

**LA CORTE SUPREMA COMO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

*Sesión privada del Instituto de Política Constitucional
del 4 de junio de 2008*

LA CORTE SUPREMA COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹

Por el DR. JUAN IGNACIO SÁENZ

1. Introducción

Hay quienes proponen en nuestro país el reemplazo de nuestro régimen de control de constitucionalidad a cargo de los tribunales federales por otro del estilo de los europeos, con un tribunal constitucional que tenga dicho control en forma exclusiva y poder derogatorio de las normas. No describiré aquí las características de uno y otro mecanismo pues son numerosas las obras que lo hacen y ello no haría más que demorar la llegada al punto que me propongo.

El tribunal constitucional federal es en general rechazado pues requeriría de una reforma constitucional al cuadro del Poder Judicial (art. 108 CN) y a la competencia de la Corte y los tribunales federales inferiores para el “conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitu-

¹ Agradezco al académico Dr. Fernando Barrancos y Vedia el privilegio que me concediera de poder presentar estas ideas en el Instituto de Política Constitucional.

ción” (art. 116 CN). También se menciona que la idea responde a cierta inclinación por calcar instituciones del derecho comparado que no se compaginan con el diseño del régimen republicano, presidencialista y federal argentino, ni con la tradición jurídica del país, donde se encuentra fuertemente arraigado el control difuso de constitucionalidad a cargo de la Corte en última instancia, con efectos inter-partes y limitaciones respecto de la discrecionalidad política del Congreso y el Presidente. Adicionalmente se sostiene que el gran poder de un tribunal constitucional no tardaría en ser objeto de intentos de manipulación por parte del poder político².

En particular se han manifestado en contra del tribunal constitucional académicos de la talla de los Dres. Jorge Vanossi y Fernando Barrancos y Vedia. Según Vanossi, “nos hemos salvado por un milagro de que en la infortunada reforma constitucional de 1994 –donde a la Corte Suprema se la ha despojado de muchos de sus poderes, para otorgárselos al Consejo de la Magistratura– también se la despojara, como hubo intento, del control constitucional, creando entre nosotros el engendro de una Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, que hubiera prácticamente producido una alteración total de la filiación histórica del sistema argentino”³. Barrancos y Vedia es igualmente categórico y sostiene que la propuesta de un tribunal semejante es una clara manifestación de “esnobismo constitucional”. Nuestro querido maestro fundamenta además su rechazo con los siguientes argumentos: a) no hay razones para reemplazar el sistema vigente, que ha funcionado perfectamente; b) la existencia de un tribunal constitucional único con poder para derogar leyes importaría transferir una extraordinaria cuota de poder a un solo órgano constitucional, instituyendo prácticamente un legislativo bicéfalo, lo cual que-

² Barrancos y Vedia, Fernando N., “¿Un Tribunal Constitucional para la Argentina?”, separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Doctrina 2007, pág. 11.

³ Vanossi, Jorge Reinaldo, “La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina (Balance de una década de certiorari criollo)”, Academia Nacional de Derecho 2000, 228.

braría la división tripartita de poderes; c) quitar al Poder Judicial la facultad de interpretar la Constitución Nacional equivaldría a desjerarquizar el papel de los jueces, transformándolos en meros funcionarios dependientes del poder político. Concluye, por todo ello, en que la idea es “descabellada”⁴.

En suma, la creación de un tribunal constitucional es considerada inviable, salvo una profunda e integral reforma de la organización del poder, e inconveniente, pues desembocaría muy probablemente en la desorientación orgánica y el fracaso que se ha puesto de manifiesto en otros casos de trasplante de órganos constitucionales extranjeros. Como ejemplo cercano, se suele describir el triste camino recorrido hasta el momento por el Consejo de la Magistratura creado en 1994, órgano que no ha logrado anclar en el organigrama del gobierno federal, y cuyas funciones han demostrado ser innecesarias cuando no directamente indeseables, pues se han dirigido a promover personas sin idoneidad ni independencia para ocupar los tribunales federales, perturbar el desempeño de los jueces y funcionarios judiciales, y utilizar la facultad acusatoria como medio de amenaza o de represalia política.

Tan catastrófico resultado sin duda que desanima cualquier otro cambio en el esquema del poder nacional, más si se aprecia la pobre factura rendida también por otra figura constitucional creada en 1994: el Jefe de Gabinete de Ministros, el cual tampoco ha alcanzado una ubicación institucional definida ni desplegado la plenitud de su rol de nexo entre el Ejecutivo y el Congreso, en orden a atenuar el presidencialismo, evitar crisis políticas y mejorar la eficacia de la Administración Pública.

En línea con el Profesor Barrancos y Vedia, creo que un tribunal constitucional no haría más que agregar desorden al Estado, multiplicando sus órganos y funciones en perjuicio de su unidad

⁴ Barrancos y Vedia, Fernando N., ¿Un tribunal constitucional para la Argentina?, LA LEY 2007-C, 805-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo I, 363.

de acción y de la comprensión ciudadana de la organización del poder y del reparto de competencias. Por su parte, es fácilmente previsible que un tribunal constitucional con las características funcionales que en general tienen en Europa y algunos países latinoamericanos (ubicación extrapoder, diferentes fuentes para la composición, duración limitada de los cargos y poder abrogatorio de leyes) constituiría un nuevo blanco de cooptación política partidaria, con un resultado de “suma cero”: ya no tendríamos control de ninguna clase: ni el casuístico-judicial de los tribunales federales ni el concentrado y derogatorio del tribunal constitucional.

No obstante, sí creo que algunos de los diagnósticos que conducen al tribunal constitucional –desequilibrio del poder, violación de los procedimientos constitucionales, imprevisibilidad, inseguridad jurídica, ineficiencia y falta de economía en los procesos judiciales– son efectivamente ciertos y requieren de algún tipo de respuesta institucional, la cual en mi opinión no es otra que la profundización de las atribuciones que hoy son aceptadas en cabeza de la Corte Suprema. Vale decir que el sistema institucional de control constitucional no requiera ninguna enmienda sustancial para curar la enfermedad que denuncian los “tribunoconstitucionalistas”, mucho menos la creación de tribunales u órganos diferentes de los que ya existen.

Como puntualizaré a continuación, algunas de las facultades de la Corte cuya acentuación aliento son aquellas con las que cuenta de ordinario (competencia originaria, interpretación final de la Constitución), y otras (conocimiento *per saltum*, sentencias exhortativas, declaración de inconstitucionalidad de oficio y efecto absoluto de las sentencias), surgen de creaciones pretorianas y no son tan frecuentes. No son reglas totalmente consolidadas y por ende todavía son criticadas y discutidas, en particular porque ponen al control judicial al límite de lo que se ha dado en llamar su “dificultad contramayoritaria”, por lo que también me haré cargo de este punto.

El ejercicio de dichas competencias acerca mucho el rol de la Corte al comportamiento de un tribunal constitucional, o incluso al de un órgano con mayor poder aún, y a ello obedece –y no a otra intención– el título de este ensayo. Quizás no vería con tanto favor aquellas facultades extraordinarias e implícitas de la Corte si no experimentáramos un desajuste institucional como el que vivimos, donde el desborde de competencias constitucionales es permanente y la omisión de cláusulas y mandatos expresos es inescrupulosa, siendo además que los mecanismos normales del sistema político y los clásicos del sistema de control de constitucionalidad no han sido suficientes para atenuar el hiperpresidencialismo, fortalecer la democracia y recomponer el federalismo.

Teniendo en cuenta ese contexto, no propongo un salto a lo desconocido, sino que la Corte extienda su actuación extraordinaria ante los casos de “gravedad institucional”, que son los que ella misma ha definido, como cuando se encuentran comprometidas “las instituciones básicas de la Nación”⁵, “las bases mismas del Estado”⁶; o “la buena marcha de las instituciones”⁷. Entiendo que los casos de gravedad institucional más preocupantes en la actualidad son los siguientes: a) la emisión de decretos de necesidad y urgencia sin control del presupuesto fáctico habilitante (imposibilidad fáctica de dictar una ley, conf. caso “Verrochi”) y sin control posterior del Congreso⁸; b) el dictado de decretos con sustento en delegación legislativa aprobada con anterioridad a 1994, con carencia total de bases y plazo para su ejercicio, y con vigencia prorrogada por leyes de ratificación genérica; c) composición manifiestamente inconstitucional del Consejo de la Magistratura post-ley 26.080; d) selección arbitraria de integrantes de ternas

⁵ Fallos 289:36; 292-229 y 307-973.

