitucional. Es decir que la inactuación legislativa en el particular es completa o radical.

En las *relativas o parciales* sí se ha dictado un dispositivo legislativo, pero de modo insuficiente, parcial o discriminatorio, excluyendo injustificadamente de su cobertura a determinados grupos o personas o a ciertas situaciones que debieron haberse incluido, de lo que se deriva una violación al *principio de igualdad* o, en algunos casos, a otros principios, valores o derechos como el *debido proceso*. El incumplimiento del mandato constitucional se da aquí al haber el legislador obviado ciertos aspectos o destinatarios de la normación que debieron haber sido previstos. Se configura, entonces, una exclusión arbi-

⁴⁸ FRANZ WESSEL, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, cuad. 6, 1952, pág. 164.

La distinción wesseliana fue exhaustivamente estudiada por COSTANTINO MORTATI, “Apunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Problemi di Diritto Pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1972, págs. 926 y ss.

traría de beneficio. En síntesis, la legislación presenta un contenido normativo inferior al exigido constitucionalmente.

e) Concretamente, y en lo que de modo específico atañe a Argentina, debe subrayarse la utilidad de poner en funcionamiento mecanismos jurisdiccionales que, sin deteriorar la autoridad democrática del legislador, resguarden la dimensión normativa de la Constitución, amparen su contenido axiológico y aseguren su supremacía. Nuevamente, *la justicia y la política en interacción* no siempre armoniosa o lineal.

Siguiendo el trazado jurisprudencial de la CSJN, puede detectarse —con mayor o menor contundencia o grado de verbalización— la presencia de diversos antecedentes en materia de fiscalización sobre las pretermissiones inconstitucionales, algunos de los cuales fueron emitidos incluso con anterioridad a la multicitada reforma de 1994.

Así, de modo sucinto se pueden computar enunciativamente los siguientes pronunciamientos, que *infra* serán abordados también brevemente: “Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional”⁴⁹, de 15 de noviembre de 1985; “Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo”⁵⁰, de 7 de julio de 1992; “Mignone, Emilio Fermín s/ Promueve acción de amparo”⁵¹, de 9 de abril de 2002; el ya aludido caso “Verbitsky, Horacio”; “Badaro, Adolfo Valentín c/ Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ Reajustes varios”, sentencias⁵² y II⁵³, respectivamente de 8 de agosto de 2006 y de 26 de noviembre de 2007; “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo ley 16.986”⁵⁴, de 24 de febrero de 2009; “Dávila Lerma, Carlos Alberto c/

⁴⁹ *Fallos*, 307:2184. El pronunciamiento fue unánime y en la ocasión el Tribunal estuvo compuesto por los siguientes conjuces: Bidart Campos, Gavier, Moisset de Espanés, Morello y Terán Lomas.

⁵⁰ *Fallos*, 315:1492. La mayoría quedó integrada con los jueces Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a los ministros Petracchi, Moliné O'Connor, Levene [h.] y Belluscio.

⁵¹ *Fallos*, 325:524. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López; en sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, se pronunciaron los jueces Boggiano y Bossert; mientras que los ministros Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría.

⁵² *Fallos*, 329:3089. Unánimemente se pronunciaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

⁵³ *Fallos*, 330:4866. Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

⁵⁴ *Fallos*, 332:111. La mayoría se integró con los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta se expidieron los jueces Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el ministro Fayt.

Provincia de Formosa y/u otros”⁵⁵, de 5 de junio de 2012; “Zartarian, J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción”, de 20 de agosto de 2014⁵⁶; “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/ Amparo”⁵⁷, de 11 de noviembre de 2014; y “Villarreal, Mario Jesús c/ PEN - PLN y Máxima AFJP s/ Amparo”⁵⁸, de 30 de diciembre de 2014.

Un esquema presentado a grandes rasgos sobre el recorrido jurisprudencial de la CSJN, nos permite insinuar las siguientes líneas salientes de los fallos preindividualizados.

a) En “Bonorino Perú” (caso resuelto por conjueces) ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una *omisión inconstitucional* violatoria de una garantía contenida en la Ley Fundamental consistente en la necesaria preservación de la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados” (como uno de los soportes de la independencia judicial), menester para el cual la Corte Suprema resaltó su papel de intérprete final de la Constitución.

b) En “Ekmekdjian c/ Sofovich” dejó en claro que la obligación del derecho interno respecto de la CADH puede también ser abastecida por una sentencia judicial, y que la inacción legislativa en perfilar la normativa reglamentaria del artículo 14 de dicho instrumento internacional podía suscitar la violación del mismo al no hacer posible su cumplimiento. Desde una mirada profunda de la cuestión puede intuirse una interesante (aunque embrionaria) muestra de *retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad respecto de omisiones normativas*. En otras palabras, una muestra seminal de *preterición inconventional*.

c) En “Mignone”, por medio de una especie de *sentencia exhortativa multilateral*, declaró inconstitucional el artículo 3, inciso ‘d’, del Código Electoral Nacional, y dispuso urgir a los poderes legislativo y ejecutivo que adoptasen las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de las personas detenidas no condenadas, estableciéndoles para ello a aquellos poderes políticos un plazo de seis meses.

d) En “Verbitsky”, como vimos, diseñó una *sentencia estructural*, al involucrar en sus requerimientos a los tres poderes de la Provincia de Buenos

⁵⁵ Causa ‘D.518.XLI.RHE’. Se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni.

⁵⁶ Causa CSJ 9/2012 (48-Z). Votaron los ministros Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Petracchi.

⁵⁷ Fallos, 337:1263. Se expidieron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton, Fayt y Maqueda.

⁵⁸ Causa ‘CSJ 000049/2011 (47-V)/CS1’. Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda; mientras que en disidencia votó la jueza Highton de Nolasco.

Aires: ejecutivo, legislativo y Suprema Corte de Justicia. Y, paralelamente, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio. En algún punto, el fallo revela la detección de *omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga* en que incurrían las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y dispuso exhortar al ejecutivo y el legislativo provinciales a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponerles un criterio temporal fijo para concretarlo.

e) En “Badaro” I, descubrió y declaró la existencia de una *omisión legislativa inconstitucional* lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el artículo 14 bis de la Ley Fundamental y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al poder ejecutivo nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias. Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el Tribunal difirió el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la nueva normativa por dictar.

