

LA CORTE SUPREMA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

*Comunicación del académico de número Juan Vicente Sola,
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 12 de agosto de 2020*

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

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas
Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049 (1014)

Buenos Aires - República Argentina

www.ancmyp.org.ar

ancmyp@ancmyp.org.ar

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2019 / 2020**

Presidente..... Académica Lic. Marita CARBALLO
Vicepresidente .. Académico Dr. Horacio JAUNARENA
Secretario Académico Dr. Santiago KOVADLOFF
Tesorero Académico Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI
Prosecretario . . . Académico Ing. Manuel A. SOLANET
Protesorero.... Académico Dr. Ricardo LÓPEZ MURPHY

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE.....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA.....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA.....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI.....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN.....	22-04-87	Juan B. Justo
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ.....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO.....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría

Dr. Alberto DALLA VÍA.....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA.....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET.....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO.....	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ.....	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF.....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT.....	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE.....	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. Marita CARBALLO.....	26-10-11	Roque Sáenz
Peña Dr. Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO	12-12-12	José de San Martín
Monseñor Héctor AGUER.....	10-09-14	Ángel Gallardo
Dr. Horacio JAUNARENA.....	10-09-14	Mariano Moreno
Dr. Luis Alberto ROMERO	10-09-14	Nicolás Avellaneda
Dr. Marcos AGUINIS	24-08-16	Benjamín Gorostiaga
Dr. Ricardo LÓPEZ MURPHY	24-08-16	Miguel de Andrea
Dr. Carlos ROSENKRANTZ.....	09-10-19	Manuel Belgrano
Lic. María SAÉNZ QUESADA.....	09-10-19	Justo José de Urquiza
Dr. Julián A. DE DIEGO.....	09-10-19	José María Paz

LA CORTE SUPREMA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Por el académico DR. JUAN VICENTE SOLA

La política en la Justicia

¿Cuándo es legítima la influencia de la política en la Justicia? Recuerdo la expresión de Antonin Scalia que afirmaba que la principal función de la Corte Suprema es mantener la división de poderes, sin ella las garantías constitucionales son ilusorias.¹ La función política de la Corte Suprema es mantener la división de poderes y los frenos y contrapesos entre los tres poderes y el mérito principal de sus integrantes es la independencia.²

La Argentina de 1862. Sarmiento y la Tisana

*Abstraído
En su larga visión como en un mágico
Cristal que a un tiempo encierra las tres caras
Del tiempo que es después, antes, ahora,
Sarmiento el soñador sigue soñándonos.*

Borges. El otro, el mismo. (1964)

¹ En una conferencia en la Facultad de Derecho de Buenos Aires organizada por el Departamento de Derecho Público que tenía en honor de dirigir.

² Aunque parezca redundante es conveniente insistir en la existencia de tres ramas en el Gobierno federal, no existen órganos “extrapoder”.

La sociedad requería de normas para la interacción de las personas.

Domingo Faustino Sarmiento señaló, por primera vez, el funcionamiento de la división de poderes, los frenos y contrapesos, pero fundamentalmente creó la constitución moderna a través del control judicial de constitucionalidad. Además, fue el pionero en marcar la importancia de “las instrucciones” para cumplir la Constitución con referencia directa a los fallos de la Corte Suprema y a seguir el ejemplo de la de Estados Unidos.

El cumplimiento del contrato constitucional requería de dos elementos fundacionales: el primero se centra en la necesidad de un intérprete de la Constitución contrato, es decir, la Corte Suprema, lo que ahora llamamos su estructura de gobierno, y, el segundo, en la institución presidencial como baluarte de la autoridad republicana.

La idea de Sarmiento es innovadora porque el progreso se obtiene con instituciones y no con políticas. Cree en la Constitución como proceso y no como una idea o programa político.

La constitución vendría a ser, pues, para nuestros males, lo que aquellas tisanas: traen la instrucción para enseñar la manera de usarlas envolviendo el frasco que las contiene.

Como la Constitución no indicaba el número de integrantes de la Corte Suprema, se sancionó la ley de organización de la justicia federal N° 27 cuyo sexto artículo disponía que la Corte Suprema de Justicia estaría integrada por cinco jueces y un procurador general. El Presidente Mitre propuso a Valentín Alsina, un adversario político, como presidente, que no aceptó y prefirió continuar como Senador Nacional. Lo que supone que no esperaba que el nuevo tribunal tuviera una gran relevancia institucional. La Corte Suprema se instaló el 15 de enero de 1863 y Francisco de las Carreras fue su primer presidente. Cabe señalar que funcionó con cuatro jueces hasta junio de 1865, cuando Mitre designó a José Benjamín Gorostiaga en la vacante dejada por Alsina.

El valor de los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue reconocido tempranamente por la local. En el

caso, l caso Lino de la Torre s/ Recurso de Hábeas Corpus. (Fallos 19:231).

Buenos Aires, Agosto 21 de 1877.

...ésta es toda la cuestión, muy delicada ciertamente y de mucha importancia; pero no muy difícil de resolver, a la luz de las buenas doctrinas.

El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares. ¿Qué sucede, pues, en la República que nos ha servido de modelo,..?

Este fallo es de particular importancia porque está firmado por José Benjamín Gorostiaga, autor de la Constitución de 1853. En la disidencia, Saturnino Laspiur también hace un análisis de los precedentes norteamericanos.

Publicación y autoridad de los precedentes

*Las decisiones de la Suprema Corte que, tanto por los principios primordiales de todo gobierno cuanto por los fundamentos propios del sistema, tienen aunque no sin graves inconvenientes, el carácter y toda la autoridad de la ley obligatoria para todos los Estados y todos los individuos, es preciso que sean conocidas del pueblo.*³

³ Prefacio de los Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional con relación hecha de sus respectivas causas. Primera entrega. Buenos Aires. Pablo Coni. 1864.