⁶ Fallos 306:250.

⁷ Fallos 300:417.

⁸ Para lo cual contribuye la deficiente ley 26.122 que regula el procedimiento de los DNU ante el Congreso y que no garantiza el “inmediato tratamiento” que prescribe el art. 99 inc. 3° CN ni otorga sentido negativo al prolongado silencio.

para designación de jueces federales; e) falta de automaticidad en el giro de recursos coparticipables a las provincias; f) graves deficiencias en la legislación electoral que permitieron la oficialización de candidaturas falsas en las elecciones de renovación parlamentaria de junio de 2009; g) flagrante incumplimiento de competencias constitucionales, como es la del Jefe de Gabinete de concurrir mensualmente al Congreso a informar la marcha del gobierno (conf. art. 101)⁹; h) cercenamiento por la ley 24.588 (de *garantía de intereses del Estado Nacional*) de la autonomía del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Por supuesto que este menú no agota la situación de gravedad institucional que nos aqueja. Cada uno podrá poner allí lo que prefiera.

El análisis que sigue es el siguiente: 1) así como en su momento fue concebida la competencia rápida y originaria de la Corte para los casos que pusieran en riesgo la plenitud del régimen federal, los casos de gravedad institucional citados u otros equivalentes ameritan el ejercicio de la competencia *per saltum*; 2) los casos de gravedad institucional, por la causa única que los origina y la pluralidad uniforme de sujetos afectados, imponen la decisión constitucional con expresos efectos generales; 3) las omisiones justifican a mi modo de ver, por su gravedad y persistencia, pronunciamientos exhortativos; 4) es necesario desarrollar los supuestos de nulidad constitucional; 5) todo ello encuentra correlato en precedentes de la Corte; 6) las competencias extraordinarias de los jueces y la Corte resisten la mayoría de las veces en nuestro país la dificultad “contramayoritaria” planteada en los Estados Unidos.

⁹ Recuérdese que la “competencia” es la capacidad jurídica de los órganos estatales y no se trata de una prerrogativa discrecional, sino que su ejercicio es obligatorio (tal como lo aclara respecto de la competencia de los órganos administrativos el art. 3 del reglamento de la ley 19.549).

2. La jurisdicción concentrada de la Corte para casos de gravedad institucional según la Constitución y las leyes

Afirmar que el control de constitucionalidad en la Argentina (siempre en el orden federal) es difuso es una verdad a medias, pues una importante porción de su ejercicio es realizado de modo concentrado por la Corte cuando actúa como tribunal único y exclusivo en las causas previstas en el artículo 117 de la Constitución.

La competencia originaria allí prevista para los asuntos en que es parte una Provincia, se fundamenta históricamente en la gravedad institucional que suponía el estado de beligerancia todavía latente en las provincias en 1853.

Tal como lo resaltan las obras que se han ocupado de esta competencia especial de la Corte, ella tenía un propósito nítido: la resolución impostergable de conflictos que ponían en riesgo la supremacía del ordenamiento federal, en particular los problemas interprovinciales y la renuncia de las provincias a mantener aduanas, crear tributos al tránsito¹⁰, emitir moneda¹¹ e imponer trabas al comercio interjurisdiccional. La Corte entendió originariamente en cuestiones suscitadas entre provincias sobre pretensiones territoriales (Fallos 98:107 (1903), 114:425 (1911), 133:372 (1921), 228:264 (1954)).

Todas esas cuestiones, u otras vinculadas con las emergencias federales (vgr. “Cullen c. Llerena” y “Alem”¹²), eran las que

¹⁰ Fallos 3:131, 1865, “Mendoza Domingo c/ Provincia de San Luis”.

¹¹ “Galletti c/Pcia. de San Juan”, Fallos 148:65 (1926).

¹² Fallos 53:420 (1893) Los sucesos acaecidos durante la breve presidencia de Luis Sáenz Peña (1892-1895), que motivaron la intervención federal a varias provincias y que desembocaron en su renuncia, son claramente ilustrativos de la fragilidad del orden federal aún a 40 años de su inauguración. A propósito de la revuelta de 1893, también falló la Corte de modo *cuasi* originario (por el recurso frente a la declinatoria del juez de Santa Fe) el hábeas corpus contra su detención en estado de sitio de Leandro N. Alem (caso “Alem”, Fallos 54:432 -1893-). En este último además produjo un precedente de notable factura constitucional, al declarar que la inmunidad de arresto de los legisladores no es una de las garantías sujetas a suspensión por el estado de sitio.

naturalmente correspondían a la competencia originaria de la Corte pues se trataba de los asuntos de mayor importancia institucional y política que requerían de un impostergable tratamiento y definición.

Por ello la Constitución reitera en el artículo 127 la necesidad de que sea directamente la Corte quien resuelva las “quejas”¹³ de las provincias. Así se encuentra explicado en El Federalista y previsto en nuestros antecedentes constitucionales¹⁴.

Con el correr del siglo XX, la competencia originaria se acrecentó notablemente, hasta que hace algunos años la Corte la hizo volver a su carácter acotado y al sentido originario de ser jurisdicción para causas graves en que es parte una Provincia. En el caso “Barreto”¹⁵, declaró excluidas de su sede única a todas las causas donde se demanda la mera responsabilidad civil de una Provincia, aunque estas resulten nominalmente demandadas en los términos del artículo 117 de la Constitución. Precisamente, el expreso móvil de la decisión no es otro que el de achicar la jurisdicción concentrada y limitarla a casos de gravedad institucional. La Corte señaló que la nueva regla respondía a la “impostergable necesidad de preservar y fortalecer el rol institucional correspondiente a esta Corte”, reservando su competencia originaria a “un núcleo de asuntos nítidamente previsto por la Ley Fundamental” (considerando 5º). Como corolario, la sentencia expresa: “La interpretación que postula este pronunciamiento se exhibe en las ac-

¹³ ¿Por qué los constituyentes no se referirían allí a los “asuntos” o las “causas” si es que estos términos tenían realmente un significado preciso y un sentido técnico en la Constitución?

¹⁴ Ver: Arts. 118 de la Constitución de 1826, 98 de la Constitución de 1853, 111 de la Constitución reformada en 1860. Asimismo, el Art. III, secc. 2ª, párr. 2º. de la Constitución de los Estados Unidos.

¹⁵ “Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro” (21/3/06, Fallos 329:759), LA LEY 2006-C, 172, con nota de Silvia B. Palacio de Caeiro; DJ 12/04/2006, 956, con nota de Marcela I. Basterra; RCyS 2006, 789 - LA LEY 07/04/2006, 6, con nota de Augusto M. Morello; LA LEY 2006-B, 598, con nota de Augusto M. Morello; LA LEY 28/03/2006, 3, con nota de Calogero Pizzolo; LA LEY 2006-B, 391, con nota de Calogero Pizzolo; LA LEY 2006-E, 266, con nota de Alejandro Pérez Hualde.

tuales circunstancias como valiosa en grado sumo, pues a la par que armoniza y concilia los legítimos intereses de los particulares a ser juzgados con imparcialidad con el debido respeto a las autonomías provinciales, tiene esencialmente en miras –sin prescindir de la competencia examinada– profundizar los instrumentos apropiados para mejorar el funcionamiento de esta Corte, concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y de mayor trascendencia institucional” (considerando 16 ° *in fine*).

