



Documentos de coyuntura del Área de Política (IDH-UNGS)

IDH | Instituto del Desarrollo Humano - Área Política

Documento

03

**La Construcción de Legitimidad
de la Corte Suprema de Justicia
en Argentina.**

Laura Saldivia Menajovsky

Documentos de coyuntura del Área de Política (IDH-UNGS)

Documento
03 | **La Construcción de Legitimidad
de la Corte Suprema de Justicia
en Argentina.**

I. Dotar de autoridad y legitimidad a la Corte	4
II. La disputa por el alcance de la separación de poderes: independencia judicial versus supremacía legislativa	8
III. A modo de cierre	12

Documentos de coyuntura del Área de Política (IDH-UNGS)

Documento

03

La Construcción de Legitimidad de la Corte Suprema de Justicia en Argentina

Laura Saldivia Menajovsky

“[l]a primera obligación de la Corte consiste en moverse cautelosamente, en forzar las decisiones de a poco, más dudosa de negar principios sostenidos por algunos segmentos de la sociedad que lista en afirmar otros más abarcativos para todos, consciente del rol dominante que les está permitido a las instituciones políticas, y siempre ansiosa por inventar acuerdos y aceptaciones antes que declarar principios firmes y carentes de ambigüedad”. Alexander Bickel, *The Morality of Consent*, Yale University Press, 1977, p. 26.

Las relaciones entre la Corte Suprema de Justicia y el gobierno atraviesan una fase de intenso conflicto político desde fines de 2014. En la inauguración de las sesiones ordinarias del Poder Legislativo de este año, la presidente Cristina Fernández de Kirchner denunció el surgimiento de un partido judicial que actúa por fuera de las fronteras constitucionales. La Presidente también sostuvo que la justicia “tiene que ser independiente del poder político, de los poderes concentrados de la economía, pero de lo que no puede ser nunca independiente el Poder Judicial es de la Constitución, de las leyes, de los códigos de forma y de los códigos de fondo”. Pocos días después, durante el acto de apertura del año judicial, el presidente de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti, le respondió que los jueces no gobiernan ni deben gobernar y que la función judicial es dictar sentencias y poner límites a los demás poderes. En otras palabras, cada poder tiene sus atribuciones y deberes, y ninguno debe invadir la órbita del otro. Tanto el presidente de la Corte como la Presidente de la Nación están exigiendo que cada uno de los poderes se mantenga dentro de su esfera de injerencia y que no avasalle el de los otros. Ambos defienden la separación de poderes. Sin embargo, difieren acerca del significado de la Constitución y acerca quién debe tener preeminencia sobre la determinación de tal significado. Esta disputa de poder se da en el contexto de reconfiguración de la autoridad y legitimidad del máximo tribunal, que desde 2003 lo ha moldeado como un actor político relevante.

En este trabajo se exponen, por un lado, los dos caminos principales para imbuir de legitimidad a dicho tribunal, uno procedimental y otro sustantivo. Por otro lado, se analizan las tensiones que tal construcción

de autoridad y legitimidad trae aparejada con los otros poderes del Estado, dejando de este modo abierta la pregunta por las características de la separación de poderes instaurada en la última década. Importa señalar que, en la puja política mencionada, están involucrados junto a la Corte Suprema otros sectores del Poder Judicial (jueces de tribunales inferiores de los distintos fueros) y del Ministerio Público (Procuración General de la Nación y la Defensoría de la Nación, que hasta la reforma constitucional de 1994 pertenecían al Poder Judicial y que aún hoy se ven atravesados por la idiosincrasia corporativa judicial). No obstante, por la visibilidad que adquirió el contrapunto en torno a la Corte Suprema, este documento se circunscribe a dichas vicisitudes.

I. Dotar de autoridad y legitimidad a la Corte

Enrique Petracchi, el juez de la Corte Suprema recientemente fallecido que ocupó el cargo desde el retorno a la democracia, afirmaba por aquellos primeros años de la transición democrática: “[p]ese a la claridad de las intenciones de los constituyentes y de los principios básicos tan prontamente sentados el desarrollo del control constitucional federal en la Argentina no ha sido vigoroso. Nunca se ha producido en la Argentina un debate sobre el gobierno de los jueces, pues la Corte Suprema, hasta hace muy poco, no asumió un rol institucional de suficiente importancia”¹. Dicho debate se ha demorado no sólo por las constantes interrupciones constitucionales sufridas sino también por las continuas modificaciones políticas de la composición de la Corte, sumado a la fuerte influencia en el sistema argentino del formalismo característico de la tradición jurídica continental. No obstante, las modificaciones sustantivas y procedimentales en el máximo tribunal han contribuido a robustecer su legitimidad y a consolidarlo como un actor político relevante. Esta circunstancia ha actualizado, una vez más, la discusión sobre el control de constitucionalidad ejercido por los/as jueces/zas.