En sus inicios, la Corte Suprema no consolidaba su función de tribunal constitucional y tenía momentos dramáticos como en el caso *Criminal c/ Autores, cómplices de la muerte dada al Diputado Nacional, García, Pedro*. T. 75 , P. 335 diputado nacional de Santiago del Estero asesinado por la policía en su casa. La Corte con disidencia de Luis V. Varela considera que el tema era de jurisdicción provincial y no interviene.

La presidencia de Antonio Bermejo en 1904 es probablemente el momento en que la Corte asume plenamente su función constitucional. En junio de 1903, se lo designa como juez de la Corte Suprema, cargo que desempeñaría hasta octubre de 1929. El abogado llegó a la Corte desde el mitrismo y como consecuencia del pacto entre el Presidente Roca y el General Mitre, que trajo, como consecuencia, la división final de la Unión Cívica. Con anterioridad, había desempeñado dos veces el cargo de diputado nacional, candidato a gobernador y ministro de justicia e instrucción pública en el gabinete de José Evaristo Uriburu. Combatió en la guerra civil de 1890 con el grado de capitán en los batallones del gobernador Carlos Tejedor. También, peleó en la revolución de 1890. Este período recibió el nombre de la “Corte histórica”.

Antonio Bermejo era porteño, fue Capitán en las tropas opuestas a la federalización de la Ciudad durante la breve guerra civil de 1880, peleó en el Puente de Barracas donde se lanzó en un ataque al puente con el batallón a su mando en una dirección que sería calificada de heroica por Tejedor.

En 1890, participó de la Revolución y, más tarde, fue ministro en 1893.

El golpe de estado de 1930

La Corte Suprema estuvo asociada mediante una acordada a la trágica situación del golpe de estado de 1930 y sus consecuencias

trajeron repercusiones en el juicio político de 1947. Participaron de la acordada en respuesta al informe de la asunción de un “gobierno provisional”: Figueroa Alcorta, Roberto Repetto, Ricardo Guido Lavalle y Antonio Sagarna e incluso el procurador de la nación Horacio Rodríguez Larreta. La misma afirma:

“el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país es, pues, un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y seguridad social”.

Sorprende, en la lectura de esta acordada, la utilización de la doctrina de los funcionarios de facto creada para justificar la vigencia de las decisiones de funcionarios con alguna limitación u error en su designación, pero cuyos efectos en beneficio de los administrados eran válidos. Su argumentación carece de entidad ya que lo hace en lugar de utilizar la tradicional doctrina de las cuestiones políticas a la que no puede referirse. De este modo, reduce la Constitución a la calidad de reglamento administrativo.

El quinto párrafo sólo tendría sentido si hubiera habido instancia de parte en un caso concreto, pero no es el caso. Se trata entonces de una mera opinión de la Corte en la que no actúa como tribunal sino como órgano de justificación política, contra toda su tradición doctrinaria.

En el párrafo siguiente, la Corte establece los límites del gobierno militar trascendiendo los puntos de justificación anteriores. La imposición de estos límites está basada en una teoría constitucional inaplicable y fuera del ámbito de las competencias de la Corte.

“6: Ello no obstante, si normalizada la situación del desenvolvimiento de la acción del gobierno de facto, los funcionarios que los integran desconocieran las garantías individuales o las de la propiedad u otras que las aseguradas por la Constitución Nacional, la administración de justicia encargada de hacer cumplir ésta, la restablecería en las mismas condiciones y con

el mismo alcance que lo habría hecho con el poder ejecutivo de derecho.”

Esta fue la primera afirmación de que continuaría ejerciendo su poder tribunal que, de todos modos, no había sido cuestionado, aunque con alguna limitación con respecto a “las garantías individuales o las de la propiedad u otras que las aseguradas por la Constitución Nacional”.

“(…) y esta última conclusión, impuesta por la propia organización del poder judicial, se halla confirmada en el caso por las declaraciones del gobierno provisional, que al asumir el cargo se ha apresurado en prestar juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional y las leyes fundamentales de la nación, decisión que comporta la consecuencia de hallarse dispuesto a prestar el auxilio de la fuerza de que dispone para obtener el cumplimiento de las sentencias judiciales”.

En esta acordada, la Corte Suprema tiene palabras justificadoras del golpe de estado y ha salido de sus competencias habituales para utilizar un discurso jurídico legitimando así de algún modo al gobierno. Allí es cuando toma la palabra del gobierno establecido para ejecutar sus sentencias. Podemos preguntarnos qué hubiera sucedido si se quedaba en silencio o si hubiera renunciado ante la destrucción de la Constitución.

Este reconocimiento tuvo como consecuencia aceptar los delitos de las fuerzas sublevadas, convalidó el fusilamiento de un anarquista en manos de un bando militar el 9 de septiembre de 1930 y, más tarde, la detención de dirigentes radicales como el Dr. Carlos Noel y el Dr. José Tamborini que fueron acusados de rebelión, liberados por decisión judicial y vueltos a detener por decisión presidencial.⁴

⁴ El Dr. Carlos Noel había sido Intendente de la Ciudad de Buenos Aires y más tarde sería Presidente de la Cámara de Diputados. El Dr. José Tamborini sería Senador y luego Candidato a Presidente de la Nación en 1946.

La prohibición de la fórmula Alvear–Güemes

La fractura constitucional se profundizó a partir de la prohibición de la fórmula radical Marcelo T de Alvear-Adolfo Güemes, para las elecciones de 1931. El gobierno, mediante el decreto del 6 de octubre de 1931, estableció la inhabilitación de los candidatos comenzando un largo período de fraude electoral.