Asimismo, las primeras legislaciones de organización judicial en los Estados Unidos y en la Argentina (la *Judiciary Act* de 1789 y nuestra ley 48), asignaron a ambas cortes el conocimiento originario de ciertos asuntos especiales (la emisión de los writ of mandamus y los hábeas corpus respectivamente), competencias que como sabemos fueron declaradas inconstitucionales e inaplicables en los célebres casos “Marbury c. Madison” (1803) y “Sojo” (1887). Más allá de dichas decisiones que sostuvieron enfáticamente la imposibilidad de que se amplíe la competencia originaria asignada a las cortes en las constituciones norteamericana y argentina, el dato que quiero destacar es que los congresos de ambos países fueron proclives ya desde los comienzos de la historia institucional a otorgarle poderes especiales a sus respectivas cortes para resolver asuntos donde se encontraban en juego delicadas situaciones institucionales: la emisión de órdenes a algunos funcionarios en un caso, y la solicitud de información sobre personas detenidas por el Poder Ejecutivo en el otro. También, en los Estados Unidos, la *Evert Act* de 1891 habilitaba la directa intervención de la Corte en los asuntos de “importancia pública imperativa” que debían ser resueltos “inmediatamente”, norma dejada de lado posteriormente y en cuyo lugar rige hoy la regla 11 de Procedimiento ante la Corte Suprema que establece –por la misma causa– el salto de instancia recién cuando la causa se encuentra pendiente en una Cámara Federal de Apelaciones.

En suma, si la Constitución pone en cabeza de la Corte la jurisdicción concentrada en orden a la resolución rápida y definitiva de conflictos que afectan la buena marcha de las instituciones federales y su debido reparto de competencias, y si la propia Corte y el Congreso –en las circunstancias apuntadas– han tendido a acrecentarla en materia institucional, ¿por qué no habría de reconocerse un remedio similar que resguarde la organización competencial del régimen republicano? Así debería ser, pues se trata del sistema que, además del federal, organiza el poder y el Estado, y para el cual –precisamente– se ha previsto un remedio de emergencia para su recomposición en las provincias y en la Ciudad de Buenos Aires, que es la intervención federal que los constituyentes de 1853 crearon innovando respecto de la ambigua garantía federal prevista en la Constitución de los Estados Unidos. ¿Cuál es ese remedio expedito y rápido para el caso de alteración del esquema republicano nacional sino es la intervención urgente de la Corte Suprema? Tal clase de intervención existe normativamente en los Estados Unidos y ha sido ensayada esporádicamente por la Corte argentina: me refiero al *per saltum*.

3. La jurisdicción discrecional y el *per saltum*

No me extenderé en este punto pues ello implicaría remitirme a una extensa serie jurisprudencial que ya ha sido reseñada en numerosos trabajos¹⁶. Sólo me interesa destacar que, mucho antes de que se incorporara el texto actual del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que permite a la Corte desestimar recursos extraordinarios por reputar insuficientes, in-

¹⁶ Ver en especial: Bianchi, Alberto B., “¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional? (Perspectivas actuales y futuras del Recurso Extraordinario)”, ED, 172-923; Palacio de Caeiro, Silvia B., “El Per Saltum en el derecho Argentino. De ‘Dromi’ a ‘Smith’”, LA LEY 2002-B, 934

sustanciales o carentes de trascendencia las cuestiones federales planteadas, el Tribunal aplicaba con libertad la apertura del recurso extraordinario¹⁷.

Como también sabemos, la Corte no sólo ha logrado manejar a discreción el ingreso a su instancia en los casos previstos por el artículo 116 de la Constitución –las cuestiones federales– sino que además decide sin ataduras la absorción de causas para las que no cuenta con rigurosa competencia, tales como las que versan sobre derecho de fondo, derecho local o sentencias que no son definitivas (cuestiones procesales tales como prescripción, caducidad, sentencias en juicios ejecutivos, medidas cautelares, autos de excarcelación o de prisión preventiva, etc). Las puertas de acceso para entender en todo ello han sido los conceptos pretorianos de “sentencia equiparable a definitiva”, “arbitrariedad de sentencias”, y la que aquí me interesa, el de “gravedad institucional”¹⁸.

El uso de la noción de gravedad institucional ha ido *in crescendo* desde 1960, hasta transformarse en el gran supuesto habilitante de la jurisdicción de la Corte. En la acepción más sencilla, la causal se presenta cuando en el caso se encuentra comprometido un interés que excede el de las partes y se proyecta a toda la comunidad.

¹⁷ Desde hace más de veinte años Jorge R. Vanossi bregaba por la incorporación del certiorari a las prácticas procesales argentinas (Teoría Constitucional, cit. t. II, pp. 147/152).

¹⁸ La adopción definitiva del certiorari positivo o “de admisión” se produjo en el caso “Serra” (26/11/93, LL, 1995-A-401) y la Corte lo fundamentó de la siguiente manera: “Que, sin embargo, existe mérito suficiente para habilitar esta instancia a la luz de la interpretación dada en su oportunidad a los alcances de la reforma introducida al art. 280 del cód. procesal civil y comercial de la Nación. La finalidad más significativa del nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación posibilitando que –de una manera realista– su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional, cometido éste que, desde temprana hora, el tribunal ha reconocido como el más propio de su elevado ministerio”. Es destacable también que hace unos años el Senado de la Nación removió en juicio político a dos jueces de la Corte por no haber ejercido el certiorari positivo en una causa “Meller” agotada en una instancia arbitral, pero cuya intervención se consideró indispensable al afectar el laudo –gravemente– la renta pública. La omisión en ejercer el certiorari dio lugar –nada menos– a que ambas cámaras del Congreso consideraran configurado el mal desempeño en la conducta de los jueces que suscribieron el voto mayoritario en la mencionada causa “Meller”.

En particular, se ha precisado que la causal de gravedad institucional se configura cuando están comprometidas las instituciones básicas de la Nación (Fallos 289:36; 292-229 y 307-973), las instituciones fundamentales del país (Fallos 238-391); las bases mismas del Estado (Fallos 306:250), la buena marcha de las instituciones (Fallos 300:417), las bases mismas del Estado, la debida preservación de los principios básicos de la Constitución Nacional en casos que conmueven a la sociedad entera o la conciencia de la comunidad¹⁹.

La gravedad institucional ha dado lugar a otra clase de jurisdicción *cuasi* concentrada, que es el recurso *per saltum*, que en Estados Unidos se llama *certiorari before judgement*²⁰, La Regla 11 de procedimiento ante la Corte Suprema limita el *certiorari before judgement* en casos pendientes de decisión ante una Corte de Circuito (pending in a United States Court of Appeals)²¹.

La Corte argentina lo inauguró en el conocido caso “Dromi” (1990, Fallos 313:863), del cual me interesa subrayar los siguientes elementos. La jurisdicción *per saltum* procede: a) ante cuestiones federales con “inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad y demuestren con total evidencia que la necesidad de su definitiva solución expedita” (consid. 5°); b) frente a la “manifiesta evidencia de cuestiones de gravedad institucional en el sentido más fuerte que le ha reconocido los antecedentes del tribunal” (consid. 10).

La figura del *per saltum* fue incorporada a la normativa nacional por el decreto 1387/2001 que en su art. 50 decía: “Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afec-

¹⁹ Barrancos y Vedia, Fernando N., Recurso Extraordinario y Gravedad Institucional, 2da. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.

²⁰ Lindgren, James y Marshall, William P., The Supreme’s Court extraordinary power to grant certiorari before judgement in the court of appeals, The Supreme Court Review, The University of Chicago Press, 1986, pp. 259/316; Bianchi, Alberto, “El certiorari before judgement o recurso per saltum en la Corte de los Estados Unidos”, ED, 149-787.

²¹ Reglas de Procedimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en: Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1996.

ten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales de entidades estatales, éstas podrán ocurrir directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación pidiendo su intervención”. Sobre la base de esta disposición, la Corte falló varias medidas cautelares en ocasión de la grave crisis económica y financiera desatada por la retención de depósitos bancarios dispuesta en 2001 por decreto 1570/01 y su posterior conversión a pesos por decreto 214/02. Finalmente, este particular supuesto de *per saltum* fue derogado por la ley 25.587.