En definitiva, desde el prisma procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: i) por un lado, *detecta la omisión inconstitucional*; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excedería su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar directamente las medidas necesarias para suplir la omisión, y comunica lo decidido a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable produzcan la normativa pertinente, y ii) por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo criterio normativo.

Ya en “Badaro” II, ante el transcurso de un lapso temporal prolongado sin obtener satisfacción específica en los términos de la exhortación que formulara, y frente a la *persistencia de la inacción legislativa*, estableció aditivamente en el caso una regla de ajuste actualizatorio de la prestación previsional del accionante, que con el tiempo adquirió valor de premisa actualizatoria general, es decir que cuenta con un valor exógeno.

f) “Halabi” es relevante porque el Tribunal adhiere a una posición amplia que cataloga también como derechos de incidencia colectiva a los derechos individuales homogéneos, considerados como derechos individuales, divisibles, sean o no patrimoniales, en supuestos en que su defensa individual fuera inviable (cfr. artículo 43, párr. 2º, de la C. N.). Al respecto, interpretó que

había mediado *mora legislativa* en la regulación de las “acciones de clase” y fijó determinados lineamientos que regularían la tramitación de las mismas hasta tanto el congreso emanara la reglamentación general pertinente al efecto (la que hasta la actualidad no se ha emitido).

g) En “Dávila Lerma” la doctrina dimanante del sucinto fallo lleva a concluir que si en una causa los jueces manifiestan al peticionante algo así como que “su planteo es correcto y Ud. tiene razón, pero precisa una norma del legislador que solucione su reclamo”, estarían dimitiendo al ejercicio de su jurisdicción, que comprende el control de constitucionalidad de las normas en los casos que sean de su competencia. Y por extensión, puede predicarse que ello implica habilitar una herramienta significativa para que desde la jurisdicción se corrijan también *pretermisiones del legislador* violatorias de la Constitución.

h) En “Zartarian” la Corte detectó una suerte de *omisión inconstitucional* relativa [sin usar literalmente esa expresión], considerando que no se había justificado razonablemente que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas (o sea, el tratamiento diferenciado a hombres y mujeres para acceder a la pensión por viudez) respondiera a un fin trascendente que únicamente pudiera ser alcanzado por ese medio. Así, ante la falta de ejercicio del control de constitucionalidad en la instancia jurisdiccional correspondiente y los derechos en juego, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la norma debatida.

i) “Municipalidad de La Rioja” es un fallo de magnitud institucional y muy importante para el sistema federal argentino. La Corte descartó el argumento del Superior Tribunal provincial según el cual la *omisión del poder legislativo de La Rioja* no podía ser objeto de una acción judicial por constituir una “cuestión política no justiciable”. Al respecto, afirmó que no era posible sostener que el dictado de la ley de coparticipación municipal —o sea, el acatamiento de la Constitución— quedara supeditado al logro de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en más de dieciséis años no habían sido conseguidos. Instó a los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia a asegurar el cumplimiento de la Constitución, proveyendo los recursos financieros a sus municipios de acuerdo con criterios preestablecidos y destacó la gravedad que ostentaba la ausencia de dicha ley.

j) En “Villarreal”, por último, constató una *preterición normativa* del poder ejecutivo en cuanto se abstuvo de expedir las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de una ley de la Nación, la 26.425, publicada el 9 de diciembre de 2008 y que dispone la unificación del sistema integrado de jubilaciones y pensiones en un único régimen previsional. O sea, el Tribunal verificó la falta de aplicación de un mandato legislativo expreso que finalmente anclaba sus raíces en normas y cláusulas constitucionales: el artículo 14 bis, en relación con derechos vinculados a la seguridad social, y el artículo 75,

inciso 23, en tanto se afectaba a uno de los grupos vulnerables definidos en la C. N. como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos: los ancianos.

f) Efectuada la precedente exploración del itinerario jurisprudencial de la CSJN en el tema de la inconstitucionalidad por omisión, y como anunciábamos, puede testimoniarse aquí otro punto de encuentro (a veces conflictivo) entre justicia y política.

De cualquier modo, la labor jurisdiccional que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión y eventualmente el tipo de sentencia por dictar, no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego, según el caso, todas o algunas de las siguientes: *i)* normatividad y primacía de la Constitución; *ii)* deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad; *iii)* connotaciones jurídicas y axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la preterición provoca; *iv)* lapso temporal por el que viene prolongándose la inactividad del órgano silente, ya sea en cuanto al dictado de la normativa de desarrollo constitucional (omisión absoluta), como en la optimización o adaptación de la sancionada deficientemente con un contenido normativo menor al estipulado por la Ley Fundamental (omisión relativa); *v)* radio de acción del legislador en el supuesto específico de que se trate; *vi)* particularidades de la situación jurídica, política e institucional del momento; *vii)* elenco de posibilidades al alcance de la judicatura para diseñar una respuesta jurisdiccional material y financieramente posible y sustentable, e, *inter alia*, *viii)* prefiguración de las consecuencias de su pronunciamiento.

En otras palabras, cabe esperar de la CSJN un *activismo prudente y equilibrado* que sin generar un temerario desborde de su marco competencial, tampoco la conduzca a incumplir la exigencia axial que sobre ella se cierne en punto a garantizar la supremacía y la normativa constitucionales.

A pesar de que para algunos el control sobre las inercias legislativas (en algunos casos, incluso del poder ejecutivo) supone riesgos de “intromisión” de la magistratura jurisdiccional en las tareas político-normativas del legislador, en puridad aquellos están ínsitos en el desarrollo de la función jurisdiccional y en la tarea de control en sí misma. Dicho de otro modo, los pretendidos “peligros” *se presentan tanto cuando el objeto de la fiscalización estriba en un comportamiento activo o positivo, como cuando consiste en una omisión.*

7. APUNTES SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD.

OTRO ESPACIO DE INTERACCIÓN ENTRE LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

Para desarrollar la temática que anuncia el epígrafe, enfocaremos sucesivamente los siguientes asuntos: la problemática de la corrupción; su contexto legal e infralegal; algunos antecedentes normativos (acordadas) de la CSJN;

ciertos instrumentos internacionales relativos a la lucha contra la corrupción y la impunidad; la significativa temática de la *accountability*, y determinados aspectos y episodios específicamente vinculados a estas cuestiones en nuestro país.