El caso Alvear

En la anterior causa, se trató el caso de un futuro candidato a Presidente como Tamborini. Pero en la causa Regina Pacini de Alvear s./recurso de habeas corpus a favor del Dr. Marcelo T. de Alvear a quien se le había exigido cuando ejerció su derecho de opción no residir en países limítrofes, la Corte dijo: “dicha facultad de opción no es sin embargo absoluta a su ejercicio y dada la finalidad perseguida por el precepto constitucional, el Poder Ejecutivo tiene derecho a exigir al detenido trasladado el compromiso de no residir en determinados países limítrofes o de conducirlo por el mismo a otros cuando creen que existen graves motivos para proceder así”. (Fallos 167:273). Esta causa es en todo sugerente: un ex presidente de un gobierno democrático detenido por su ex ministro de guerra, el entonces Coronel Justo. Además, le impone una limitación notoriamente inconstitucional como es la de no poder residir en países limítrofes. Alvear reside finalmente en Francia.

El fraude electoral

La abstención dispuesta por el Radicalismo tenía consecuencias jurídicas ya que muchos ciudadanos se negaban a votar ignorando la obligatoriedad del mismo. En el caso Héctor Darío Esquivel fallado el 17 de Mayo de 1933 Fallos 168:134, el acusado de no haber votado esgrimía que se trataba de un voto inconstitucional. La Corte confirmó la condena con argumentos que llegan al cinismo, “*Que siendo la primer obligación del gobierno, la*

de velar por ella, fuerza reconocer que la facultad de compeler a los ciudadanos a ejercicio del voto, sea este derecho, deber o función política, es inherente a la esencia de aquél, toda vez que así lo exige la vida misma de la república, cuya desaparición es inconcebible, por el abandono de sus propios hijos”.

La justificación del golpe de estado.

En 1935, en la causa del Doctor Alfredo Avellaneda Huergo, el Tribunal justificó nuevamente el golpe de estado del 6 de septiembre de 1930. Y dio una interpretación más precisa sobre la extensión de su acordada del 10 de septiembre de 1930.

El accionante había reclamado el cobro de los sueldos que le correspondían desde que había sido separado de su cargo como juez durante la dictadura del General Uriburu hasta cuando el Senado de la Nación había prestado el acuerdo al funcionario que lo había reemplazado.

La pretensión fue desestimada en la apelación y la Corte lo confirmó diciendo *“Cuando esta Corte Suprema, en acuerdo del 10 de septiembre de 1930, reconoció al gobierno de hecho surgido de la Revolución mencionada en el exhorto... reconoció naturalmente los actos políticos y administrativos que ese Gobierno de la Nación había realizado como necesarios a los fines del movimiento revolucionario que los precedía; los actos realizados y los que continuara realizando... en el desenvolvimiento de su programa involucraban la cesantía de los miembros del ejecutivo y del legislativo nacional en su totalidad, de algunos magistrados y funcionarios inamovibles normalmente, y de gobiernos de provincia en su totalidad parcialmente. Que no habría consecuencia de doctrina sostener que el gobierno provisional pudo destituir al Presidente y Vice de la Nación, a los diputados y Senadores del Congreso –todos inamovibles durante su mandato, salvo el juicio político o el desafuero- y que tal medida debiera ser descalificada tratándose de jueces... Fallos 172:365.*

El caso del general Severo Toranzo

La Corte falló en contra de la reivindicación que pretendía el General Severo Toranzo Cabe destacar que el General Toranzo había tenido una activa participación durante el gobierno de Hipólito Irigoyen y, luego, durante los gobiernos que se sucedieron, se desarrolló como opositor, por lo cual tuvo graves sanciones. El General sostuvo que podía ser protegido por la amnistía que había dictado el Congreso, pero la Corte rechazó la pretensión.

3° La amnistía acordada por la ley 11.626 es amplia; comprende a todos los que hubieran cometido delitos políticos y militares conexos con aquellos, sin más salvedad que los delitos comunes, por lo que no puede sostenerse una excepción relativa a los emolumentos correspondientes a un militar, en base a que fue dado de baja por su rebeldía o contumacia en el proceso que con anterioridad a la ley se le seguía por delitos políticos militares" caso Severo Toranzo c/ Gobierno de la Nación sentencia del 8 de septiembre de 1937 Fallos 178:377.

Establecimiento del voto cantado en la Provincia de Buenos Aires

La Provincia de Buenos Aires establecía que en las elecciones provinciales podía optarse por el voto cantado o por el voto secreto. Esto naturalmente establecía una presión extremadamente fuerte sobre empleados públicos o sobre personas que pudieran ser vulnerables a la presión política. Era parte de la estrategia notoriamente fraudulenta del Gobernador Manuel Fresco. El Gobernador llevó el ejemplo votando en forma ostensible en las elecciones que se habían realizado recientemente y fue demandado por el legislador socialista constitucionalista Carlos Sánchez Viamonte en la causa Sánchez Viamonte, Carlos c/ Fresco, Manuel s/ infracción a la ley de elecciones nacionales fallo del 22 de marzo de 1939 Fallos 183:176

4° la ley de elecciones nacionales 8.871 no prohíbe a los gobernadores de provincia hacer propaganda política a favor de

una agrupación política, ni inducir a los empleados de la administración adherirse a determinado partido o candidatura.”