Si bien está claro que la Corte en su actual composición no se inclina por el *per saltum*, los antecedentes con los que cuenta y la opinión favorable de jueces que todavía están en el Tribunal, mantienen latente la posibilidad de que la Corte resuelva casos de impostergable necesidad institucional por dicha vía, alternativa que por mi parte aliento y espero que se efectivice respecto de las graves prácticas políticas que tienen lugar últimamente y que trasantan una gravedad institucional yo diría inusitada.

4. Control de constitucionalidad de oficio

La historia del control de oficio en nuestro país es por demás conocida, así como lo son los argumentos en que se apoyan las posiciones a favor y en contra. Sólo me interesa destacar que la facultad de pronunciar una inconstitucionalidad de oficio ha sido recibida con carácter estable –por no decir definitivo– en el caso “Banco Comercial de Finanzas”, a través de una sólida mayoría de jueces, en los siguientes términos: “si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la

necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia* incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4° del voto de los jueces Fayt y Belluscio)... además, se consignó que no podía verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso ...”.

5. Los efectos generales o absolutos en las sentencias de la Corte

Los efectos de las sentencias judiciales es uno de los temas más arduos cuando se analiza nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad desde la óptica de su legitimidad democrática, y al momento de contrastarlo con los sistemas concentrados. Está

claro que no existe en nuestro país –en el ámbito federal– el efecto *derogatorio* de las sentencias, y que ese mecanismo sólo sería posible por vía de una reforma constitucional que establezca semejante efecto jurídico “de pleno derecho” y de modo automático.

Sin embargo, a mi entender es posible apreciar ciertos “efectos generales no derogatorios” en muchos pronunciamientos y sentencias de la Corte Suprema, lo cual quiere decir, sencillamente, que están dirigidas a una pluralidad de sujetos indeterminados –a la sociedad y a los demás poderes del Estado– y que por ende no existe en rigor un efecto acotado a quienes han sido parte en el juicio. Dentro de los efectos jurídicos cabría también diferenciar la “aplicación” de las consecuencias, derivaciones o repercusiones de un fallo que determina un cambio de conductas con sentido de obligatoriedad.

Dichos efectos generales pueden ser implícitos o explícitos. Los primeros se verifican cuando la Corte: 1) fija doctrinas o reglas de derecho, 2) declara la nulidad de una norma. Los efectos generales expresos se dan cuando el Tribunal declara el efecto *erga omnes* de una sentencia, la cual entonces puede ser invocada por cualquier persona sin perjuicio de que continúe formalmente vigente la norma declarada inconstitucional.

Asimismo, el efecto general de un fallo de la Corte tiene expresión en la vinculación que genera hacia la órbita de otros jueces y otros poderes, lo cual analizo al final de este acápite.

5.1. Las reglas de derecho y los efectos generales implícitos

El establecimiento de una “doctrina”, “regla de derecho” o de un “estándar jurídico” no equivale a la derogación de una norma, aunque ciertamente sí implica una declaración de carácter general sobre su invalidez, y la predicción de la forma en que el Tribunal fallará todos los casos futuros en donde se impugne la misma norma. En tales casos pues, puede decirse que no media

una declaración de derecho aplicada al caso y con efectos restringidos a aquél, sino que se trata de una declaración con efectos absolutos, que trascienden el caso y se pronuncian por la validez de la norma, no meramente sobre su aplicabilidad.

Algunos dirán que dichos efectos son sólo relativos al caso, pues los demás, aun análogos en cuanto a los hechos y el derecho, se encuentran todavía sin resolver formalmente y no cuentan con cosa juzgada. Sin embargo, creo que ese problema concierne a la *aplicación* de la regla.

El carácter general al que me refiero acá se corrobora en los términos de los fallos, en el lenguaje general de la jurisprudencia de la Corte y en la naturaleza de las elaboraciones teóricas que ha realizado el Tribunal, muchas de las cuales alcanzan un corolario especialmente relevante cuando se incorporan a la Constitución misma, tal como fue en los casos que destaco más adelante.

Los efectos generales implícitos de las sentencias de la Corte no se encuentran mencionados en fallo alguno del Tribunal ni en ningún antecedente normativo, pero integran algo más profundo: la tradición jurídica. Las llamadas “doctrinas” de la Corte tienen un efecto ciertamente vinculante sobre el resto de actores y operadores del sistema jurídico. Ello se debe en buena medida, además de la jerarquía histórica y el prestigio que ha alcanzado el Tribunal, a las características del lenguaje jurídico –en particular del que figura en la Constitución– y a la estructura dialéctica de una sentencia, puntos que hacen a la teoría general del derecho y sobre los que no me voy a involucrar en este momento.

Sí quiero destacar algunas manifestaciones de la repercusión general que tienen algunos fallos de la Corte y el impulso que tienen como fuente de otras decisiones judiciales, actos de gobierno y reformas legales y constitucionales.

Sabido es que el comportamiento de las personas muchas veces es el mejor índice acerca de las reglas prescriptivas que

aceptan como válidas y vigentes, y creo que ello es ni más ni menos que lo que ocurre cada vez que el Poder Legislativo convierte en ley la doctrina de la Corte: recoge los efectos generales de sus sentencias, pues éstas provocan el efecto cierto de escrupulosidad que define a toda regla de derecho por sobre su carácter escrito. En concreto, tiene fuerza vinculante.

5.1.1. Vinculación consigo misma

Si bien el Tribunal ha modificado en numerosas oportunidades sus criterios jurisprudenciales, la regla general sentada desde el tradicional precedente dictado en el caso “Miguel Barretta” (Fallos: 183:409) dice que “es conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos”.

5.1.2. Vinculación con los demás tribunales. El particular stare decisis argentino

Desde luego que no relataré el origen del *stare decisis* vertical que rige en los países del common law, su aplicación en los Estados Unidos y la evolución que ha alcanzado en nuestro país. Sólo me interesa destacar que el principio de seguimiento a los fallos de la Corte existe en nuestro país y cobra cada tanto un nuevo impulso para convertirse en una regla plena y obligatoria. La fallida reforma de 1949 lo incluyó en sus disposiciones y en 1987 el Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso que los fallos de la Corte referidos a una decisión deliberada y reflexiva sobre un punto de la Constitución fueran aplicados en igualdad de condiciones al resto de causas sometidas a la misma cuestión. Luego, la ley 24.463 dispuso la obligatoriedad de la ju-

risprudencia de la Corte en materia previsional, norma derogada después por la ley 26.025. La jurisprudencia de la Corte, si bien no es categórica en relación a la obligatoriedad de sus fallos, sí tiene dicho que los tribunales inferiores *deben* seguir sus precedentes, salvo una decisión que aporte nuevos fundamentos^{22 23}.

5.1.3. Vinculación con el Congreso y el Ejecutivo

Sin necesidad de hacer un exhaustivo listado de ejemplos, está probado que la jurisprudencia de la Corte suele generar medidas de gobierno y leyes en el Congreso que generalizan la solución del caso fallado.

Ello ocurrió al fallar el caso “Sejean” (1986, Fallos 308:2268), recordado pues la Corte removió la disposición legal que establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial y restituyó la capacidad nupcial de las partes para contraer un nuevo matrimonio civil. La cuestión derivó en la sanción de la ley de divorcio vincular un año después. En el año 2002, la Corte resolvió el caso “Tobar”, por el cual declaró la inconstitucionalidad de la reducción de remuneraciones estatales del 13% dispuesta por la Disposición Administrativa 107/01 del Jefe de Gabinete de Ministros. Rápidamente, el Poder Ejecutivo extendió los efectos del fallo y por Decreto 1819/2002 suprimió la reducción y ordenó la restitución de los descuentos practicados con anterioridad,

²² Fallos 307:1094, (Cerámica San Lorenzo, 1985), 311:1644, 312:2007, 318:2060, 321:3201, 324:3764.