A) *Acerca de la corrupción*

La corrupción es un problema crudo, sumamente complejo y multifacético, que debe ser abordado holística e interdisciplinariamente. Hace tiempo dejó de ser un problema local para transformarse en un fenómeno transnacional que afecta —en mayor o menor medida— a todas las sociedades y economías, lo que torna crucial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella.

Compromete de manera muy grave a la democracia, la gobernabilidad y el desarrollo socioeconómico del Estado y demanda una seria y sistematizada coordinación interinstitucional para sortear la impunidad, involucrando al ministerio público, el poder judicial, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Policía Federal, los Servicios de Inteligencia Financiera, otras instancias de control como por ejemplo la Oficina Anticorrupción, etc. Sin olvidar los aportes de la sociedad civil, las ONG y, naturalmente, cada ciudadano desde su lugar; entre otros actores involucrados.

Sin duda, la lucha contra la corrupción y la impunidad debe incluir un sistema articulado de políticas de Estado, pero fundamentalmente es indispensable que medie *voluntad política* para perseguir aquellas insidiosas conductas y juzgarlas con la celeridad que corresponde.

También debe involucrar programas de prevención, mediante políticas concertadas y eficientes que incluyan la participación de la comunidad y reflejen los principios del Estado constitucional y convencional, el imperio de la ley, los valores democráticos, la correcta gestión de los asuntos y bienes públicos, la ética, la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas, entre muchos otros aspectos.

En primer lugar, es preciso identificar con claridad las prioridades y los principales desafíos estructurales de la corrupción en nuestro país, ámbito en el que —como anticipábamos— se intensifica la demanda de justicia.

Como se sabe, las prácticas de corrupción lesionan a la comunidad, vulneran derechos, corroen las instituciones y socavan la democracia. Por su parte, el desarrollo de la institucionalidad democrática no se logra con ignorancia o desconocimiento de la Constitución, indiferencia o comportamientos anómicos, entendidos estos últimos como representativos de la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales⁵⁹; sino con una firme actitud que de-

⁵⁹ Cfr. CARLOS S. NINO, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

note la toma de conciencia del trascendente papel que la sociedad adquiere en un Estado de derecho.

Es preciso robustecer la *cultura de la legalidad*, esto es, el acatamiento espontáneo del derecho; además de construir una ciudadanía más informada, reflexiva y crítica respecto de sus instituciones y normas⁶⁰.

La anomia puede ser “atacada” básicamente con educación cívica, información pública veraz, transparencia en el accionar de los gobernantes, combate de estos a la corrupción y a la impunidad y conductas éticas consistentes, es decir, coherencia entre el mensaje que transmiten y lo que hacen en la realidad, de manera que la ciudadanía pueda vivenciar el cumplimiento de la Constitución y el resto de las normas por parte de las autoridades públicas en una suerte de pregón con el ejemplo, que lleve a los ciudadanos a internalizar que actuar de acuerdo con la ley y acatarla es una forma de enaltecer al Estado de derecho en el marco de una conducta *con sentido* y además *ética y jurídica-mente plausible*.

El ciudadano *tiene una obligación moral de obedecer al sistema normativo del Estado*, en la medida que las normas y ese Estado respondan genuinamente a procedimientos democráticos, respeten los derechos humanos y deparen garantías procesales y constitucionales reales e idóneas para su tutela.

Algunas de las soluciones o al menos de las medidas coadyuvantes para luchar contra el deletéreo flagelo de la corrupción pasan por ejemplo por la existencia de políticas públicas serias y eficaces en la materia; una justicia penal que actúe con valentía, rapidez y efectividad para juzgar y condenar a los corruptos; instrumentos eficientes de rendición de cuentas, y mecanismos actualizados y conducentes al recobro de activos provenientes de aquella (bienes y caudales malversados o robados).

En relación con el último de los temas aludidos, uno de los aspectos más novedosos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (sobre la que volveremos) estriba en el tratamiento que otorga a los fondos derivados de actos de corrupción desviados de los erarios nacionales a terceros países. Según la Convención, los Estados Parte deben prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y fortalecer la cooperación internacional para su recuperación.

Un avance en materia de lucha contra la corrupción —al menos desde la esfera normativa— puede encontrarse en la sanción de la ley nacional 27.304 y el decreto nacional 1.144/2016⁶¹ que la promulga, mediante la cual:

⁶⁰ Respecto del aserto que cierra el párrafo, ver JAIME CÁRDENAS GRACIA, “¿Es posible el Estado de Derecho sin adhesión al sistema normativo?”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, México D. F., IJ de la UNAM, 2007, pág. 241.

⁶¹ Tanto la ley como el decreto fueron publicados en el B. O. de 2 de noviembre de 2016.

- Se sustituye el artículo 41 ter del Código Penal, lo que implica reducción de escalas penales para aquellos partícipes o autores de determinados delitos, que aporten información precisa, comprobable y verosímil⁶².

- Se incorpora el artículo 276 bis, *ibid.*, que castiga a quienes, beneficiados por aquella figura del artículo 41 ter, brinden maliciosamente información falsa o datos inexactos.

- Y, entre otras cosas, se determina hasta cuándo puede materializarse el acuerdo con el *imputado arrepentido* [antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente], además de los criterios para aplicar los beneficios, los requisitos formales y el procedimiento.

B) *Contexto legal e infralegal*

Un cuadro normativo legal y sublegal enunciativo, que directa o indirectamente se vincula con la compleja problemática de la corrupción en Argentina, comprende por ejemplo:

- La ley nacional 25.188⁶³ y sus modificaciones (leyes 26.857⁶⁴ y 27.126⁶⁵), de “Ética en el ejercicio de la función pública”, que establece en su artículo 1º un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

⁶² Como se establece en el aludido artículo 41 ter del Código Penal, para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportados contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

La misma norma añade que, cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión o reclusión perpetua, la pena solo podrá reducirse hasta los quince años de prisión y la citada reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

⁶³ B. O. de 1 de noviembre de 1999.

⁶⁴ B. O. de 23 de mayo de 2013.

⁶⁵ B. O. de 5 de marzo de 2015.

• La ley nacional 25.233⁶⁶, por cuyo artículo 13 se crea la Oficina Anticorrupción (OA) en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, teniendo a su cargo la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional. Por medio del decreto nacional 102/99⁶⁷ se reglamentan las funciones y estructura de la OA. Dicha normativa fue modificada por el decreto nacional 226/2015⁶⁸, que sustituyó los artículos 6º y 7º de aquel decreto, estableciendo respectivamente que la conducción, representación y administración de la OA será ejercida por el Secretario de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción (con rango y jerarquía de secretario), y que dicho funcionario deberá poseer título universitario, sólida formación académica, antecedentes profesionales calificados en derecho, ciencias sociales o economía y una reconocida trayectoria democrática y republicana.