La importancia del rol de la Corte Suprema en la democracia constitucional está dada por el hecho de que en cada caso que decide le asigna significado a la Constitución Nacional, ese librito que no es nada más, ni nada menos, que la carta de navegación del país, tal como recordaba Carlos Nino que había dicho Juan B. Alberdi. La Constitución, además de organizar el poder institucional del Estado, reconoce derechos, y ambas cuestiones limitan el poder. Ya en el siglo XIX James Madison en *El Federalista No. 10* había advertido sobre las facciones auto interesadas y la necesidad de dividir al poder para que ninguna de ellas se alzara con todo él. Derechos y libertades tales como los de propiedad, expresión, reunión, religión, entre tantos otros, fueron reconociéndose en una primera etapa constitucional liberal en distintas constituciones del mundo, y tuvieron por función proteger el *estatus quo* de sectores privilegiados y minoritarios de la sociedad, tal como era el caso de la burguesía. No obstante, hoy los derechos son reconocidos para proteger de la mayoría que detenta el poder a otras minorías, aquellas más desaventajadas. A los clásicos derechos basados en la libertad que exigían la no intervención de parte del Estado, se les fueron sumando los derechos económicos, sociales y culturales que demandan del Estado lo opuesto, su intervención para modificar las condiciones de desigualdad de los grupos en situación de vulnerabilidad. Por ello, es de vital importancia la interpretación que la máxima autoridad del poder judicial realiza de las cláusulas, arreglos, derechos constitucionales, dado que la misma determina la estructura social, política y económica del país que impactará, en particular, en la protección de los derechos de los grupos más desaventajados.

Antes de examinar la construcción de la legitimidad de la Corte de los últimos once años, cabe recordar el sinuoso trayecto que precedió a la integración de los miembros del máximo tribunal para así comprender la magnitud de la tarea encarada en la última década. Con el retorno democrático, el presidente Raúl Alfonsín nombró una Corte Suprema independiente del poder político que se caracterizó por considerar en sus decisiones el contexto histórico-político que rodeaba a las distintas contiendas constitucionales bajo su examen y el principio de autonomía como pilar fundamental de la (re)construcción de una democracia respetuosa de los derechos humanos. Estos fines elevados no llegaron a echar raíces ya que demasiado pronto se vieron coartados por el gobierno que lo sucedió. En efecto, Carlos Menem promovió el aumento del número de los supremos de cinco a nueve y presionó la renuncia de algunos de sus anteriores integrantes

¹ Enrique Petracchi, “Control Judicial en Argentina”, Revista Jurídica *La Ley*, 1987-E-709.

a fin de crear una mayoría automática que convalidara sus intereses políticos, sobre todo aquellos ligados al programa de reforma neoliberal. Al Senado de la Nación le llevó sólo una hora durante la medianoche confirmar esta nueva composición. Por su parte, en 2002, bajo la presidencia provisional del senador bonaerense Eduardo Duhalde, el debate en torno al candidato que le correspondió nombrar en virtud de la renuncia de uno de los jueces supremos, demoró menos de una semana. Finalmente, el presidente Néstor Kirchner solicitó juicios políticos para dos de los jueces de la era menemista y otros tres renunciaron para así evitar el enjuiciamiento. Luego, otro juez renunció por haber llegado al límite de edad de 75 años fijado por la Constitución. Ante estas vacantes, Kirchner, siguiendo un nuevo procedimiento que inauguraría una nueva etapa para el Máximo Tribunal, postuló a cuatro prestigiosos candidatos para integrar la Corte, entre ellos a dos mujeres, Helena Highton de Nolasco y Carmen Argibay. Las dos vacantes que quedaban no fueron completadas dado que por ley se dispuso reducir a cinco el número de miembros, a medida que se produjeran vacantes.

Son varios los factores que incidieron en esta depuración del tribunal supremo y que permitieron una redefinición del desempeño del Poder Judicial, y de la Corte Suprema en particular, en la democracia constitucional argentina.

En principio, cabe mencionar las condiciones que generó la reforma constitucional de 1994 para que los jueces acrecienten su poder a través de la protección de los derechos humanos. A pesar de que la ley de necesidad de reforma de la Constitución impedía modificar su primera parte, relativa a los derechos y garantías, ello no fue óbice para incorporar nuevos derechos y garantías en otras partes del texto. Primero, el artículo 75 inciso 22 reconoce con jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. En consecuencia, las cláusulas de dichos instrumentos pasan a formar parte de la Constitución y deben ser interpretadas de forma armónica con el resto de su articulado, expandiendo de forma considerable la carta de derechos reconocidos por ella. En este sentido, incorporó un apartado sobre nuevos derechos, entre los cuales se reconocen los de los consumidores y usuarios, los de incidencia colectiva y el de un ambiente sano (art. 42). Asimismo, la reforma constitucional dotó de mecanismos y herramientas, individuales y grupales, para hacer más exigible y efectiva la protección de los derechos consagrados; tales los casos de las acciones de amparo colectivo y de habeas data (art. 43). La incorporación de la figura del Defensor del Pueblo como defensor de los derechos humanos (art. 86) y el establecimiento del Ministerio Público (fiscales y defensores) como órgano extra-poderes (art. 120), fueron otras de las novedades de la reforma del año '94 que incidieron en la reconfiguración de la Corte Suprema. Todas estas reformas generaron condiciones para acrecentar el protagonismo de los jueces en lo que respecta a la protección de derechos, tanto por la cantidad de temas nuevos en los que pueden intervenir como de los mecanismos a través de los cuales pueden hacerlo². Muchos de los nuevos derechos y mecanismos reconocidos repercuten en el alcance de las decisiones que adoptan los jueces, quien ahora puede extender el alcance de su decisión más allá de las partes exclusivas del caso, circunstancia que determina una importancia aún mayor de su rol para conferir significado a la Constitución.