El nazismo

Un ejemplo de la limitación de la libertad de expresión es la detención de personas que habían estado repartiendo volantes por la calle Florida que decían "expulsemos a Von Therman", en contra del embajador alemán. En aquella época, la Argentina estaba inmersa en un conflicto internacional y mantenía relaciones con la Alemania nazi. En el caso Pérez, Antonio y otros Fallos 192:83 se dijo que la *reglamentación de derechos individuales por edictos de policía que se concretan a encauzar el ejercicio de aquellos referidos a los derechos individuales dentro de límites razonables -como lo es en el caso, en el caso la que prohíbe que mediante el ejercicio del derecho de reunión se menoscabe la investidura de los representantes extranjeros acreditados ante nuestro gobierno- sin suprimir ni menoscabar las garantías aseguradas por la Constitución Nacional, no es susceptible de reparo constitucional".* La libertad de expresión era fuertemente limitada.

La Corte de Bermejo y la Corte de Repetto

Se puede hacer paralelo entre la Corte de Bermejo y la de Repetto. La primera estaba formada por hombres con formación política democrática, el mismo Bermejo había participado en la revolución democrática del 90. Su formación es principista por lo que sus fallos conservan actualidad. La segunda se distingue por su técnica pero es temerosa y sumisa del poder político. Hay quienes la respetan como Julio Oyhanarte⁵, por aceptar el intervencionismo conservador que serviría de base para justificar intervencionismos económicos posteriores.

⁵ Julio Oyhanarte fue designado Ministro de la Corte Suprema por el Presidente Frondizi, ver Historia del Poder Judicial, en Revista Todo es Historia, N° 61 de 1972.

El golpe de estado de 1943

El 4 de junio de 1943, ocurre un nuevo golpe de estado, situación a la que la Corte Suprema se enfrenta nuevamente. Esta vez, reitera la doctrina del 10 de septiembre de 1930 remitiéndole la comunicación que hace el nuevo Poder Ejecutivo, una acordada que altera estrictamente “aquella acordada de 1930”. Probablemente, lo hizo con mucho menos agrado que la que tuvo la Corte de aquella otra oportunidad.

La relación del máximo tribunal con el nuevo gobierno de facto no tuvo las simpatías que tuvo con el gobierno anterior y esto se expresa con en un conocido fallo en el que se establecen límites al gobierno de facto, *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Carlos Mayer del 2 de abril de 1945 Fallos, 201:266*

“Que la vigencia de la constitución y la continuación del poder judicial de orden constitucional son hechos fecundos en consecuencias, que no pueden ser perdidos de vista, y de una importancia fundamental y decisiva para resolver las cuestiones de la naturaleza de las planteadas en este juicio. Es indudable que el gobierno de hecho tiene todas las facultades que el poder ejecutivo constitucional le otorga la constitución nacional... Es indudable también que no puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el reconocimiento de las causas pendientes o restablecer las fenecidas. La prohibición del artículo 95 de la Constitución Nacional tiene todo su vigor. Lo contrario sería concederlo al gobierno de hecho facultades extraordinarias y los que lo consintieran incurrirían en el anatema del artículo 29 de la Constitución.

El juicio político a la Corte Suprema en 1947

A pesar de la autolimitación de la Corte Suprema en el control sobre los poderes políticos a partir de 1930, después del golpe de 1943, hubo un cambio de estrategia de los poderes políticos para evitar el control judicial del Tribunal: la destitución de sus integrantes o la ampliación del número de jueces. Con ello se

destruyó la función de la Corte como estructura de gobierno del contrato social.

El juicio político a los principales jueces de la Corte Suprema y al Procurador General en 1947 significó la fractura de la independencia judicial en nuestro país, del cual no nos hemos recuperado plenamente.

Cuando el 30 de abril de 1947, el Senado votó la destitución de los Dres. Antonio Sagarna, Benito Nazar Anchorena, Francisco Ramos Mejía y del Procurador General de la Nación Dr. Juan Álvarez, se inicia un período de debilidad del Poder Judicial y de sumisión frente al nuevo gobierno. El entonces Presidente de la Corte Dr. Roberto Repetto que había renunciado por razones de salud el 24 de abril de 1946, no podía ser destituido ya que no formaba parte del Tribunal, y el Dr. Tomas Casares, designado luego del golpe de 1943 y con ostensibles simpatías con el gobierno, no fue incluido.

Tenemos testimonios de ese juicio político y de las falencias al debido proceso que lo transformaron en escandaloso.⁶

Fueron designados luego de la destitución, Justo. L. Álvarez Rodríguez –cuñado de Evita, fallecido en 1949 y reemplazado por Atilio Pessagno, Felipe Perez un político tucumano, Luis Longhi que sería presidente entre 3 de octubre de 1949 a comienzos de junio de 1952 y Rodolfo Valenzuela que había sido presidente de la Confederación argentina de deportes y que sería presidente de la Corte (desde junio de 1952). Esta Corte se alineó políticamente con el gobierno; cuatro de sus integrantes fueron convencionales constituyentes en 1949 para lo cual integraron las listas del Partido Peronista, inauguraron un busto del general Perón en el Patio de Honor en el lugar donde actualmente hay uno del General San Martín, adhirieron al Plan Quinquenal. Basta recordar que el Congreso llegó a declarar por ley a la doctrina peronista como

⁶ Ver Alfredo L. Palacios El defensor de Antonio Sagarna, en *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado. Buenos Aires : Editorial Jus, 1947*. Mariano J. Drago defensor del Dr. D. Benito A. Nazar Anchorena, en *El juicio político como instrumento de opresión: Memorial presentado al H. Senado de la Nación, constituido en tribunal. Buenos Aires B.U. Chiesino, 1946*

Doctrina Nacional según expresa el art. 3 de la ley 14184 del 2º Plan Quinquenal.

El estado de guerra interno

Debe recordarse que la reforma constitucional de 1949 puso en comisión a todos los jueces federales que requirieron un nuevo nombramiento para continuar ejerciendo sus cargos.