• La ley nacional 25.246⁶⁹, que —entre otras cuestiones— da una nueva denominación al Capítulo XIII, Título XI, del Código Penal, el que pasa a llamarse: “Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo”, sustituyendo los artículos 277 a 279 de dicho Código. Además, ya por imperio del artículo 7º de la ley nacional 26.683⁷⁰, se crea la Unidad de Información Financiera (UIF) que funciona con autonomía y autarquía financiera en jurisdicción del Ministerio de Finanzas (ver artículo 5º del decreto nacional 2/2017⁷¹), regulándose su funcionamiento, competencias, etc.

• La ley nacional 25.164⁷², “Marco de Regulación del Empleo Público Nacional”, en relación con las incompatibilidades y el empleo público.

• Y la ley nacional 24.767⁷³, de Cooperación Internacional en materia penal, que regula aspectos relativos a la extradición, asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos, y cumplimiento de condenas.

C) *Ciertas innovaciones normativas en la Corte Suprema*

Por la Acordada 34/2014⁷⁴ se crea —bajo la superintendencia directa de la CSJN y como complemento de los Cuerpos Técnicos Periciales y demás

⁶⁶ B. O. de 14 de diciembre de 1999.

⁶⁷ B. O. de 29 de diciembre de 1999.

⁶⁸ B. O. de 23 de diciembre de 2015.

⁶⁹ B. O. de 10 de mayo de 2000.

⁷⁰ B. O. de 21 de junio de 2011.

⁷¹ B. O. de 3 de enero de 2017.

⁷² B. O. de 8 de octubre de 1999.

⁷³ B. O. de 16 de enero de 1997.

⁷⁴ B. O. de 22 de octubre de 2014. Fue firmada por los ministros Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco y Maqueda; al tiempo que el juez Zaffaroni se abstuvo.

Peritos— un *Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación* (PJN), *Especializados en Casos de Corrupción*. Dicho Cuerpo actuará a requerimiento de los magistrados judiciales con competencia criminal y estará integrado por diez expertos, que deberán reunir los requisitos exigidos para ser miembro de los cuerpos periciales del Tribunal y serán elegidos por este mediante concurso abierto de evaluación y antecedentes. La acordada en cuestión también aprueba el “Reglamento General del Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializados en Casos de Corrupción y Delitos contra la Administración Pública”.

En sus considerandos, entre otras cuestiones, se resalta:

- La importancia de cumplir con el objetivo constitucional de afianzar la justicia y la necesidad de profundizar los cambios tendientes a lograr el más eficaz desempeño de la función judicial en todas las instancias y jurisdicciones de la Nación.

- Tales objetivos adquieren particular relevancia en el supuesto de los delitos contemplados en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en la Convención de la ONU contra la Corrupción, de las cuales Argentina es Parte, y que el preámbulo de esta última pone de manifiesto la “preocupación” de los Estados por diversas cuestiones que importan actos de corrupción de funcionarios de los poderes de un Estado, que comprometen “la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia”, además de lo consagrado en su artículo 1° en cuanto a que la finalidad de dicha Convención es “promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos, y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.

- Es tarea de todos los poderes del Estado y, en particular, de los jueces agilizar los procesos en los que se combate la corrupción, lo que se vincula con la necesidad de satisfacer el referido mandato constitucional, el valor de integridad de la función pública, la credibilidad que en ella deben tener los ciudadanos, así como el derecho de todo funcionario a obtener una sentencia definitiva.

- La Corte considera necesario dedicar esfuerzos presupuestarios a fin de contar con un cuerpo de peritos especializado en casos de corrupción de criminalidad económica; ello desde que la investigación de estos delitos demanda operaciones y conocimientos de alta especialización (artículo 476 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

- Y el Cuerpo debe elaborar los informes de su especialidad y sus respectivas conclusiones, en un tiempo razonable y sobre la base de actuaciones transparentes.

Por su parte, ante el dictado por el poder ejecutivo del decreto nacional 256/2015⁷⁵, que ordenó la transferencia del Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) a la órbita de la CSJN, esta dispuso por Acordada 2/2016⁷⁶ la creación de la “Dirección de Captación de Comunicaciones del Poder Judicial de la Nación”, órgano encargado de realizar las interceptaciones y captación de comunicaciones privadas en todo el territorio nacional y que actúa con autonomía de gestión⁷⁷. Cabe recordar que por el referido decreto la Corte es el único órgano del Estado encargado de ejecutar interceptaciones o captaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente.

Ya la Acordada 3/2017⁷⁸ dispuso que el “Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializados en Casos de Corrupción y Delitos contra la Administración Pública”, creado por Acordada 34/2014, funcione en la órbita de la “Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado del Poder Judicial de la Nación” y bajo su superintendencia administrativa, manteniendo la autonomía técnica de su actividad pericial.

Para cerrar, recordamos que el 10 de abril de 2017 la CSJN firmó con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación un convenio de colaboración para el combate del lavado de activos, la financiación del terrorismo y delitos conexos graves. Se propone la realización de actividades de coordinación y cooperación interinstitucional entre las partes a efectos de mejorar la efectividad del combate contra la criminalidad organizada y el terrorismo, en el marco de las obligaciones derivadas de las convenciones elaboradas por la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos en estas materias —aprobadas por las leyes nacionales 24.072, 25.632, 26.023, 26.024, 26.097—, así como también de los “Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo y la Proliferación”, elaborados por el Grupo de Acción Financiera (GAFI).

⁷⁵ B. O. de 29 de diciembre de 2015.

⁷⁶ Dictada el 15 de febrero de 2016 y signada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

⁷⁷ Algunas reservas por parte de la Asociación por los Derechos Civiles sobre la cuestión pueden verse en “Reflexiones sobre la creación de la Dirección de Captación de Comunicaciones”, de 19 de febrero de 2016. Es importante la referencia a los “Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones” (*International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance*), que establecen una serie de estándares para evaluar si las prácticas de vigilancia estatales se corresponden con los derechos humanos (<https://adcdigital.org.ar/2016/02/19/reflexiones-sobre-la-creacion-de-la-direccion-de-captacion-de-comunicaciones/>).