²³ Conf: Legarre, Santiago; Rivera (h.), Julio César, “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical”, LA LEY 20/08/2009. Ver además: Legarre, Santiago y Rivera (h.), Julio César, “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”, LA LEY, 2005-F, 850, p. 861; Sagüés, Néstor Pedro, “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, El Derecho 93-891, p. 892; Bianchi, Alberto B., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema. (Una reflexión sobre la aplicación del stare decisis)”, El Derecho. Serie Constitucional, T. 2000/2001, p. 337; Ibarlucía, Emilio A., “Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, El Derecho Constitucional 2006-215, p. 223.

con lo cual se allanó también a la *nulidad* de la medida declarada por la Corte. Recientemente, el Tribunal decidió el caso “Arriola” (2009) en el cual declaró la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo de estupefacientes. Allí, luego de precisar que se encontraba frente a “un genuino caso constitucional” (consid. 9º), la Corte trató el tema desde el ángulo del artículo 19 de la Constitución, tal lo había hecho en casos anteriores, pero agregó al análisis algunas consideraciones vinculadas con la eficacia de la normativa penal. Sostuvo en particular que la ley no había logrado hacer disminuir el comercio de estupefacientes, el cual “se ha acrecentado notablemente” (consid. 14º) –lo cual dio por acreditado a través de datos de organismos nacionales e internacionales– y finalizó el pronunciamiento con el siguiente objeto: “Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país”.

Lo cierto, mas allá de otros detalles de la sentencia, es que la decisión de la Corte motorizó la actividad del Congreso orientada a modificar la legislación penal sobre el punto, lo cual parece ser –por estos días– inminente.

5.1.4. Vinculación con la Convención Constituyente

La mayor consagración de la jerarquía y el efecto general de la jurisprudencia de la Corte se da sin dudas cuando se cristaliza en enmiendas constitucionales, y ello ha ocurrido en diversas materias en la reforma constitucional de 1994, como son: 1) el reconocimiento del monopolio de candidaturas en manos de los

partidos políticos²⁴ (art. 38 C.N.), b) el régimen de la delegación legislativa²⁵ (art. 76 C.N.), c) los límites a los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3º C.N.), d) la jerarquía de los tratados internacionales (art. 75 inc. 22 C.N.), e) los criterios para plasmar una regla de reconocimiento del poder local sobre los establecimientos de utilidad nacional²⁶ (art. 75 inc. 30 C.N.), f) y la autonomía de los municipios²⁷ (art. 123 C.N.). Estos agregados a la Constitución en 1994, se transformaron en texto expreso siguiendo los lineamientos que la Corte había marcado anticipadamente por vía de la interpretación en casos que –evidentemente– ratificaron la frase de Woodrow Wilson, al definir a la Corte como “una convención constituyente en sesión permanente”.

5.2. Efectos generales explícitos

El tan temido efecto *erga omnes* de las sentencias ya cuenta con un cuerpo importante de precedentes, pero por lo novedosos sólo me voy a referir a los recientes casos “Rosza” (2007) y “Halabi” (2009)²⁸.

²⁴ Caso “Ríos” (1987).

²⁵ La serie jurisprudencial es larga, pero normalmente se resume al trío “Delfino” (1927), “Mouviel” (1958) y “Cocchia” (1993). Una completa recopilación y exhaustivo análisis puede verse en: Santiago Alfonso (h) y Thury Cornejo Valentín, “Tratado sobre la delegación legislativa: Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.

²⁶ La Corte atenuó la regla que contenía el viejo art. 67 inciso 27, el cual prescribía que la Nación tenía una jurisdicción exclusiva y total sobre los establecimientos de utilidad nacional, reconociendo a las provincias las facultades que “de ningún modo interferían” con los fines del establecimiento nacional. Tal jurisprudencia fue la fuente de la reformas de 1994 en aquella disposición (actual art. 75 inc. 30), donde se reemplazó “ejercer una legislación exclusiva” por “dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos” y se agregó el párrafo final que establece que las provincias y municipios “conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interferían en el cumplimiento de aquellos fines”.

²⁷ Ver caso “Rivademar” en LA LEY 1989-C, 47, con comentario de Bianchi, Alberto B.: “La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades”.

²⁸ Fallos 332:111, “Halabi, Ernesto c. P.E.N.”, 24/2/09, LA LEY 2009-B, 157, con nota de Juan Vicente Sola; LA LEY 2009-B, 189, con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico; LA LEY 2009-B, 259, con nota de Gregorio Badeni; Sup. Adm. 2009

En el primero, la Corte declaró la inconstitucionalidad del reglamento dictado por el Consejo de la Magistratura para proveer las designaciones de jueces subrogantes en los casos de vacancias en los tribunales federales, en cuanto permitía el nombramiento de funcionarios y abogados que no reunían calidad de juez con acuerdo del Senado. El fallo es destacable desde numerosos aspectos, pero en lo que aquí concierne debe destacarse: a) que la Corte excedió nuevamente los límites del caso planteado, pues, a la vez que convalidó la actuación del juez subrogante en esa causa, declaró con efecto general la inconstitucionalidad de todo el reglamento de subrogancias; b) que en una suerte de pronunciamiento normativo-reglamentario la Corte extendió un certificado de validez a la actuación de todos los jueces subrogantes designados de acuerdo con el reglamento invalidado, limitado al término de un año luego del cual dichos nombramientos debían cesar por inconstitucionalidad (plazo que luego fue ampliado por la Acordada n° 10/2008). Algunos llamaron a esto “declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido” o “ultraactivo”²⁹, y claro está que tal decisión hizo efecto en causas en trámite y aun en las no iniciadas ante los jueces cuestionados.

En Halabi, el actor inició una acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet. La Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad que venía de las instancias anteriores y precisó que los alcances de la sentencia eran *erga omnes* como consecuencia de encuadrar el reclamo

(marzo); LA LEY 2009-B, 404, con nota de Daniel Alberto Sabsay; LA LEY 2009-B, 568, con nota de María Angélica Gelli.

²⁹ Maraniello, Patricio Alejandro, “Declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido (Caso “Rosza””, LA LEY 2007-D, 67.

del actor dentro de los llamados “derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos”. Dicha situación se configura cuando se produce una lesión que afecta un bien colectivo y un derecho individual enteramente divisible a la vez. Explica la Corte (consid. 12°): “... hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte”.

En conclusión, para declarar los efectos expansivos es necesario que exista una “causa fáctica común” de la lesión constitucional (un acto, hecho, omisión o norma), de modo que, como dicha causa afecta necesariamente a un universo de sujetos, la sentencia dictada respecto de ese objeto debe alcanzar a todos ellos, salvo que se haya alegado una situación muy particular o diferenciada respecto a aquella causa³⁰.

El interrogante que me formulo respecto de esta elaboración de la Corte, es si el Tribunal aceptará su aplicación ante peticiones de índole “institucional”, o en palabras del Juez Fayt en su disidencia en el recordado caso “Polino”, ante el ejercicio del

³⁰ Los efectos erga omnes se encuentran justificados de la siguiente manera en el caso: “... el pretensor interpuso acción de amparo en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Carta Constitucional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet (...). La referida intervención importa una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad (...). Su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados (...). En efecto, existe un hecho único –la normativa en cuestión– que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. (...) La simple lectura de la ley 25.837 y de su decreto reglamentario revela que sus preceptos alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo que en esta causa representa el abogado Halabi.

“derecho fundamental a que la Constitución se mantenga”, situación en la cual “no está en debate el resultado del juego de normas constitucionales, sino las mismas reglas de ese juego”. Pienso por ejemplo en el orden de competencias de la Constitución, y en particular, en el desmedido ejercicio que en forma persistente realiza el Poder Ejecutivo de facultades nítidamente legislativas, con la secuela de afectaciones particulares muy concretas y muy caras para los individuos, como son las referidas al origen y al destino de los recursos y los bienes públicos. ¿Habrá lugar en la Argentina para alguna sentencia que –con efecto general- ponga freno a la arbitraria disposición presidencial de los bienes colectivos?

6. Declaración de nulidad de normas

El derecho constitucional no cuenta con un régimen de nulidades³¹, pero esta sanción no sólo se encuentra mencionada en la Constitución para determinados actos (vgr. art. 99 inc. 3 para los decretos de necesidad y urgencia), sino que además ha sido objeto de aplicación respecto de decretos, leyes y de la propia Constitución por incumplirse los presupuestos de competencia o de regularidad del procedimiento previo.