La ley 13.234, que especificaba la organización de la Nación en tiempos de guerra, junto con varios decretos reglamentarios permitieron “militarizar” a empleados ferroviarios con el fin de impedir sus reclamos obreros. En una oportunidad, se discutió una cuestión de competencia. La Corte negó la intervención militar ya que se aplicaba retroactivamente un decreto que sometía a los obreros a consejos de guerra militares, pero consideró en un obiter dicta que los decretos del ejecutivo podían establecer jurisdicción militar especial para juzgar a civiles. En el caso José Bassi, en Fallos, 222:63.

En el Caso “Attías” (Fallos, 223:206, 1952), se admite la validez de la declaración del estado de guerra interno efectuado por el gobierno y la suspensión del hábeas corpus. Alberto Attias fue detenido a disposición del Poder Ejecutivo en virtud de aquel decreto de estado de guerra interno. Opuso un habeas corpus e impugnó por inconstitucional la ley que aprobó el estado de guerra interno. La mayoría de la Corte entendió que la declaración del estado de guerra, aún en el orden interno, era acto político y privativo de los poderes políticos y declaró la constitucionalidad de la ley y el rechazo del habeas corpus. Casares lo equiparó con el estado de sitio, incluso con idénticas consecuencias.

Debe señalarse que la Constitución de 1949 tuvo muy poca vigencia ya que rigió el estado de guerra interna que suspendía sus garantías. El decreto del 28 de septiembre de 1951 declaró el estado de guerra interno convalidado por ley del Congreso que rigió hasta el fin del gobierno en 1955.

El caso Balbín

El escandaloso Caso “Balbín” (Fallos, 217:122, 1950), donde se admitió que un legislador fuera juzgado por otros hechos además de los motivaron su desafuero. El Dr. Ricardo Balbín fue procesado por desacato al Presidente de la Nación y estuvo preso 18 meses.

La comisión Visca y la clausura de periódicos

En el caso “San Miguel” (Fallos, 216:607, 1950), se admitió la legitimidad de la clausura de un periódico por una comisión legislativa invocando una causa de menor importancia. La comisión presidida por el diputado Visca clausuraba periódicos si no incluían en la fecha diaria la mención “Año del Libertador General San Martín”.

Alfredo Orgaz Presidente de la Corte

En 1955, se destituyó a la Corte Suprema y al Procurador General, designándose en su reemplazo a los Dres. Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañarás, Enrique V. Galli, Carlos Herrera y Jorge Vera Vallejo, y al Dr. Sebastián Soler como Procurador General. Con esta integración la Corte inició un período de vigencia de las garantías constitucionales, con precedentes que cambiarían nuestra visión del derecho constitucional.

Dos de los casos más importantes y de mayor influencia en la historia constitucional de la Corte Suprema fueron dictados en este periodo: En primer lugar, al caso “Ángel Siri” del 27 de diciembre de 1957 (Fallos: 239:459), en el cual un político peronista que había sido senador en la Provincia de Buenos Aires interpuso un habeas corpus para obtener la apertura de su diario Democracia que estaba clausurado. La Corte, por el voto de los Dres. Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso (este último nombrado en 1956 por

renuncia del Dr. Vera Vallejo), sostuvo que "... las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias" y creó la acción de amparo como garantía constitucional para los derechos diferentes a la libertad física y de locomoción. En segundo lugar, el caso "Kot, Samuel SRL s-recurso de habeas corpus" del 5 de septiembre de 1958 (Fallos: 241:291), donde la Corte hizo lugar a un amparo contra actos de particulares. Estos dos fallos introdujeron una acción de amparo en el derecho argentino, sin norma legal expresa que lo consagrara. Aunque posteriormente en 1969 se dictó un decreto ley con el objetivo de limitar sus efectos, se consolidó definitivamente con la reforma constitucional de 1994 en el art. 43.

En 1957, el caso MOUVIEL, RAUL OSCAR Y OTROS, en el que se estableció la inconstitucionalidad de los edictos policiales y la necesidad de la obligatoriedad de una ley para imponer una sanción, con un dictamen del Procurador General Sebastián Soler.

Las Cortes presididas por Villegas Basavilbaso y Araoz de Lamadrid

El presidente Arturo Frondizi designó en 1958 a Aristóbulo Araoz de Lamadrid, que fue elegido Presidente en 1964, a Julio Oyhanarte y a Luis María Boffi Boggero.

En el caso "Antonio Sofía", del año 1959 (Fallos: 243:504) se admitió el control judicial de las medidas que adopte el Poder Ejecutivo en cumplimiento de la declaración del estado de sitio.

La ampliación de la Corte Suprema

En los primeros días de febrero de 1960, el Congreso aprobó, mediante la ley 15.271, elevar a siete el número de integrantes de la Corte y la autorizó a dividirse en salas conforme con el reglamento

que debería dictar. La división en salas es inconstitucional ya que quebraría a la Corte Suprema como tribunal único según establece el actual art. 116 de la Constitución y nunca fue aplicado. Sí, en cambio la ampliación, según el decreto N° 1466 del 8 de febrero de 1960 en el que Frondizi propuso y el Senado aprobó a Pedro Aberastury y Ricardo Colombres. El decreto 1570 del 10 de febrero ratificó las designaciones. El 3 de octubre designó a Esteban Ymaz que había sido por muchos años secretario del Tribunal. Todos fueron expulsados por el golpe militar de junio de 1966. En el caso del Ministro Ricardo Colombres, fue nombrado por el presidente Raúl Alfonsín en 1983 miembro de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y participó en el informe "Nunca más".