Es importante destacar que esta nueva textura constitucional sirvió de plataforma para pensar mecanismos que apuntalen la legitimidad de la Corte Suprema. Las iniciativas llevadas a cabo con este fin fueron de dos tipos, una externa y otra interna a la Corte. Sobre la primera de ellas, en 2003 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 222 que reglamenta el proceso constitucional de selección de los supremos, que según la Constitución son elegidos por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado en sesión pública (art. 99, inc. 4). Dicho decreto establece que sus integrantes deben poseer antecedentes destacados, trayectoria pública y prestigio; asimismo, estipula que su composición debe ser equilibrada en términos de

² El modelo de control judicial de constitucionalidad es de carácter difuso, es decir, todos los jueces están habilitados para declarar la inconstitucionalidad de las normas. Una diferencia entre el modelo argentino y el norteamericano consiste en el efecto erga omnes que tienen las sentencias de este último, es decir, que las decisiones de la Corte tienen carácter legislativo por el alcance general de sus efectos. Tradicionalmente en Argentina el efecto de las sentencias se circunscribía a las partes en la disputa judicial. Con la última reforma constitucional, según la cuestión y el actor en juego, el alcance de las decisiones judiciales es mayor, y de ahí que sea mayor el ámbito de incidencia de la actividad de los jueces. La diferencia originaria entre los modelos obedece a las distintas tradiciones jurídicas subyacentes en ambos países: el derecho continental en Argentina, donde el juez es un mero funcionario público que sólo debe aplicar el derecho creado por el legislador, nunca por un juez, y el common law en Estados Unidos, donde no existe tal impedimento y los jueces pueden legislar a través de sus sentencias.

género, procedencia regional y áreas del derecho; contempla, también, la posibilidad de un debate público y de amplia participación, dándoles la oportunidad a individuos y organizaciones de la sociedad de plantear sus opiniones e interrogantes respecto de las ideas y acciones de los candidatos. Esta innovación permitió incorporar una mayor transparencia al nombramiento y generar un canal de participación de la ciudadanía. Conforme dicho decreto, en caso de producirse una vacante y en un plazo máximo de treinta días, deben publicarse el nombre y los antecedentes curriculares de las personas consideradas para el puesto en el Bole-tín Oficial, en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y en al menos dos diarios de circulación nacional, durante tres días. La ciudadanía, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, y las entidades académicas pueden presentar una opinión fundada sobre el candidato dentro de los quince días de la publicación de los antecedentes. Con base en la información recibida, el Poder Ejecutivo Nacional determina si eleva o no la propuesta respectiva. Una vez arribado el pliego del candidato a la Cámara de Senadores, el mismo debe ser confirmado por el voto de dos tercios de los legisladores presentes (art. 99, inc. 4).

La segunda iniciativa ha sido interna, es decir, el mismo tribunal supremo contribuyó a su saneamiento al dictar Acordadas³ que buscaron regular la participación pública de su esfera y dotar de mayor publicidad y transparencia a sus actos de gobierno. De esta forma, con respecto a las causas en trámite ante la Corte, siempre que ventilen cuestiones de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorizó la actuación de los denominados Amigos del Tribunal con el objeto de que hagan saber sus opiniones o sugerencias sobre aquellas causas y, con ese alcance, ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión de dichas causas. Asimismo, se dispuso difundir a través de la página web estas causas aptas para la actuación de *amicus curiae*. Además, a fin de regular la falta ética conocida como “alegato de oreja”, se estableció que cuando los litigantes y profesionales soliciten audiencia con alguno de los jueces del máximo tribunal, ella tenga lugar siempre que dichas personas obtengan la presencia de la contraparte o de su letrado en la causa contenciosa de que se trate.

Las reformas implementadas que incidieron en la actuación de la Corte no sólo fueron de tipo procedi-mental, como las enumeradas en los párrafos precedentes, sino que también se centraron en la sustancia de su trabajo. Dicho trabajo se ha destacado tanto por la utilización de nuevas herramientas para la resolución de casos como por el tratamiento sustantivo dado a muchas de las temáticas sobre las que decidió.

Al respecto, las cuestiones decididas por la Corte fueron del más variado tenor. Entre muchas otras, corresponde mencionar las referidas a la constitucionalidad del “corralito”, a la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final, a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, y a los derechos económicos y sociales en los cuales amparó a personas sin recursos para el acceso a bienes básicos como medicamentos, tratamientos médicos y prestaciones alimentarias. También declaró la inconstitucionalidad de normas que discriminaban sobre la base de la nacionalidad de las personas y estableció el alcance del derecho a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminado en razón del género para acceder a un empleo. Asimismo, revirtiendo una decisión en sentido contrario de la Corte menemista, el nuevo tribunal reconoció el derecho de minorías sexuales a formar asociaciones para promover sus derechos e intereses y que sean reconocidas formalmente por el Estado. La inconstitucionalidad de la criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal es otra de las decisiones emblemáticas que modificaron la jurisprudencia de la mayoría automática menemista. Por su parte, el caso “F.A.L.”, 2012, tal vez sea uno de los fallos más esperados que dictó esta Corte. Se refiere a la aplicación del Código Penal en los casos de abortos no punibles, despejando de manera definitiva cualquier duda u obstáculo para la realización de abortos no punibles en casos de violación.