La cuestión es trascendente, no sólo desde el punto de vista de los efectos generales e invalidatorios de una sentencia que declara una nulidad absoluta (y siempre que se trata de la Constitución lo son, pues nadie puede dudar del orden público de todas sus disposiciones), sino que además se presenta el tema vinculado con los efectos retroactivos de la declaración (que es objeto de referencia en el voto del Dr. Petracchi en el caso “Verrochi” -1999-).

³¹ Manili, Pablo L., “Las Nulidades en el Derecho Constitucional (Un debate pendiente)”, LA LEY 2005-C, 1000.

Precisamente en ese caso, la Corte invalidó por primera vez un decreto de necesidad y urgencia con fundamento en la inexistencia de su presupuesto fáctico habilitador: la imposibilidad de dictar una ley.

Un año antes, resolvió el caso “Nobleza Piccardo” en el que declaró la inconstitucionalidad de una ley cuyo proceso de sanción no había respetado el mecanismo previsto en la Constitución. No puede perderse de vista que la sanción jurídica que corresponde en tal caso no es otra que la nulidad o invalidez, pues no se trata de un escrutinio vinculado al contenido de la norma, sino a la regularidad y legalidad objetiva de su propio origen.

Asimismo, en “Famyl” (2000)³², la Corte entendió que la promulgación parcial de la ley 25.063 no cumplía adecuadamente con los requisitos impuestos por el artículo 80 de la Constitución y declaró su inconstitucionalidad.

Finalmente no puede dejar de mencionarse el caso “Fayt”, uno de los más resonantes de nuestra historia, pues se estableció allí la nulidad del artículo 99 inciso 4º, párrafo 3º sancionado por la Convención Constituyente en 1994, por referirse a una materia no habilitada por la ley 24.309³³.

En suma, la nulidad de normas abre un interesante capítulo en el sistema de control de constitucionalidad que todavía no escribió más que su introducción. Si la regla impuesta es que cualquier norma en la que mediere el vicio de falta de competencia, o algún otro relacionado con su génesis (defectos de procedimiento), es nula, las condiciones actuales de ejercicio de las competencias constitucionales permiten prever más sentencias que declaren nulidades absolutas con efectos invalidantes generales, en particular respecto a una práctica que se encuentra desorbitada: los decretos legislativos del Poder Ejecutivo.

³² Fallos 323:2256 (2000).

³³ HERNANDEZ, Antonio M., “El Caso ‘Fayt’ y sus Implicancias Constitucionales”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.

7. Control de oficio *extra caso* y control abstracto

El mayor grado de parecido entre la Corte y un tribunal constitucional se verifica cuando se pronuncia de oficio –sin caso– o en abstracto sobre la inconstitucionalidad de una norma o reglamento. Nuevamente, el fundamento para ese tipo de actuación no es otro que la gravedad institucional.

En primer lugar es de mencionar el caso del control de constitucionalidad por vía de Acordada³⁴. Una de las reglas, constante y uniforme, del sistema de control de constitucionalidad difuso es la que restringe su ejercicio a casos contenciosos o controversias entre partes, lo cual excluye la decisión de asuntos no planteados ante los tribunales, y de los que, encontrándose en trámite, se volvieran abstractos. Ni siquiera en ocasión de planteos donde se encontraba fuertemente comprometida la institucionalidad y los procedimientos constitucionales objetivos, como es el de reforma de la Constitución, se flexibilizó la idea de caso con partes rigurosamente afectadas o “legitimadas”. Me refiero al caso “Polino” (1994) donde se impugnó la ley 24.309, que fue sancionada de modo manifiestamente irregular.

Sin embargo, luego de algunos precedentes parecidos recopilados por Bianchi, la misma Corte que redujo al máximo la noción de caso en “Polino”, emitió una estruendosa Acordada (n° 20/96) por la cual declaró –sin que mediara petición alguna– la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 24.631 que suprimía la exención de las remuneraciones judiciales respecto del impuesto a las ganancias, por afectar la intangibilidad dispuesta en el art. 110 C.N³⁵. Luego, por Acordada n° 1/00 la Corte declaró “inaplica-

³⁴ Bianchi, Alberto B., ¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?, LA LEY 2001-B, 112.

³⁵ En sus pasajes más salientes, la Corte sostiene que se trata de una ley “cuya constitucionalidad debe ser examinada por el Tribunal aun sin la presencia de un caso judicial”, por sus “facultades implícitas necesarias para la plena y efectiva realización de los fines que la Constitución le asigna en tanto poder del Estado”.

bles” en el ámbito del Poder Judicial a una serie de disposiciones de la Ley 25.188 de Ética Pública.

En lo que hace al control abstracto el caso más resonante quizás sea “Roe vs. Wade” (1973) donde la Corte norteamericana reguló el aborto y la posibilidad de los estados de penalizarlo. A todo esto, la afectada ya había dado a luz.

En la Argentina, la Corte falló en el caso “Bahamondez, Marcelo” (1993)³⁶ una cuestión relativa a la autorización judicial para realizar transfusiones de sangre en un paciente que se negaba a someterse a este tratamiento aduciendo su condición de testigo de Jehová. Cuando el tema fue decidido, hacía más de tres años que la persona ya no se encontraba internada, razón por la cual la mayoría del Tribunal entendió que era inoficioso pronunciarse. No obstante, nada menos que seis jueces realizaron consideraciones sobre el fondo del asunto (votos de los Dres. Barra y Fayt, y Cavnagna Martínez y Boggiano, y disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi). Todos ellos consideraron –de modo parecido a como lo hizo la Corte norteamericana en el caso “Roe”– que ese tipo de asuntos debía ser decidido a pesar de su carácter abstracto, pues por la rapidez de los hechos que le dan lugar suelen escapar de la revisión, y además son susceptibles de repetición (conf. también “Ríos”, Fallos 310:819, y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada).

En forma más reciente, la Corte falló el caso “Bussi” (2007)³⁷, donde invalidó la resolución de la Cámara de Diputados que había rechazado el título de diputado electo del actor, con fundamento en su inhabilidad moral. Lo primero que tuvo que resolver el Tri-

³⁶ LA LEY 1993-D, 130, con nota de Néstor Pedro Sagüés; Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría General del Derecho - Director: Eduardo Angel Russo - Editorial LA LEY, 2002, 344, con nota de Hebe Mabel Leonardi de Herbón; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005, 370, con nota de Adelina Loianno.

³⁷ LA LEY 2007-E, 33, con nota de Roberto J. Boico.

bunal fue si la cuestión conservaba actualidad, pues el mandato del diputado electo había cesado en 2003. La Corte declaró que subsistía interés en resolver el caso en términos muy sencillos: “existe un caso en la medida en que la cuestión federal está relacionada con un interés institucional que subsiste al momento del dictado de la presente” (considerando 2º), aclarando que “el interés subjetivo del demandante configurado por su pretensión de que se declare la nulidad de las resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados de la Nación que negaron la incorporación del peticionario como miembro de dicho cuerpo es, como lo peticiona la recurrente, abstracta”.

8. La economía procesal

Hay una razón mas que justifica la utilización del *per saltum* y de los efectos expansivos de las sentencias: las acciones masivas. Tomemos sólo dos ejemplos de ello: los amparos por devolución de depósitos bancarios retenidos por las normas de emergencia de 2001 y 2002, y los reclamos de movilidad jubilatoria que desembocaron el caso “Badaro” (2006). La multiplicación de procesos por ambos temas provocaron el colapso de dos fueros federales: el contencioso administrativo de la Capital Federal, y el de Seguridad Social. Mientras tanto, se sabía que esos miles de expedientes recalaban finalmente en la Corte, que pronunciaría las últimas palabras sobre cada cosa. En un caso definió el modo como debían liquidarse y restituirse los depósitos (caso “Massa” –2006–)³⁸ y en el mencionado “Badaro” reconoció el derecho a la movilidad de haberes y exhortó al Congreso a establecer el porcentaje, el cual cumplió la orden judicial dos años después.