⁷⁸ Dictada el 20 de marzo de 2017 y suscrita por los ministros Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz.

Por su parte, en marzo de 2017 la Corte suscribió convenios con la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y con al Unidad de Información Financiera (UIF).

D) *Ciertos instrumentos internacionales vinculados con la materia*

Entre los documentos internacionales que, con mayor o menor intensidad, tocan puntos relativos al flagelo de la corrupción y la lucha contra la impunidad, pueden citarse los que figuran a continuación.

a) En primer lugar, la *Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, aprobada por la Ley Nacional 25.319⁷⁹.

b) Asimismo, la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios* (que se combina con la citada Convención de la ONU contra la Corrupción), aprobada por la ley nacional 25.632⁸⁰. Dos son los protocolos que contiene: *i*) para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y *ii*) contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

La Convención alude, entre otros puntos, a la cuestión de la corrupción en el artículo 8º, titulado “Penalización de la corrupción”, en cuyo inciso 2º expone que cada Estado considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción; el artículo 9, “Medidas contra la corrupción”, incisos 1º y 2º, respectivamente, sobre la adopción por cada Estado Parte de medidas legislativas, administrativas o de otra índole, que sean eficaces para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, y acerca de la adopción por aquellos de medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación. Por su parte, el segundo de los protocolos complementarios, en su artículo 3º, “Definiciones”, concretamente en el inciso ‘c’ al referirse a qué se entiende por “documento de identidad o de viaje falso”, incluye en el apartado ii) a aquel expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, *corrupción* o coacción o de cualquier otra forma ilegal.

c) En perspectiva comparada, otros instrumentos multilaterales focalizados en la prevención y el combate contra la corrupción son, *inter alia*: el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo

⁷⁹ B. O. de 18 de octubre de 2000.

⁸⁰ B. O. de 30 de agosto de 2002.

de 1997⁸¹; el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997⁸²; el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999⁸³; el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999⁸⁴ y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003⁸⁵.

d) El Estado argentino es Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley nacional 24.759⁸⁶, como de la Convención de la ONU, aprobada por la ley nacional 26.097⁸⁷.

La Convención de la ONU contra la Corrupción es el primer instrumento jurídico de carácter global para enfrentar esta problemática. Fue adoptada en diciembre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, al reunir las 30 ratificaciones requeridas. La integran, aproximadamente, 126 Estados y sus *objetivos* son:

- Adoptar medidas para *prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción*, así como el fortalecimiento de las normas existentes.
- *Aumentar la transparencia* en su administración pública.
- *Independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, como también la importancia del ministerio público.*
- Fomentar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la *prevención y la lucha contra la corrupción.*
- Y promover la integridad, la *obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos.*

De su lado, la Convención Interamericana contra la Corrupción entró en vigor el 6 de marzo de 1997 conforme a su artículo XXV. La han ratificado o adherido a ella, según corresponda, 32 países. Solo Barbados (la firmó pero

⁸¹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 195, 25 de junio de 1997.

⁸² Ver *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.98.III.B.18).

⁸³ Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 173.

⁸⁴ *Ibid.*, núm. 174.

⁸⁵ El artículo 5° de esta última Convención (“Legislación y otras medidas”), incluye previsiones sobre estímulo y protección de informantes internos, protección de testigos y sanciones por reportes falsos.

⁸⁶ B. O. de 17 de enero de 1997.

⁸⁷ B. O. de 9 de junio de 2006.

no la ratificó) y Cuba (no la firmó) no son Estados Parte de la Convención. Argentina la suscribió el 29 de marzo de 1996, la ratificó el 4 de agosto de 1997 y depositó el instrumento de ratificación el 9 de octubre de 1997.

Entre sus *propósitos* (artículo II) se cuentan:

- Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los *mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción*,

- Y promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de *asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción* en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Por su parte, el artículo III estipula algunas medidas preventivas, entre ellas, en su inciso 11 figuran *mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las ONGs* en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

En suma, ambas convenciones (de Naciones Unidas e Interamericana) promueven la transparencia, el acceso a la información pública y la participación de la sociedad civil en la lucha contra la corrupción.

E) *Sumaria referencia a la accountability*

Es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles —ejercicio de simplificación mediante— a una suerte de “*accountability*”, término semánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la “rendición de cuentas”, ya mencionada en este trabajo.

De hecho, se ha sostenido que el término *accountability* es una expresión intraducible, relacionada con la responsabilidad y —justamente— la rendición de cuentas, además de afirmar que el poder judicial —como toda organización— “debe monitorear, planear y mejorar su producto para cumplir así con su responsabilidad con el público”⁸⁸.

No aludimos entonces a meras fiscalizaciones formales que solo sirvan para adornar y aumentar la ya sobrepoblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios y diáfanos. En este entramado se hace cada día más evidente la necesidad del aporte suplementario que pueda brindar el control social o ciudadano de los asuntos públicos resulta provechoso para *estimular la transparencia*, mitigar arraigadas prácticas corruptas y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas.

Es indispensable pugnar por la modernización del funcionamiento del poder judicial para, entre otros objetivos, proporcionar un mejor servicio al sistema democrático.

⁸⁸ LINN HAMMERGREN, “Independencia y *accountability* de los jueces” (http://www.dplf.org/sites/default/files/21_hammergren_independencia_y_accountability.pdf).

Como *mutatis mutandis* ha sostenido OVEJERO FUENTE, la teoría de la *accountability* se creó como respuesta a la incapacidad de los gobiernos para reformarse y actualizarse por cauces tradicionales o por medios directamente participativos. Permitió abrir las puertas de las instituciones públicas al examen social sin necesidad de grandes reformas estructurales⁸⁹.

Añade la citada autora que si bien la *accountability* resulta difícil de aplicar en el ordenamiento español debido a la concepción formalista del juez como mero aplicador de la ley y a la alta importancia del principio de independencia judicial, lo que ha suscitado medidas débiles y que no producen sanciones, aclara —respecto de la *accountability* vertical— que ya no se puede mantener aquella concepción formalista, pues el juez no es un mero aplicador de la ley, integra el ordenamiento y crea derecho incidiendo con su actuación en la vida político-social de la comunidad, por lo que si esto se admite ha de asumirse que tienen responsabilidad política y *deben ejercerla bajo el amparo de la legitimidad democrática como el resto de los poderes*⁹⁰. Así, pormenorizadamente propone instrumentos para fortalecer la rendición de cuentas del poder judicial⁹¹, tomando elementos de la teoría de la *accountability*, que incluyen tanto el desarrollo de medidas *verticales* de conexión con la voluntad popular como el fortalecimiento de medidas institucionales *horizontales* de rendición de cuentas.