En una causa sobre la inconstitucionalidad de las normas que autorizaban la intervención de comuni-caciones telefónicas y por Internet (“Halabi”, 2009), la Corte emitió una decisión que reviste especial im-portancia ya que amplía su ámbito de acción en el caso sometido a su decisión y en casos futuros similares, al reconocer y delinear las particularidades de la acción colectiva que se interpongan para proteger derechos homogéneos⁴. Esta decisión permite que una sentencia tenga efectos para todos los ciudadanos que padecen

³ Acordada es el nombre que reciben las normas dictadas por la Corte Suprema para aquellas cuestiones relativas al funcionamiento del Poder Judicial.

⁴ Para ello interpreta el alcance de la incidencia colectiva del art. 43 de la Constitución.

un mismo problema, sin necesidad de tener que iniciar un juicio, es decir, sin ser parte del juicio. En este caso, el máximo tribunal sostuvo que hay casos en que por una sola causa se afectan los derechos de numerosas personas y en los que resulta muy difícil para cada uno de los afectados promover una acción judicial. En su fallo la Corte intenta brindar pautas a los jueces que, en el futuro, sentencien sobre este tipo de acciones.

La Corte Suprema también ha incursionado en la resolución de los denominados litigios complejos, que se refieren a reformas estructurales. La actuación judicial aquí no se circunscribe a declarar la violación de un derecho sino que incluye en la ejecución de la sentencia el diseño concreto de las medidas que deben adoptarse, el cronograma de cumplimiento y su seguimiento. Esto implica adoptar canales de diálogo e interacción con los demás del Estado para resolver la violación de derechos. Aquí se plantea cuál es el alcance de las facultades de la judicatura ante la división de poderes, ya que son decisiones detalladas en políticas públicas, materia tradicionalmente reservada a los poderes políticos.

Los casos más resonantes de este tipo combinan un contenido respetuoso de derechos humanos antes ignorados con remedios judiciales novedosos como audiencias públicas para escuchar a las partes, y órdenes, exhortaciones y encomiendas dirigidas los poderes políticos respectivos con el fin de que lleve a cabo determinadas acciones, se destacan: “Verbitsky” 2005 (se decide la situación de casi 6.000 personas detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires. Los poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires deben adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales); “Mendoza”, 2006 (se ordenó que el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires y el Consejo Federal de Medio Ambiente trabajen coordinadamente a través de un plan integrado en el saneamiento de la cuenca del río Matanza-Riachuelo); y el desarrollo de audiencias públicas en casos de conflictos indígenas.

Asimismo, cabe resaltar su desempeño en los procesos vinculados a la formulación de políticas públicas en materia previsional (casos Itzcovich, Sánchez, Gemelli, Badaro I, 2006 y Badaro II, 2007). Por ejemplo, en “Badaro I”, estableció que el Congreso y el Ejecutivo garanticen la movilidad de los haberes previsionales de los jubilados y pensionados y que su monto sea proporcional a los salarios de los trabajadores en actividad; y en “Badaro II” decidió que los ingresos de un jubilado se deben recomponer en casi un 90 por ciento en base al índice general de salarios. Estas decisiones forzaron un cambio en la política del gobierno respecto del alcance de la protección de los derechos previsionales.

La Corte Suprema también ha afianzado la postura de su predecesora relativa a que, como resultado de la reforma constitucional de 1994 que reconoce jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, las decisiones de la Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos sirven como guía de interpretación para resolver los casos en los cuales está en juego la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Una acción importante de la Corte realizada en su propia institución consiste en la creación de la Oficina de Violencia Doméstica, poniendo en relieve su preocupación por las mujeres que son víctimas de situaciones de violencia y la necesidad de que se brinde asistencia expeditiva e integral a quienes padecieron abusos sexuales, incluyendo asistencia médica y psicológica.

La decisión adoptada en el caso de la ley de medios fue ilustrativa de la integridad de la Corte que sirvió para reafirmar la legitimidad ganada en la última década. La Corte resolvió la constitucionalidad de dicha ley luego de un procedimiento público y participativo ejemplar. El argumento empleado se basó en el ideal constitucional de la democracia deliberativa según el cual la libertad de expresión es una precondition para la legitimidad democrática. Además, los jueces distinguieron los derechos fundamentales de los meramente patrimoniales y analizaron la razonabilidad de la ley con deferencia hacia el Congreso.

La Corte ha atravesado de manera exitosa una fase de redefinición, donde su objetivo principal consistió en construir su identidad institucional de forma tal de irradiar confianza y respetabilidad en la sociedad. La legitimidad de este tribunal es un producto de sustancia y percepción que se expresa en la aceptación que el pueblo hace de la judicatura como preparada para determinar lo que las leyes de la Nación significan y para declarar lo que demandan. Aquí se destaca el rol que la especial habilidad de la Corte tiene para determinar las dimensiones políticas de la Constitución y su cercana relación con la percepción y aceptación pública de la misma.

La construcción de legitimidad de la Corte ha requerido, en primer lugar, imbuir de algún grado de continuidad y permanencia a sus opiniones. En segundo lugar, ha sido central que sus jueces hicieran expresas las razones que fundamentan sus fallos. En tercer lugar, ha sido necesario que acepte que su palabra no es la única ni la última fuente de validez del derecho, sino que también los poderes políticos, más una multiplicidad de actores (medios de comunicación, ONGs, academia, movimientos sociales, instituciones de la sociedad civil, organismos internacionales, etc.), son parte del proceso de decisión sobre lo que es el derecho.