³⁸ LA LEY 2007-A, 316, con numerosas notas.

9. Sobre la dificultad contramayoritaria

El argumento contramayoritario, la idea de su carácter no democrático, es la fuente de las limitaciones al control de constitucionalidad en los Estados Unidos y en la Argentina. La manera en que suele plantearse expone de por sí que no se trata de una restricción absoluta a la actuación de los jueces, sino de un argumento que tiende a moderarlos en la revisión de las leyes. Así, se habla de la “dificultad”³⁹ o el “problema” contramayoritario, mas no de un impedimento total, salvo en posturas muy extremistas.

El modo de designación indirecta de los jueces, y su carácter vitalicio, ha llegado a plantear en ámbitos académicos de indudable prestigio si es legítimo que autoridades no elegidas popularmente invaliden normas de órganos directamente representativos.

La cuestión no fue objeto de especial discusión en los papeles de El Federalista, ni en las actas de la Convención de Filadelfia. Por el contrario, allí se defendió el *judicial review* sin mayores matices. El tema se presentó más adelante, cuando la Corte quedó en medio de la disputa política entre republicanos y federalistas durante la primera presidencia de Thomas Jefferson (1801-1805) y dictó el célebre “Marbury”. Jefferson fue el primero en criticar el fallo y alertar sobre el peligro de un “poder despótico” en manos de los jueces⁴⁰. A este le siguió Thayer, con un recordado trabajo publicado en 1893 donde fundamentó y resumió las restricciones con que debía practicarse el *judicial review*⁴¹ y tales premisas fueron luego tomadas como reglas jurisprudenciales.

³⁹ Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven, 1986.

⁴⁰ Bergh, Albert Ellery (editor), *Writings of Thomas Jefferson*, Tomo 11, Thomas Jefferson Memorial Association, Washington, D.C., 1903, pp. 49 a 53. “...But the opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the legislature and executive also, in their spheres, would make the judiciary a despotic branch”.

⁴¹ Thayer, James Bradley, “The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, Tomo 7, p. 129 (1893).

Por ello digo que las reglas y limitaciones que los autores y la jurisprudencia norteamericana han impuesto al *judicial review* no constituyen elementos necesariamente originarios o constitutivos del sistema, sino más bien “derivados”, es decir, creados por los comentaristas de la Constitución, por la Corte y por los críticos de su jurisprudencia, que en los Estados Unidos tienen una gran influencia.

Un completo repaso de las posiciones en pro y en contra del *judicial review* puede verse en la clásica obra de Alberto Bianchi (Control de Constitucionalidad, Ed. Abaco, capítulo II), la de Roberto Gargarella (La Justicia frente al Gobierno, Ed. Ariel, 1996), y en un trabajo reciente de Manuel José García-Mansilla (“Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008) que además describe con precisión los aportes recientes al debate en los Estados Unidos.

A pesar de las enjundiosas elaboraciones publicadas sobre este tema, pareciera ser que —como concluye García Mansilla (ob. cit., págs. 40 y 41)—, todas las posiciones parten de un preconcepto emotivo acerca de la actividad judicial en general, y una postura ideológica frente a las decisiones en particular: en cuanto no agradan, probablemente mayor es el cuestionamiento al *review*.

Mi aproximación al asunto también se inicia con una consideración previa, “estomacal”, favorable a la decisión judicial, por su carácter razonado y más independiente. Por ello defiendo —al menos por ahora— al control judicial de constitucionalidad y considero que sus posibilidades deben ser lo más amplias posibles. A ello se debe que haya hecho hincapié, unas líneas más arriba, al carácter derivado de las restricciones: ellas no son entonces “sistémicas”, sino que respondieron al devenir de la política norteamericana. No son necesarias, sino contingentes.

Por otro lado, creo que los análisis sobre la posición democrática de los jueces adolecen de cierta simplificación de los hechos de la realidad, particularmente del fenómeno denominado “representación”. Los poderes políticos no están revestidos de tanta representatividad como se suele dar por sentado sin mayor comprobación, ni los jueces y las sentencias conforman elementos tan reñidos con la democracia como se los suele presentar. El carácter “representativo”, e incluso democrático de leyes y decretos, no puede predicarse genéricamente. Veamos algunos supuestos de “no representatividad”: a) el Congreso sanciona una ley ampliamente rechazada por la mayoría de la sociedad; b) el ordenamiento argentino considera leyes a normas no sancionadas formalmente por el Congreso sino por gobiernos de facto; c) el Congreso sanciona leyes con multiplicidad de aspectos cuyo contenido es prácticamente desconocido por la inmensa mayoría de la sociedad. Cuanto más complejas son las cuestiones legales, mayor es el problema relaciona con su carácter democrático. Una ley puede contener muchas disposiciones sólo manejadas por especialistas, como podría ser la regulación de un servicio público, y alguna sobre la que la sociedad se haya manifestado; por ejemplo, que las tarifas deben ser diferenciadas, gravando mayormente a las personas con más recursos. Sin embargo, en nuestro país la cuestión sobre si los jueces pueden o no sustituir a los órganos políticos en la revisión constitucional de las leyes se ha reducido generalmente a la consideración académica de un puñado de supuestos que plantean algún problema muy puntual que además compromete valores personales, como por ejemplo: a) la penalización del aborto; b) la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal; c) la constitucionalidad de la restricción a contraer matrimonio en segundas nupcias; d) la objeción de conciencia frente a la obligación legal de realizar el servicio militar obligatorio ; e) la eutanasia⁴².

⁴² Nino, Carlos S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1996.

Claro que en todos esos casos la decisión constitucional se reduce a la permisión de una conducta o su prohibición, respecto de lo cual es posible y viable que la población se manifieste, y en cuyo caso sólo debe hacerlo por sí o por no, y puede que entonces resulte especialmente chocante desde el punto de vista del autogobierno democrático que un juez, tres o los siete de la Corte Suprema reemplacen el veredicto o el referéndum de toda la población. Pero en los demás casos la representación es –la mayor de las veces– un título jurídico que legitima las decisiones de los órganos y que no depende del mayor o menor respaldo social, pues éste es improbable salvo cuestiones reducidas en su formulación, como ser por ejemplo si el embrión fecundado es persona y goza del derecho constitucional a la vida. Tales casos quizás impongan la autolimitación de una corte o tribunal, y sólo en aquellos cobran plena aplicación los cuestionamientos contramayoritarios pues las Cortes los han decidido sin mayores pruritos respecto del carácter antidemocrático de sus decisiones. Aún más, la Corte norteamericana resolvió el asunto del aborto en un caso abstracto, y su par argentina hizo lo propio respecto de la transfusión de sangre de un objeto de conciencia, en el caso que cité antes.

En todos los temas que ordinariamente son resueltos por la Corte en punto a su constitucionalidad, de acuerdo con reglas de reconocimiento, juicios técnicos o esquemas de fundamentación tales como la pauta de razonabilidad, la “representatividad” de los actos sometidos a control es meramente formal y relativa, mientras que la sentencia puede llegar a constituir un producto mucho más democrática, mucho más si está precedida de un procedimiento participativo como son las audiencias públicas⁴³, el aporte de *amicus curiae*, y seguida por el control y la crítica de la comunidad

⁴³ Sacristán, Estela B., “Las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema argentina (¿Más cerca o más lejos de la reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos?)”. El régimen dispuesto por la Acordada n° 30/07 de la Corte prevé audiencias informativas, conciliatorias y ordenatorias. Puede asistir a ellas el público en general.

académica, de los sectores afectados y de la opinión pública en general.

Por último, creo que, así como la extrapolación de institutos extranjeros debe evaluarse y en su caso adecuarse a las peculiaridades de cada lugar, ocurre exactamente lo mismo respecto del control de constitucionalidad, y en particular respecto de sus críticas y correlativos límites.