El presidente Illia designó como ministros de la Corte Suprema a Carlos Juan Zavala Rodríguez, distinguido comercialista que integraba la Cámara de Apelaciones en 1964, y a Amílcar Mercader, que había sido Procurador del Tesoro en 1965.

1983. Genaro Carrió Presidente de la Corte Suprema

El 10 de diciembre de 1983, asumió el gobierno elegido por el voto popular, restaurándose así la vigencia plena de la Constitución Nacional. Los jueces que habían integrado la Corte Suprema en el proceso anterior presentaron sus renunciaciones. Raúl Alfonsín designó como presidente al Dr. Genaro R. Carrió, quien, a su vez, era docente universitario, publicista, especialista en Filosofía del Derecho y abogado de larga y reconocida carrera. Los demás jueces así designados -Dres. José Severo Caballero, Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio y Enrique S. Petracchi- tenían importantes antecedentes en la docencia universitaria, en la investigación jurídica, y también en el Poder Judicial.⁷

En el caso "Ponzetti de Balbín" (Fallos: 306:1892), del año 1984, se estableció que "el derecho a la privacidad e intimidad encuentra

⁷ En palabras de Fernando Barrancos y Vedia.

fundamento constitucional en el artículo 19 de la Constitución Nacional", y en el caso "Juan Bautista Sejean" del año 1986 (Fallos: 308:2268), se declaró la inconstitucionalidad del artículo 64 y normas concordantes de la ley 2393 de matrimonio civil, *"en cuanto privan a los divorciados de la posibilidad de recuperar su aptitud nupcial"*.

La ampliación de miembros de la Corte en 1989

En julio de 1989, asumió la Presidencia de la Nación Carlos Saúl Menem y se planteó inmediatamente el debate de la ampliación de los integrantes de la Corte Suprema de cinco a nueve. El motivo era permitir al nuevo Presidente la designación de integrantes del tribunal.

Mediante la Acordada N° 44, del 22 de septiembre de 1989, por la cual la Corte Suprema expresó su rechazo a la idea de aumentar el número de sus miembros, aceptando, en cambio la jurisdicción discrecional a través de la introducción del writ de certiorari. El 5 de abril de 1990, se sancionó la ley 23.774, que dispuso aumentar a nueve los miembros y modificó los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial, estableciendo la jurisdicción discrecional del Alto Tribunal, con la introducción del Writ of Certiorari en nuestro país. Esta situación llevó a la renuncia de uno de los jueces más distinguidos el Dr. Jorge Bacqué, justo el mismo día en que se publicó en el Boletín Oficial. Más tarde, José Servero Caballero siguió sus pasos. Con dos vacantes más el aumento de miembros, el gobierno tuvo la oportunidad de designar a seis nuevos jueces y de manejar la Corte Suprema a su gusto. Dentro de las consecuencias que trajo aparejadas, se pueden destacar dos intentos de juicio político de sus integrantes: el primero fracasó, pero el segundo tuvo éxito y significó un cambio en la integración del tribunal.

Cabe recordar que en el año 1993 presentaron sus renuncias los jueces Rodolfo Barra y Mariano Cavagna Martínez, como resultado de negociaciones políticas para obtener el acuerdo que

llevaría a la reforma de la Constitución Nacional que se realizaría en 1994. Ocuparían esos lugares Guillermo Lopez y Gustavo Bossert.

En este período, aparecen decisiones judiciales de oportunismo político. “Dromi”⁸, “Chaco”⁹, “Peralta”¹⁰, “Guadalupe Hernández”¹¹, “Cocchia”¹², “Chocobar”¹³, “Gauna”¹⁴, “Monges, Analía”¹⁵, “Rodríguez, Jorge”¹⁶, la desaparición de la sentencia en “Banco Patagónico”¹⁷ entre los años 1990 y 2003.

¿Cuántos integrantes debe tener la Corte Suprema?

Nuevamente el caso de EEUU cuando luego de la guerra civil se aumentan el número de jueces de 5 a 9 en 1869, porque algunos de sus miembros eran condescendientes con +la esclavitud. Sin embargo, durante la crisis económica de los años 30 se considera la necesidad de la Corte Suprema acompañe la política intervencionista del New Deal.

El Presidente Roosevelt estaba en la cima del poder, contaba con mayorías que superaban los 2/3 en el Senado y la Cámara de

⁸ Fallos 313:867.

⁹ Fallos 321:3236.

¹⁰ Fallos 313:1513.

¹¹ Fallos 322:1988.

¹² Fallos 316:2624.

¹³ Fallos 319:3241.

¹⁴ Fallos 320:875.

¹⁵ Fallos 319:3148, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, López y Boggiano, considerandos n° 20 y 21.

¹⁶ Fallos 320:2879.

¹⁷ Fallos 316:2321.

representantes y tenía una popularidad confirmada en su reelección el año anterior. Sólo un obstáculo aparecía en su horizonte político: la Corte Suprema, que había declarado inconstitucional algunas de las normas del *New Deal*. Por ese motivo, propuso, en 1937, una ley para autorizarlo a nombrar un juez adicional en la Corte Suprema por cada miembro que superara la edad de 70 años. La propuesta fue rechazada por un voto de 70 a 20 en el Senado. Fue la única gran derrota política que sufrió el Presidente Roosevelt.

En la Argentina, la experiencia es menos edificante. El caso más notorio es el del presidente Carlos Menem ya mencionado. También ocurrió durante la presidencia del Dr. Frondizi que se sancionó la ley N° 15.271, en 1960 aumentó a siete el número de sus integrantes.