La revalorización de sus funciones y la legitimidad obtenida han significado un mayor protagonismo político de la Corte que ha generado a su vez una gran rivalidad con los otros poderes del Estado, en particular con el Poder Ejecutivo, circunstancia que podría poner en riesgo la legitimidad hasta ahora alcanzada.

II. La disputa por el alcance de la separación de poderes: independencia judicial versus supremacía legislativa

La anhelada construcción de la legitimidad del máximo tribunal no se produjo sin conflictos. Varios de sus fallos, de fuerte cariz político, incomodaron a los depositarios tradicionales del poder político, que pasaron a ser interpelados por la Corte. Aquí, la discusión de la teoría constitucional acerca del alcance de los límites al ejercicio del poder de cada uno de los poderes del Estado se hizo patente. La instauración del control judicial de constitucionalidad, que concibe a los jueces como intérpretes finales de la Constitución, ha generado desde antaño grandes discusiones respecto del alcance de tal control frente al poder del Ejecutivo y del Legislativo, cuya legitimidad está anclada en la elección popular de sus representantes. Sabido es que el texto de la Constitución debe ser interpretado en busca de sus significados y que dicha interpretación en definitiva queda a merced de los intereses de cada uno de los actores interesados en su significado. La puja actual entre los poderes del Estado consiste precisamente en determinar cuál es el significado de la Constitución y el alcance de sus límites al Poder.

En *El Federalista*, Madison alertó sobre las facciones egoístas y auto interesadas que tendían a acumular el poder a través del ejercicio político cotidiano. Para evitar tanto la acumulación de poder, como los conflictos que ella podría generar, propuso una forma de gobierno que asegurara la división del poder, contrabalanceada por controles mutuos. El diseño institucional que pensó consistía en una separación horizontal del poder (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), otra vertical (federalismo), y la realización de elecciones periódicas y escalonadas de los representantes políticos, de forma tal que ninguna facción pudiera alzarse con todo el poder al mismo tiempo. Alexander Hamilton, también en *El Federalista* (No. 78), y luego el juez de la Corte Suprema norteamericana que falló en el caso “Marbury”, John Marshall, vinieron a completar el diseño constitucional de la división de poderes al establecer para la Corte Suprema el rol de mediadora entre las decisiones del pueblo constituyente (el Pueblo con Mayúscula) que sancionó la Constitución), y las del pueblo constituido (el pueblo con minúscula), que sanciona las leyes por la regla de mayoría, y que deben estar en consonancia con la Constitución. Conforme este diseño institucional, los jueces, elegidos a perpetuidad, tienen la facultad de realizar el control judicial de constitucionalidad, es decir, de examinar que las normas dictadas por los poderes constituidos que gozan de legitimidad democrática no desconozcan a la Constitución sino que, por el contrario, amolden sus decisiones legislativas a ella. En este esquema, los jueces deben estar aislados del ejercicio diario de la política, por ello duran en sus funciones de por vida, salvo juicio político por mal desempeño. Tal control de constitucionalidad fue establecido por la misma Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Marbury”, ya que su constitución no contiene cláusula alguna sobre el control judicial de la constitucionalidad de las normas. Thomas Jefferson había alertado sobre el peligro de conferir tanto poder a los jueces, dado que podía llevarlos a gobernar por medio de sus decisiones judiciales, sin poseer la legitimidad que otorga la elección por voto popular.

La crítica al control judicial de constitucionalidad siempre ha tenido más sentido en un sistema jurídico como el anglosajón, donde la decisión de los jueces tiene efecto *erga omnes*, es decir, no sólo para las partes en disputa sino para todos, circunstancia que determina que las decisiones de la Corte Suprema posean carácter de ley. No obstante, en Argentina, como se expuso en el punto anterior, luego de la reforma cons-

titucional de 1994, tal crítica cobra fuerza. Tradicionalmente, se había entendido que la atribución de los jueces de ser los intérpretes finales de la Constitución se extendía sólo a las partes del caso, razón por la cual los efectos de sus sentencias no tenían alcance general. Ello en virtud del modo en el cual los jueces y doctrinarios argentinos han construido el alcance de la palabra 'causa' contenida en el artículo 116 de la Constitución y de la idea acerca de quién está legitimado para estar en juicio. La reforma constitucional de 1994 ha modificado en parte el efecto de las decisiones de los jueces sobre las partes en un caso, es decir, el efecto *inter parte* (sólo para las partes del pleito) de las decisiones judiciales. Recordemos que los artículos 43 y 86 de la Constitución establecen que el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva en general podrán interponer una acción de amparo colectiva. Esta nueva institución ha ampliado el alcance de los efectos de las sentencias judiciales. Es por ello que, en aquellos casos en los que se discutan derechos de incidencia colectiva la decisión de los jueces supremos determinaría el sentido de la Constitución para muchos y/o todos (según el caso en disputa), no sólo para las partes involucradas, es decir, se transforma en ley más allá del caso concreto. Es por ello que en la Argentina de estos últimos años la discusión acerca del alcance de la supremacía judicial adquiere un tono más relevante.