Los elementos del sistema de control en Estados Unidos nacieron casi junto a la democracia, a la par de las críticas de Jefferson y del perfeccionamiento de su sistema político. A partir de allí, creo no equivocarme en decir que los Estados Unidos han contado con las instituciones más democráticas del mundo, que funcionaron además de manera inigualablemente ininterrumpida. Como sabemos, los norteamericanos cuentan con dos partidos políticos nacionales con fuerte anclaje local. El partido es la primera instancia de ejercicio democrático en sus dos facetas: selección y control. Luego le sigue un Congreso numeroso y activo, un Presidente elegido distrito por distrito, y finalmente, potentes medios de prensa y una opinión pública vigorosa que se expresa a través de diversísimas clases de movimientos y grupos de participación ciudadana. Frente a todos esos canales de participación, expresión, decisión y control democrático, es natural que el poder judicial, integrado por jueces vitalicios, aparezca como autoridades cuestionadas en su legitimidad representativa.

Por el contrario, si el control de constitucionalidad judicial del estilo norteamericano existiera respecto de un monarca absolutista, no dudaríamos en decir que allí los jueces serían tanto como el pueblo vivo ejerciendo su autogobierno.

La Argentina del siglo XXI no es una monarquía absolutista –aunque a veces lo parezca– pero tampoco es la democracia norteamericana y lejos está todavía de parecersele. Hace muchos años que se sostiene que en nuestro país existe una crisis de repre-

sentatividad, y efectivamente ello está dado por falencias en los tres segmentos del sistema democrático. Falla la selección, pues el sistema electoral es vetusto y la organización de los partidos deficiente. Luego, la representación no se ejerce, pues los órganos legislativos han sido sometidos por los personalismos dejando que el ejercicio del gobierno consista en decisiones unilaterales y poco consultadas. Por último, el control del poder –que no se limita al desempeño de los jueces, sino que también le cabe al Congreso y a órganos especiales– no es ni oportuno ni completo ni suficiente. Por supuesto que no voy a ocuparme acá de describir el entramado de circunstancias que impiden en nuestro país tener una democracia aceptable.

En tal contexto, nuestro control judicial parece tener tanta legitimidad democrática como el ejercicio de los otros dos poderes.

Vale decir que en los Estados Unidos, la plenitud con que los órganos políticos ejercen sus funciones y competencias, y la legitimidad representativa y democrática que es dable reconocerles –sin parangón en nuestro país– otorga sólida fundamentación a quienes sostienen críticas contra el *judicial review*, mientras que la rigurosidad ciudadana con que es seguida allí la designación de un integrante en la Corte, sumada a la enérgico escrutinio del Senado al prestar su acuerdo, ofrece ricos elementos a los defensores del control judicial de constitucionalidad. Aun más, éste es más democrático todavía –en el sentido del carácter deliberativo de sus decisiones– pues el procedimiento es predominantemente oral, particularmente en ocasión de los alegatos⁴⁴, y los votos de los jueces son por lo general individuales⁴⁵. A su vez, esto último,

⁴⁴ Existen alegatos célebres que han sido publicados: “May It Please the Court: Live recordings and transcripts of the supreme court in session”, The New Press, 1993.

⁴⁵ Tal como lo destacó el Dr. Vanossi: Comunicación efectuada por el académico, en la sesión privada del 14 de setiembre de 2000, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

y la gran difusión que tienen las sentencias, posibilita y provoca la fuerte discusión crítica en ámbitos universitarios y políticos.

Tan es así, que la discusión sobre el *judicial review* en el ámbito académico norteamericano tiene rigurosa actualidad, tal como lo desmenuza García-Mansilla, lo cual responde a un particular momento político en la historia de los Estados Unidos en el que, luego de la *era Warren* y su “revolución progresista” sobrevino una nueva etapa de activismo a cargo de la *Corte Rehnquist*, la más activista de todos los tiempos, que ya ha declarado la inconstitucionalidad de 33 leyes federales entre 1995 y 2003 sobre 134 del total impugnado por la Corte en su historia.

A lo dicho por García Mansilla, sólo se me ocurre agregar que la discusión sobre la legitimidad del control judicial reaparece en los Estados Unidos a par que su sistema político y su democracia parecen llegar a su nivel de mayor plenitud, y el dato que mejor patentiza ello quizás sea el hecho de que en 2008 celebraron las elecciones presidenciales más concurridas de su historia.

Mientras tanto, en nuestro país se llevaron a cabo este año elecciones de renovación de la Cámara de Diputados y elecciones provinciales de distintas autoridades, caracterizadas por una novedosa y escandalosa práctica denominada “candidaturas testimoniales” –por no llamarlas sencillamente “falsas”–, que no hace falta que explique pues todos tenemos muy presente el tema y sus coletazos judiciales, lamentablemente del lado de la autorrestricción⁴⁶.

Las diferencias entre ambos países son notorias, y entonces la discusión apuntada no puede darse en iguales términos.

⁴⁶ Ver: Cámara Nacional Electoral, 1/6/09, “Novello”, LA LEY 2009-C, 601, con nota de Pablo L. Manili

10. Conclusión

Hace rato que la Corte es un tribunal constitucional, bien que sin las características funcionales de los europeos, y con una jurisdicción predominantemente pretoriana y discrecional. Desde los comienzos de su funcionamiento, muchos de sus fallos han sido “arquitectónicos” o “institucionales”, en la acertada denominación de Alfonso Santiago⁴⁷, y han sentado su jerarquía de poder del Estado⁴⁸, lo cual incluso sugiere algo mayor a un tribunal constitucional. Es autora de declaraciones que así la definen y que no ha dejado de reiterar hasta el día de hoy, tales como que “no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí”, o que “al momento de decidir en materia federal, no está limitada por las alegaciones de las partes, sino que le corresponde realizar una declaratoria sobre el punto”. Quizás la frase más resonante sea aquella que dice que “la Corte representa en la esfera de sus atribuciones la soberanía nacional”.

Con base en todo ello, en su propia e inveterada vocación concentradora y de supremacía, he querido demostrar las posibilidades de la Corte frente a situaciones de gravedad institucional de la hora actual, y que en tales casos la extensión de su poder es

⁴⁷ SANTIAGO, Alfonso (h), *La Corte Suprema y el Control Político*, Abaco-Austral, Bs. As., 1999.

⁴⁸ La literatura sobre este tema también es copiosa: DAHL, Robert, “La toma de decisiones en una democracia: La Suprema Corte como institución que crea políticas públicas”, *Journal of Public Law*, 1957; OYHANARTE, Julio, *Historia del Poder Judicial*, Revista “Todo es Historia”, n° 61, mayo de 1972, VANOSSI, Jorge Reinaldo, *La Corte Suprema: ¿Tribunal o Poder?*, Separata de la Revista Jurídica de San Isidro, III-1969, y CUETO RÚA, Julio C., *La Corte Suprema como Poder del Estado*, LL-1987-863. Más acá en el tiempo, con distintas perspectivas: OTEIZA, Eduardo, *La Corte Suprema*, Platense, La Plata, 1994; GABRIELLI, Adolfo, *La Corte Suprema de Justicia y la Opinión Pública*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1986, BIANCHI, Alberto B., *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, LL-1997-B-994, SANTIAGO, Alfonso (h), ob. cit., y PELLET LASTRA, Arturo, *Historia Política de la Corte (1930-1990)*, Ad-Hoc, Bs. As., 2001.

equivalente o aun mayor a la de los tribunales constitucionales, desde todo punto de vista. En la Argentina existe una forma de neto control concentrado, una instancia de revisión *cuasi* concentrada, pronunciamientos en abstracto y con efectos generales explícitos o implícitos. Nada hay que envidiar de un tribunal constitucional. Por ello digo en el título que la Corte actúa como cualquiera de ellos, para lo cual no hace falta cambiarle el nombre ni desordenar la Constitución. La gran diferencia con otros sistemas es que la Corte actúa discrecionalmente, razón por la cual su función de control amplio y activo debe ser alentada desde la opinión, que es lo que aquí procuro. El otro aspecto que nos separa de cualquier sistema de tribunal constitucional es la problemática que subyace a los sistemas de control judicial, que es la cuestión de la legitimidad democrática de los jueces, sobre lo cual ensayé algunas ideas que sin duda deben ser profundizadas.