Existen también actitudes que buscan la convivencia republicana: los presidentes Bartolomé Mitre (1862), Julio A. Roca (1898), Hipólito Yrigoyen (1928) y Raúl Alfonsín (1983) tuvieron el gesto republicano de ofrecer cargos en la Corte a sus adversarios políticos (Alsina, Bermejo, Figueroa Alcorta y Luder, respectivamente).¹⁸

La ley del 27 del 13 de octubre de 1862 estableció la Corte Suprema integrada por cinco jueces, tomó ese número del existente en los Estados Unidos. *Art. 6° – La Justicia Nacional se ejercerá por medio de una Corte Suprema de Justicia, compuesta de cinco Ministros y un Procurador General.* Allí, el número fue ampliado a nueve en 1869 como consecuencia de la guerra civil y de la necesidad de reducir la influencia de los estados confederados. Frondizi amplió transitoriamente el número de jueces a siete debido a un pedido por escrito de la Corte Suprema y su propio deseo de designar nuevos ministros frente a los designados en 1955. Esta situación llevó a la renuncia el presidente de la Corte Alfredo Orgaz, utilizó al hacerlo la famosa frase del “cansancio moral”. En 1989,

¹⁸ Los Dres. Valentín Alsina (1863) e Ítalo Luder (1983) declinaron el ofrecimiento. El Dr. José Figueroa Alcorta ya era ministro de la Corte cuando el presidente Hipólito Yrigoyen lo designó presidente del tribunal en 1930.

Menem la amplió a nueve y, por ello, renunció el ministro Bacqué. Esta decisión fue premonitoria porque la ampliación fue fuente de múltiples conflictos. Hubo nuevas renunciaciones y designaciones como consecuencia del llamado “pacto de Olivos”. Finalmente, se produjeron dos juicios políticos ante el Senado, el segundo removió a dos ministros y otros renunciaron.

La reforma de 1994, aumentó a dos tercios la mayoría necesaria de senadores para el acuerdo previo a la designación de los ministros. Esta norma constitucional buscaba asegurar un amplio consenso político y la presencia en la Corte de personas íntegras, conocedoras del derecho e independiente de las presiones circunstanciales. Si bien la reforma no trató el número de miembros tuvo el objetivo de impedir cambios abruptos y masivos impuestos por mayorías precarias. Esta laguna de 1994 fue subsanada por la práctica constitucional posterior cuando el mismo Congreso abandonó la ampliación desafortunada de 1989 y volvió al número establecido en 1862. Número aceptado sin discusión en largos años de nuestra vida constitucional y en circunstancias de gravísimos desequilibrios políticos. Una ampliación transformaría al Tribunal en un órgano puramente político. Quienes los sostienen buscan integrarla con miembros de sus simpatías políticas, ampliando cupos. Limita la independencia de la Corte Suprema para resolver los conflictos entre los poderes, las provincias y el gobierno nacional, y la protección de derechos individuales. La única garantía es la integración periódica por gobiernos distintos y así asegurar una amplia variedad de opiniones en la conformación de los fallos y la estabilidad de las decisiones. Ampliaciones súbitas para asegurar compromisos políticos destruyen la división de poderes, pieza central de nuestro contrato social.

¿Para qué sirven las audiencias y los amicus curiae?

Existe una falla grave, tanto constitucional como de eficiencia, cuando el discurso cuestionable ocurre en circunstancias en que no es posible un contra discurso, de la misma manera que la competencia en los mercados protege a los consumidores.

La decisión judicial nos plantea la característica del derecho como el sistema dialógico. Se podría decir que hay dos maneras de escribir el derecho: el de los artículos o libros académicos, que estarían dirigidos a obtener el interés general, y los escritos de abogados que defienden los intereses de sus clientes. En este último caso, Habermas sostiene que existe un discurso estratégico y uno comunicativo, donde aplica la primera categoría. Lo que varía es la audiencia al cual van dirigidos, si es consciente de la situación y permite distinguir las dos maneras del discurso jurídico.¹⁹

Los amicus curiae

Dentro de la noción del *standing*, está la de *amicus curiae*. Dicho término representa a grupos o individuos que quieren dar a conocer sus puntos de vista sobre el tema en consideración en una apelación extraordinaria. De esta manera, dentro del modelo dialógico de creación de precedentes esta institución permite la ampliación de participantes en el debate. Cuanto mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático que afirma que las normas son auto impuestas y, de allí, obligatorias y legítimas.

La expresión *amicus curiae*, que proviene del latín y significa “*amigo de la corte*”, refiere a la autorización que se le da a alguien para proveer información de un caso concreto aún cuando no esté directamente incluida en juicio en cuestión. Generalmente, esta participación se realiza con la presentación de un memorial. El tribunal puede utilizar los conceptos o, incluso, puede desecharlos.

Es importante convocar a una audiencia pública en casos de relevancia masiva ya que permite mejorar la información del tribunal sobre el caso y también un mayor conocimiento para la sociedad generando así mayor control y participación social. Además, es un

¹⁹ Jürgen Habermas. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT Press. 1998. P. 287 y ss.

requisito constitucional que actualmente no se cumple debido a que al ordenar el juicio por jurados imponía el proceso público y de diálogo entre las partes frente al escrito de raigambre inquisitorial. La mayor innovación fue la de admitir la figura de *amicus curiae*, que pueden mejorar sustancialmente la información que recibe el tribunal ya sea a través de las partes como de los invitados directamente por la Corte Suprema. Desde un sentido práctico, representa ampliar la función que originalmente correspondía al Procurador General de la Nación.