Evidentemente, esta última se vincula de manera estrecha con la independencia, la legitimidad y la transparencia del judiciary, además de ser un instrumento efectivo para exigir su responsabilidad política o responsabilidad pública, que testimonia cómo se enriquece su relación no solo con los otros poderes del Estado, sino también con los ciudadanos.

Por lo demás, es indispensable que reine la prolijidad, la responsabilidad y la diaphanidad en el manejo y ejecución del presupuesto del departamento judicial, tema de alta sensibilidad que desde luego se vincula con la transparencia.

F) Aspectos adicionales sobre corrupción en Argentina y cierre del tema

No es casualidad que el propio Presidente de la CSJN, luego de afirmar que esta ha cumplido un papel decisivo en la historia del país de los últimos años, haya enfatizado que el Tribunal incorporó a su agenda de trabajo *desafíos que comprometen seriamente el porvenir de las generaciones futuras*: como la

⁸⁹ ANA MARÍA OVEJERO FUENTE, “Accountability judicial y Consejo General del Poder Judicial”, en LUIS AGUIAR DE LUQUE (ed.), *Independencia judicial y Estado constitucional. El gobierno judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 219 y ss.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 235.

⁹¹ *Ibid.*, págs. 237 y ss.

crisis ambiental, *el narcotráfico, la corrupción* y lo que se denomina la nueva esclavitud del siglo XXI, expresada en la trata de personas⁹².

Refrenda tal posición aseverando que en ese recorrido aparecen dos grandes corrientes temáticas que se encuentran presentes desde el origen de nuestra Nación: *i) la corriente igualitaria, basada en la tutela de los vulnerables, el reconocimiento de los derechos humanos, la lucha contra la discriminación de todo tipo y un modelo social más justo; y ii) la tendencia republicana, enfocada en la defensa de las instituciones, la división de poderes, la transparencia, la libertad de expresión y la lucha contra la impunidad.*

En este punto no puede olvidarse la impronta que el Constituyente inoculó al artículo 36 de la C. N., fundamentalmente en la parte referida a la corrupción pública. Si bien la redacción en el particular no es demasiado pormenorizada, lo importante es que aludió expresamente a un flagelo que erosiona las bases de la democracia y el sistema republicano.

Siendo así, es preciso profundizar cuantitativa y cualitativamente la *voluntad política* para investigar posibles hechos de corrupción de altos funcionarios del gobierno anterior e incluso las eventuales inconductas de quienes actualmente (y desde diciembre de 2015) conducen el país.

El poder judicial debe adelantar más prontamente las causas de —presunta— corrupción [recordar por ejemplo la citada Acordada 34/2014 de la CSJN] y otras cuestiones institucionalmente muy complicadas, por ejemplo el sensible caso del asesinato del fiscal Alberto Nisman y el *affaire* ‘Odebrecht’. Debería igualmente avanzarse en los procesos de investigación y posibles cesantías por el Jurado de Enjuiciamiento de algunos magistrados investigados, obviamente resguardando de manera escrupulosa sus garantías constitucionales. Cabe recordar que el 17 de noviembre de 2017 fue destituido por “mal desempeño” el camarista federal Eduardo Freiler, quien muestra un crecimiento exponencial de su patrimonio que resulta imposible de justificar con los ingresos que percibía como juez.

Según una nota periodística de *Clarín*⁹³, en nuestro país se dictan muy pocas condenas en causas de corrupción contra funcionarios que hayan sido secretarios de Estado, ministros, jefes de Gabinete, vicepresidentes o presidentes. Además, *las causas de corrupción demorarían un promedio de catorce años y, por lo general, prescribirían los delitos investigados*. Si bien se aclara que aún no hay datos oficiales, se estima que en los últimos veinte años solo habría *5 condenas firmes* de funcionarios de alta jerarquía por delitos de corrupción,

⁹² RICARDO LORENZETTI, “Prólogo”, *Fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (2003-2016), cit., pág. 3.

⁹³ ALEJANDRO ALFIE, “La lucha contra la corrupción: en veinte años, solo cinco condenas firmes”, *Clarín*, 22 de junio de 2017 (https://www.clarin.com/politica/lucha-corrupcion-veinte-anos-solo-condenas-firmes_0_HkacuduX-.html).

entre los que destacan el exsecretario de Transporte, Ricardo Jaime; la extitular de ENTel, María Julia Alsogaray, y la exministra de Economía, Felisa Miceli. Sigue libre el *expresidente Carlos Menem*, pese a que la Cámara Federal de Casación Penal confirmó recientemente su condena a siete años y medio de prisión por “contrabando agravado” de armas, que le había sido impuesta en 2013, aunque Menem⁹⁴ tiene fueros del Senado y planearía apelar su condena ante la CSJN. De su lado, por ejemplo, *el exvicepresidente Boudou* afronta varios procesos entre los que sobresale la causa ‘Ciccione’, que se generó a raíz de que, mientras ocupaba el cargo de Ministro de Economía y a través de testaferros, aquél se interesó por la adquisición del 70% de las acciones de esa compañía, encargada de la impresión de papel moneda. Fue imputado por negociaciones incompatibles con la función pública y cohecho.

Desde otro costado, el 25 de enero de 2017, *Transparency International* difundió los resultados del Índice de Percepción de la Corrupción 2016 (CPI, por sus siglas en inglés), otorgándole a Argentina 36 puntos sobre 100 posibles, y ubicándolo así en el puesto 95 del *ranking*. Nuestro país pasó de obtener 32 puntos en 2015 a 36 en 2016, lo cual implicó un avance de 12 puestos en el *ranking* internacional. *A pesar de haber subido cuatro puntos en el índice, sigue ubicado entre los países percibidos como altamente corruptos*⁹⁵.