Si a la fuerza que cobró el control judicial de constitucionalidad en virtud de la expansión del efecto de las sentencias, se le agrega la mayor amplitud de la carta de derechos, y a todo esto se le suma el aumento de la legitimidad de la Corte, no debe sorprender entonces la magnitud de los actuales conflictos con el poder político. Este escenario es propicio para intervenciones judiciales en los asuntos políticos, acrecentando el poder de los jueces para decidir sobre el significado de la Constitución y establecer límites a los demás poderes del Estado.

Se han brindado muchos argumentos para justificar el rol de los jueces como intérpretes constitucionales privilegiados en desmedro de aquéllos con legitimidad democrática. Según una mirada, la autoridad judicial emana de la habilidad que tienen los jueces para arribar a una interpretación correcta de la Constitución, no a cualquier interpretación, ni siquiera a una razonable, sino a aquella que es correcta. Esta habilidad no surge de una especial capacidad moral del juez, sino de las limitaciones a su ejercicio de poder. La deferencia que se le debe a las decisiones de la Corte, incluso en aquellos casos en los que no se comparta su opinión -es decir, que no sea suficientemente persuasiva- se funda en las características particulares de su diseño que determinan su accionar. En primer lugar, a diferencia de los poderes estrictamente políticos, los jueces tienen la obligación de escuchar las quejas que podría preferir ignorar. Además, deben permitir que las partes en un caso expongan sus demandas en un tribunal público con argumentos razonados, e inquirir en las bases fácticas de las contenciones expuestas. Los jueces deben justificar sus decisiones en razones públicamente aceptables, y su función principal consiste en darle significado y expresión concreta a los valores públicos contenidos en la Carta Magna, es decir, su tarea no está de hecho circunscripta a resolver disputas particulares. Para esta mirada, en virtud de las características especiales del ejercicio jurisdiccional, los otros poderes del Estado, y las personas en general, le deben deferencia al accionar judicial.

Otra postura indica que cada poder del Estado tiene idéntica autoridad y responsabilidad para interpretar la Constitución en el ejercicio de sus funciones. Para esta postura, las interpretaciones de la Corte pueden ser persuasivas o adecuadas, pero ello no la inviste de una especial autoridad institucional para decir qué significa la Constitución. El Poder Judicial es uno más entre los poderes que intentan utilizar la Constitución de manera correcta; el Ejecutivo y el Legislativo, respectivamente, no están obligados a considerar la lectura constitucional de la Corte como si estuviera por encima del entendimiento constitucional de los otros poderes estatales, ni mucho menos como si dicha lectura representase la Constitución misma. Por ello, se ha cuestionado que al estar sustraídos de la legitimidad democrática los jueces decidan sobre cuestiones constitucionales de manera exclusiva y obligatoria para las autoridades democráticas y para la sociedad en general. Aquí se busca validar otra localización institucional de la autoridad para determinar el significado de la Constitución (ya sea la comunidad, la legislatura, el electorado, el poder ejecutivo) y se rechaza la exclusividad de los tribunales para determinar el significado final de la Constitución. Se cuestiona el desdén con el que cierta elite trata a las decisiones adoptadas por la mayoría democrática al preferir que jueces sin credenciales democráticas adopten dichas decisiones y se considera, en cambio, que la decisión

de la mayoría es no sólo una técnica admirable sino además un procedimiento respetuoso para asegurar en las circunstancias de la política una concertación. En virtud de lo expuesto, para esta mirada el derecho constitucional debería encontrar su legitimidad en la cultura constitucional de los actores no judiciales.

Podría pensarse que la principal diferencia entre ambas posturas es una cuestión de grado, es decir, del nivel de deferencia que se le rinde a los jueces o a las autoridades democráticas respectivamente. No obstante, la discusión acerca de la autoridad que tendrá la interpretación constitucional según la fuente de la que emane o, en otras palabras, la justificación que subyace a la deferencia asignada por cada una de estas posiciones, es una materia normativa, no sólo de la cantidad de poder que tienen los distintos actores, sean ellos judiciales, políticos o sociales. ¿Por qué es la democracia quien debe tener preeminencia -en el sentido de autoridad- para determinar el significado de la Constitución? ¿Por qué los jueces? La respuesta a estas preguntas dependerá de cómo se responda a la pregunta acerca de qué es la Constitución.

Si se cree que la Constitución encarna los valores más profundos de la Nación, que es central en la definición de nuestra identidad como sociedad y que además sirve de vehículo a través del cual estos valores son creados y cristalizados, entonces la supremacía judicial necesariamente generará resquemores ya que sería errado pensar que jueces que no fueron elegidos por el pueblo puedan tener semejante preeminencia. Asimismo, si se considera que la Constitución es algo mucho más modesto, es decir, que sólo establece la estructura básica de gobierno y sus reglas procesales, y que poco dice respecto de lo que deben hacer los gobiernos en virtud de que las decisiones de política pública deben adoptarse en ámbitos mucho más deliberativos, abiertos y representativos -sean el Congreso Nacional u otros más difusos e inespecíficos donde la opinión pública generalmente se forma, modifica e implementa-, entonces la supremacía judicial aparecerá como la consecuencia natural del hecho de que el mismo pueblo desee ser limitado en el futuro contra sus preferencias políticas presentes fuertes, pero de corto alcance. Aquí la supremacía judicial no se fundamenta en una mirada idealista y nostálgica sobre las capacidades de la judicatura, sino en la importancia de limitar el interés personal de los actores políticos, algo que se logra cuando se confiere a los jueces la facultad de revisión judicial de manera suprema.