A su tiempo un relevamiento periodístico de *La Nación* sintetiza el estado de las causas por (supuesta) corrupción que, entre otras personas de su entorno familiar o político, tienen a la expresidenta CFK (senadora nacional por la Provincia de Buenos Aires a partir del 29 de noviembre de 2017) como investigada, imputada o procesada, según corresponda⁹⁶. Algunos de los casos que la involucran —de dominio público— son: *Dólar futuro*, *Hotesur*, *Los Sauces*, *la Ruta del dinero K*; aunque una publicación periodística menciona que en total la expresidenta mandataria tendría (hasta finales de junio de 2017) 96 causas penales⁹⁷.

Sería muy útil, plausible y sano para la república y el sistema democrático que aquellas y otras causas donde existen denuncias graves de corrupción

⁹⁴ En agosto de 2017 y sobre la base de una sentencia de la CSJN, la Cámara Nacional Electoral —integrada por tres jueces suplentes— habilitó la candidatura a senador por la Provincia de La Rioja del expresidente Carlos Menem, quien el 27 de noviembre de 2017 juró como tal por el período 2017-2023, es decir, su tercer mandato como senador.

⁹⁵ “Índice de Percepción de la Corrupción 2016. Argentina debe aumentar sus esfuerzos para luchar contra la corrupción”, Poder Ciudadano (<http://poderciudadano.org/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2016-argentina-debe-aumentar-sus-esfuerzos-para-luchar-contra-la-corrupcion/>).

⁹⁶ Ver <http://www.lanacion.com.ar/1981559-causas-cristina-kirchner>.

⁹⁷ Respecto de este último dato ver EDI ZUNINO, “Justicia. Todas las causas” (dentro de una cobertura mayor llamada “Cristinosis”, págs. 20-25), *Noticias*, Año XXXIII, núm. 2.113, Buenos Aires, 24 de junio de 2017, concretamente en recuadro inferior de pág. 24.

progresen, no se aletarguen y que los casos se investiguen a fondo, para determinar la culpabilidad o la inocencia de los graves delitos que se adjudican a la expresidenta y a otros (importantes) exfuncionarios de su gestión, familiares o allegados⁹⁸. Del mismo modo, y con igual celo y premura, debería investigarse cualquier conducta que constituyera un hecho de corrupción por parte de integrantes del actual equipo de gobierno.

Además del importante derecho ciudadano a conocer la verdad, contar con esos resultados concretos genera un *positivo y eficaz efecto inhibitor*.

Es institucionalmente muy importante que la sociedad perciba y compruebe que los actos de corrupción son seriamente investigados, juzgados y en su caso condenados como corresponde. La población precisa y merece visualizar las conclusiones tangibles de esas investigaciones.

Ojalá que la política clientelar, populista y autoritaria instaurada por el gobierno de CFK, con el entramado de corrupción estructural que generó, pueda superarse paulatinamente para avanzar hacia nuevas etapas de crecimiento, desarrollo y respeto por valores democráticos y republicanos fundamentales.

Conviene advertir que para que todo lo anteriormente expresado se concrete, debe existir decisión política, objetivos claros y una justicia valiente que no trepide en avanzar en la lucha contra la impunidad, sin rodeos ni retaceos.

Antes de pasar al epílogo de este trabajo, citamos un claro mensaje del exsecretario general de la ONU, Kofi Annan, para quien: “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”⁹⁹.

⁹⁸ En líneas generales, las presuntas conductas delictivas que se les endilgan son: defraudación contra la administración pública, asociación ilícita, lavado de dinero, malversación de caudales públicos, enriquecimiento ilícito, negociaciones incompatibles con la función pública e incumplimiento de los deberes de funcionario público. A ello se añade, entre otras cosas, el Memorandum de entendimiento entre Argentina e Irán y el supuesto encubrimiento del atentado a la AMIA por el gobierno kirchnerista, que el fallecido fiscal Nisman planteó en su denuncia.

Debe reconocerse que, principalmente a través del juez Bonadío, la justicia ha avanzado en la detención de varios exfuncionarios kirchneristas o miembros de tal entorno, además de algunos sindicalistas. Citamos ejemplificativamente a Lázaro Báez, Carlos Zannini, Héctor Timerman, Luis D’Elía, José López, Julio De Vido, Roberto Baratta, César Milani, Víctor Manzanares y los sindicalistas Omar Suárez y Juan Pablo Medina. Algunos de ellos recobraron por ahora su libertad, aunque en mayor o menor medida todos se encuentran fuertemente vinculados con hechos de corrupción.

⁹⁹ En “Prefacio”, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito [Viena], New York, ONU, 2004, pág. III.

8. OBSERVACIONES FINALES

1. La trama de relaciones entre justicia y política en Argentina no es precisamente lineal, sino compleja y multiforme. La remanida frase que habla de *judicialización de la política y politización de la justicia* adquiere en Argentina encarnadura real y comprobable.

2. Si bien evidentemente existen zonas tensionales entre la justicia y la política, no es precisamente lo ideal que esa interacción esté radicalmente teñida de celos políticos, espíritu confrontativo o puja de poder.

Por el contrario, deben consolidarse las vías actualmente vigentes y crear otras para construir líneas de diálogo y cooperación del poder judicial con el Congreso, el ejecutivo y demás órganos constitucionales. La búsqueda debe encaminarse hacia el robustecimiento de una “dialéctica institucional correcta”¹⁰⁰, pugnando por un equilibrio constitucional sustentable entre aquellos sobre la base del principio de colaboración armónica que permita engrosar el sustento basal de la institucionalidad democrática. Precisamente ello sería la (anhelada) imagen de un país con madurez política y fortaleza institucional.

3. El fallo de la CSJN recaído en “Schiffrin” (2017) abandona la doctrina jurisprudencial sentada en 1999 en “Fayt” sobre la nulidad del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, de la C. N., incorporado por la reforma de 1994. De esa manera, el Tribunal restituye validez a la única norma de la Ley Fundamental que fuera declarada nula en el curso de toda la historia constitucional argentina.

El pronunciamiento concentra una intensa magnitud institucional al restablecer la potestad del Congreso y el ejecutivo —como poderes políticos reconocidos por la Constitución— de ejercer las funciones que el constituyente reformador les otorgó para decidir como representantes del pueblo si un juez puede o no continuar ejerciendo su función después de los setenta y cinco años. La Corte establece, entre otras cuestiones, un nuevo estándar de control por el poder judicial sobre la actuación de la Convención Constituyente, determinando que aquel debe adoptar la máxima deferencia posible hacia esta última, de conformidad con el alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la soberana voluntad del pueblo expresada a través de dicha Convención.

4. La tensión constitucionalismo y democracia o CSJN y Congreso de la Nación, en mayor o menor medida estará siempre presente. El Máximo Tribunal se pronunció *in re* “Rizzo” (2013), un caso de alto voltaje institucional, argumentando con solidez en torno a aquella relación friccional.

¹⁰⁰ La frase entrecomillada corresponde a MICHELE TARUFFO, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 22, abril de 2005, México D. F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fontamara, pág. 17.

En esa ocasión sostuvo, *inter alia*: i) bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular *no puede propugnarse el desconocimiento del orden jurídico*, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional; ii) la *doctrina de la omnipotencia legislativa*, que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución, con lo cual, ni el legislativo ni ningún departamento del gobierno pueden ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquellas, y iii) que solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura *la supremacía de la Constitución, no la del poder judicial o de la CSJN*.

5. El control sobre las omisiones inconstitucionales del legislativo (en ocasiones, también del poder ejecutivo), que nos instala en un escenario de interacción no idílica ni lineal entre la justicia y la política, es una herramienta útil para coadyuvar a la superación de tales actitudes indolentes y contraconstitucionales, para resguardar la magnitud normativa de la Carta Básica, su contenido axiológico y supremacía, además de optimizar la protección de los derechos fundamentales. Es que si bien el legislador cuenta con la potestad de configuración normativa, esta no puede ser ejercida arbitrariamente mediatizando *sine die* los mandatos de la Ley Básica.

6. Con mayor o menor grado de intensidad o fuerza discursiva, computando un segmento temporal reciente o relativamente cercano en el tiempo, la Corte ha acudido a salvar o remediar pretericiones inconstitucionales en causas importantes. Por ejemplo, “Badaro” (movilidad de haberes jubilatorios), “Hablabi” (visualización de intereses individuales homogéneos como derechos de incidencia colectiva y creación pretoriana de las ‘acciones de clase’) y “Municipalidad de La Rioja” (exigencia a los poderes ejecutivo y legislativo de esa provincia para que sancionen la ley de coparticipación municipal de tributos).

7. El terreno más fecundo para la germinación de la tipología *sui generis* que encarnan las ‘sentencias estructurales’ lo ofrece el constitucionalismo dialógico. En ese marco, adquieren anclaje las respuestas jurisdiccionales con contenido jurídico y político, concertadas entre la CSJN y los restantes poderes públicos y órganos del Estado, para afrontar de manera integral asuntos problemáticos o neurálgicos, entre otros: sobrepoblación de establecimientos penitenciarios, protección del ambiente, salud, seguridad social.

8. Dichos fallos estructurales, entendidos y aplicados correcta y prudentemente, son útiles para generar puntos de encuentro entre la Corte, los poderes legislativo y ejecutivo y demás órganos constitucionales, en aras de repensar, formular o materializar nuevas normas y políticas públicas en materia de *derechos fundamentales* o atacar situaciones que matricialmente entrañan un *estado de cosas inconstitucional*.

9. En la conflictiva área temática de la corrupción y la lucha contra la impunidad debe concurrir un compromiso ético y jurídico de la justicia federal y el Ministerio Público Fiscal argentinos para avanzar con la mayor celeridad posible en las megacausas de corrupción que involucran a algunas de las más altas autoridades del gobierno inmediatamente anterior al actual (o sea, el encabezado por CFK). Ello, para determinar inocencias o culpabilidades; transparentar las circunstancias fácticas tal como ocurrieron; conocer la verdad; sancionar a los responsables, y procurar que no solo se ataque discursivamente sino con hechos y políticas palpables a la corrupción estructural que lamentablemente erosiona el tejido social y socava las instituciones democráticas del país.

10. Incrementar cuantitativa y cualitativamente la lucha contra la impunidad es un imperativo institucional que no admite demoras ni excusas. Corresponde diseñar, desarrollar y monitorear políticas de Estado y medidas concretas que permitan combatirla y desarticularla, así como acciones preventivas para evitarla o desalentarla.

11. Resulta sumamente significativo que la ciudadanía perciba que los hechos de corrupción son debidamente investigados, juzgados y condenados. Aquella tiene legítimo derecho a obtener resultados tangibles y concretos, lo cual —entre otros beneficios— depara un verdadero efecto inhibitorio.

12. Ciertas medidas coadyuvantes para acercar alguna solución a las prácticas sistemáticas de corrupción radican —además de las políticas públicas ‘anticorrupción’ y la oportuna y eficaz intervención de la justicia penal— en la existencia de instrumentos eficientes de rendición de cuentas, la más avanzada tecnología, el manejo de información absolutamente actualizada y mecanismos viables y pertinentes para el recupero de activos. Indiscutiblemente, la batalla contra la corrupción y la impunidad debe involucrar a *todos* los poderes del Estado y demás órganos constitucionales competentes, mientras que el abordaje debe ser interdisciplinario.

13. Como se ha puntualizado, la contribución de la ética a la democracia es fundamental para el abordaje de asuntos como la *transparencia, la rendición de cuentas, el papel de los órganos de control y la impartición de justicia*¹⁰¹.

14. El imperativo contenido en el Preámbulo de la C. N. en punto a *afianzar la justicia*, supone inexcusablemente *transparentarla*. Es que quitar todo manto de opacidad en la administración pública, el judicial, el legislativo y otras instancias del poder, repercute en la maximización de la tutela y la realización de derechos fundamentales de la ciudadanía.

15. Un escenario ideal sería que jueces probos, independientes e imparciales activen los controles de constitucionalidad y convencionalidad para

¹⁰¹ RICARDO UVALLE BERRONES, “La importancia de la ética en la formación de valor público”, en *Estudios Políticos*, 9ª época, núm. 32 (mayo-agosto, 2014), México D. F. UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Políticos, pág. 63.

custodiar adecuadamente los valores y principios democráticos y el sistema institucional, al tiempo de proteger efectivamente y con sensibilidad social los derechos básicos (expresión directa de la dignidad humana) y contender jurídicamente contra la impunidad.

16. La lábil y compleja atmósfera en la que conviven la política y la justicia hace aconsejable que, en su interacción con los poderes políticos, la CSJN y los tribunales inferiores se conduzcan de modo razonable, proactiva pero no impulsivamente, con valentía pero sin temeridad ni sobreactuaciones, respetando la investidura institucional de aquellos poderes, sus respectivas competencias y la legitimidad democrática que ostentan.