La discusión teórica descripta está muy presente en las tensiones actuales entre los poderes Ejecutivo y Judicial. Ello se observa en las disputas sobre la integración del Consejo de la Magistratura, en el contrapunto suscitado a partir de la inauguración de las sesiones legislativas de 2015, y hasta en la postulación de un nuevo candidato para ocupar un asiento supremo.

La decisión en el fallo “Rizzo”, 2013, sobre la reforma al Consejo de la Magistratura marcó un momento de máxima tensión entre estos poderes estatales. La Corte declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 26.855, que establecía una nueva regulación del Consejo de la Magistratura, y del Decreto 577/13, que realizaba la convocatoria para la elección popular de los candidatos a consejeros. La discusión de fondo refirió al alcance del poder público que tienen las competencias de cada uno de los poderes del Estado. La Corte sostuvo que la norma es inconstitucional ya que: (a) rompe el equilibrio, al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario; (b) desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos; (c) compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, y (d) vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral.

Funcionarios políticos cercanos al gobierno criticaron la decisión en estos términos: “No nos vamos a detener; hay que seguir luchando hasta conseguir que sea la voluntad popular la que elija a los representantes en el Consejo de la Magistratura” (Aníbal Fernández, Senador FpV); “en el fallo subyace un triple desprecio: a la soberanía popular expresada por el voto universal, al Congreso de la Nación en sus facultades y a los partidos políticos en general, a los que descalifica colocándolos como condicionantes de la independencia judicial” (Marcelo Fuentes, Senador FpV). Ministros del gobierno se expresaron en el mismo sentido: “legítima la legalidad corporativa, dejando de lado la legitimidad popular” (Agustín Rossi, Ministro de Defensa); “si un estamento puede elegir a sus representantes sin la intermediación del voto popular, no es democracia sino aristocracia” y “la decisión es un escollo más en el desafío de democratizar el único Poder que el pueblo no tiene posibilidad de votar” (Julio Alak, Ministro de Justicia y Derechos Humanos). En la

misma línea también se manifestaron Gobernadores aliados al gobierno nacional: “viola la voluntad popular” porque suspende “una ley aprobada en ambas Cámaras” (José Alperovich, Tucumán); “con el fallo pierde la sociedad argentina en su conjunto” (Eduardo Fellner, Jujuy); es “un resabio del pasado” y advirtió que “en modo alguno quiere decir que vayamos a renunciar a seguir accionando desde la política para democratizar las instituciones del país” (Sergio Urribarri, Entre Ríos).⁵ El énfasis argumental de la protesta ante la decisión de la Corte estuvo puesto en su obturación de la expresión directa del pueblo como fuente de legitimidad de la institución.

Tal línea argumental también estuvo presente en la reacción de los funcionarios políticos ante la reciente decisión suprema respecto de la inconstitucionalidad de las listas de conjuces fundada en no haber sido aprobada por la mayoría de los dos tercios de los presentes que la Constitución exige para la selección de un juez del Máximo Tribunal (art. 99 inc. 4). Por ejemplo, Aníbal Fernández, actual Jefe de Gabinete, sostuvo que “el senado nunca actúa contra la Constitución”, desestimando de esta forma la decisión del tribunal supremo.

La renuncia del juez Raúl Eugenio Zaffaroni luego de cumplir 75 años puso de manifiesto la dificultad actual que reviste, en estas circunstancias, el nombramiento de un miembro de la Corte, dado que se trata de un proceso de importante relevancia política e institucional. En enero de este año, la Presidente propuso al Senado el pliego del abogado penalista Roberto Manuel Carlés, un candidato con dudosas credenciales para vestir el cargo de juez del máximo tribunal (inexperiencia, desconocimiento del derecho constitucional, y ausencia del requisito de ocho años de ejercicio profesional). Dado que el oficialismo no cuenta en la Cámara Alta con los dos tercios de los votos que exige la Constitución para aceptar al candidato promovido por el Poder Ejecutivo, difícilmente Carlés acceda a la Corte. A su vez, hoy no están dadas las condiciones políticas para que la oposición y el oficialismo negocien respecto de un candidato (final del mandato presidencial sumado a profundas diferencias respecto del modelo económico dificultan cualquier tipo de entendimiento). No obstante, el gobierno está intentando algunas alternativas para fortalecer su capacidad de negociación frente a la oposición con vistas a cubrir ésta o eventuales vacantes del tribunal supremo: por un lado, provocar la renuncia del juez Carlos Fayt ya sea a través de la presión mediática o el juicio político, y por el otro, ampliar por ley el número de miembros de la Corte de cinco a nueve, pero por ahora ninguna de estas alternativas tienen suficiente entidad como para prosperar.

En particular, la embestida contra Fayt por parte del gobierno en los medios de comunicación y en la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados prologa la pregunta acerca de si estas medidas producen una erosión social de la institución judicial, y en caso de que así sea, sobre su alcance. Tal vez sea aun prematuro aventurar una respuesta, pero es una cuestión que debería tener en cuenta cualquier análisis sobre el máximo tribunal.

Como hemos venido señalando en todo el texto, el problema que se presenta cuando la Corte gana autoridad y legitimidad es que también gana protagonismo como actor político de la democracia constitucional. Pensar que las decisiones de la Corte no impactan en lo político o que puede abstenerse de incidir en cuestiones políticas es ingenuo, por decir lo menos, más cuando el alcance de sus decisiones no se circunscribe al caso sobre el que falla. El Poder Ejecutivo, a pesar de que en los inicios de la era kirchnerista promovió su legitimación, hoy lo ve como un competidor que lo desafía. Cual Jefferson ante el caso Marbury, la Presidente teme el desboque de los jueces y que los lleve a gobernar por medio de sus sentencias, vetando a los poderes políticos. Por su parte, la Corte Suprema alega que ella no gobierna sino que aplica la Constitución. El corazón de la disputa se refiere entonces al significado atribuido a la Constitución. En gran parte, la amplitud de tal disputa depende de la medida con la que el Máximo Tribunal emplee su poder de control constitucional.

⁵ Declaraciones disponibles en internet y extraídas de distintos medios periodísticos.

III. A modo de cierre

Este trabajo trata sobre la construcción de la Corte Suprema como un actor político legitimado. Por ser la cabeza del Poder Judicial, le imprime una forma de actuar, una visión global a dicho poder. Pero ello no implica que necesariamente se discipline a los jueces de los tribunales inferiores de los distintos fueros (penal, civil, laboral, etc.). Por el contrario, estos jueces representan los intereses más variados, imposibles de sintetizar aquí. Asimismo, fuera de este análisis ha quedado la relación entre la Corte y otros actores como el parlamento, los medios de comunicación, organismos internacionales, y la sociedad civil en general. En particular se destaca la relación con los medios de comunicación, que en los últimos años ha cobrado una impronta inusitada. Ello en parte se debe a los conflictos que existen entre el partido gobernante y los medios hegemónicos de comunicación, donde la cobertura del quehacer de la Corte la beneficia o perjudica según el medio que informa y su relación con los protagonistas de esos conflictos.

El máximo tribunal ha sido receptivo a los vientos de cambio instaurados por la reforma constitucional y a la voluntad del gobierno instalado en 2003 para sanear la institución. Procuró principalmente conferirle renovada legitimidad a su trabajo, a sus decisiones, lo cual fue realizado tanto en términos procedimentales como sustantivos. De esta forma, ha ido construyendo y afirmando su credibilidad ante la ciudadanía y los otros poderes del Estado siendo capaz de revertir el desprestigio en el que se había hundido la Corte que la antecedió. El máximo tribunal, en su última conformación, ha sido muy consciente de que la confianza del pueblo en la rama judicial sólo se obtiene y sostiene si sus jueces ejercen sus funciones con moderación y prudencia, comprometiéndose e involucrándose en un diálogo constructivo sobre el significado de la Constitución Nacional con el resto de los actores políticos, no sólo con los poderes políticos formales, sino más ampliamente con el público en general. Tanto la predictibilidad jurisprudencial, en definitiva ideológica de la Corte, la sustancia razonada de sus sentencias y el entendimiento del lugar privilegiado que tiene en el proceso colectivo de interpretar la Constitución, son los factores principales que han contribuido a la aceptación pública de su actuación.

El mecanismo implementado para nombrar a sus miembros, el prestigio de sus integrantes, las medidas adoptadas a fin de volver sus fallos más públicos, transparentes, accesibles y participativos, el control que la sociedad civil ejerce sobre la Corte, sumado a las sentencias que le exigen a los otros poderes del Estado el efectivo respeto por los derechos humanos, sumado a la implementación de audiencias públicas con la participación de las partes del litigio y de expertos en el tema, conforman las distintas acciones encaradas por la Corte con el fin de afianzarse en la democracia constitucional Argentina como un actor político relevante.

La cercanía de lo que pareciera ser el fin de un ciclo político y el caso de la muerte del fiscal Alberto Nisman y la movilización detrás de ella de la “familia judicial”, producen las condiciones ideales para animar a un sector poderoso del poder judicial a desafiar abiertamente a los poderes políticos. Algunos estudios políticos han demostrado que la percepción de un Poder Ejecutivo débil, tanto por la pérdida de apoyo político como por la finalización de un mandato sin posibilidades de reelección, suele generar un mayor activismo judicial. Esa debilidad política suele envalentonar a los jueces, quienes se sienten más a sus anchas para arremeter contra el gobierno y sus políticas públicas y demostrar así su independencia del poder político ante los candidatos presidenciales. Es de esperar que en este año electoral la Corte Suprema esté a la altura de las circunstancias y que traiga medida a una disputa que sólo pareciera magnificarse día a día.

La conservación de cierto equilibrio entre los poderes del Estado depende en definitiva de que la Corte Suprema realice su trabajo de forma mesurada, reconociendo la importancia que tiene su trabajo en la demarcación de los contornos de la democracia constitucional. Esto es lo que Bickel llama el “correcto ejercicio de prudencia política” como la estrategia necesaria a fin de que las decisiones judiciales se alcen con la aceptación popular. Asimismo, tal equilibrio interpodereces requiere que los poderes políticos no caigan en un mayoritarismo despótico sino que acepten que el Poder Judicial es otro actor importante en el proceso de interpretar los límites impuestos por el poder constituyente con el objeto de proteger a las minorías. De ahí que sea fundamental la construcción de su legitimidad para que su trabajo tenga aceptación y reconocimiento social y político. Los límites de la democracia constitucional sólo pueden provenir de allí.