Sobre la audiencia pública, Chaim Perelman consideraba al derecho como un discurso dirigido a un auditorio general y que, de esa manera, todos participaban en una audiencia verdaderamente pública. Todo esto es elogiado ya que impone un buen camino para el futuro de los procesos constitucionales. Asegura la participación de *amicus curiae* tanto en defensa de las partes como de personas e instituciones calificadas independientes frente a lo resuelto en la sentencia. Es insoslayable la reflexión sobre cuánto más importante hubiera sido el prestigio y la actuación de la Corte Suprema si se hubiera utilizado mucho más esa magnífica sala para debatir en público los principales casos judiciales de la historia argentina. Nuestro destino hubiera sido distinto y mejor.

Podemos recordar los *Amicus Curiae* y las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema en los casos Grupo Clarín, Belen Rodriguez c. Google Inc, la educación religiosa en Salta, el conflicto entre las provincias de Mendoza y La Pampa sobre el Río Atuel, el de las Provincias de Buenos Aires c. Santa Fe s. derivación de aguas, Eso S.R.L. c. Municipalidad de Quilmes sobre los impuestos municipales, y la competencia de los municipios para regular el comercio de supermercados en el caso de la Municipalidad de Arroyito

La Constitución como proceso

El proceso legal: el paradigma de Hart y Wechsler.²⁰

El contencioso constitucional puede ser analizado desde dos modelos básicos:

- (i) el modelo de solución de controversias
- (ii) el modelo de declaración normativa

Estos modelos compiten por la formación de los precedentes de la Corte en un amplio espectro de temas. El primero se centra en la resolución judicial de los conflictos entre los litigantes e, impone importantes barreras a la revisión judicial de la constitucionalidad de las conductas gubernamentales. Por el contrario, el segundo se concentra en la actividad de la propia Corte, y no en la de los litigantes, las restricciones a la autoridad judicial sólo pueden ser funcionales, sin limitarse al litigante concreto.

El modelo de resolución de conflictos ha sido históricamente dominante, pero es progresivamente reemplazado por el modelo de declaración normativa. Los litigantes no solo van a la Corte Suprema a solucionar el conflicto sino particularmente a que ésta determine el derecho aplicable, en la causa y para el futuro. Al asumir las premisas del modelo de declaración normativa, la Corte ha tratado de afirmar la jerarquía del poder judicial para garantizar que:

- (a) Tiene la decisión final cuando otro tribunal, provincial o nacional, decide sobre normas relativas a la constitucionalidad de la conducta gubernamental.
- (b) Posee una amplia libertad para establecer la agenda y determinar qué cuestiones serán o no decididas, con independencia de la voluntad de los litigantes. Esta

²⁰ Hart and Wechsler's *The Federal Courts and the Federal System*, 6th ed. Foundation Press Ver también. Richard H. Fallon, Jr. *Reflections on the Hart and Wechsler Paradigm*. *Vanderbilt Law Review* Volume 47 Issue 4 Issue 4 - May 1994. Si bien depositaban el Congreso el asiento del cambio social y político, consideraban una tarea fundamental de los jueces mantener la división de poderes.

capacidad surge del *certiorari* establecido en el artículo 280 del Código procesal.²¹

El modelo procesal o de resolución de conflictos y el modelo declarativo del derecho o de derechos públicos

Los dos modelos básicos de la adjudicación de las cuestiones constitucionales, son el modelo procesal o de resolución de conflictos y el modelo declarativo o de derechos públicos. Si el primero se centra en la actividad de los litigantes para obtener la solución de sus conflictos sin mayor referencia a la determinación de las normas aplicables a casos futuros, en segundo se basa en la actividad de los tribunales para determinar el derecho aplicable y establecerlo para futuros casos. Es el papel judicial en la determinación del derecho, función que no puede estar limitada por la actividad de los litigantes. En el caso de la Corte Suprema el modelo declarativo del derecho debe ser el dominante. Principalmente, porque establece el derecho vigente y evita los altos costos de la incertidumbre jurídica. De esta manera, se reducen los costos de transacción que sufren los habitantes frente a la indeterminación jurídica que es una forma perversa de anomia. Al mismo tiempo se reduce la litigiosidad, ya que las normas ya determinadas y explicadas se aplican con mayor certidumbre.

La expresión en *Marbury*²² que el “deber” judicial es “decir lo que la ley es” es ilustrativa. Cuando un tribunal ordinario se enfrenta con un problema legal en un asunto de su conocimiento, expresa en su sentencia su propio juicio independiente sobre el contenido de la norma aplicable, particularmente aplicando el derecho constitucional. La capacidad de declaración normativa de la Corte tiene, por supuesto, límites. Numerosas cuestiones legales, incluidas las de una dimensión constitucional, nunca llegan a un

²¹ Hart and Wechsler's *The Federal Courts and the Federal System*. Sixth Edition. Actualizada por Richard H. Fallon. Foundation Press.

²² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

tribunal y se resuelven de otra manera. A su vez, Marshall observó también que el poder judicial federal se extiende a toda cuestión constitucional, "que implicaría casi cada tema apropiado para la discusión y decisión legislativa decisión".²³ Por último, es siempre conveniente recordar que debe existir un caso o controversia antes que algún tribunal pueda analizar y resolver una cuestión constitucional.

El lenguaje de *Marbury* referido al deber de los jueces de declarar el contenido de la ley incluía un segundo entendimiento importante para la jurisprudencia constitucional: el control judicial fue diseñado para garantizar la protección de los derechos privados. *"La provincia de la Corte, es solamente decidir sobre los derechos de las personas, no preguntar cómo el ejecutivo o los funcionarios realizan tareas en las que tienen un margen de apreciación"*.²⁴ Desde el inicio del control judicial, dos ideas están presentes en forma conjunta:

- (a) la concepción del deber judicial de declarar el contenido de la ley, establecido firmemente en el contexto de asegurar un gobierno limitado.
- (b) el control judicial concebido como protección de los derechos individuales, concepto en la época de Marshall, y en gran parte del siglo XIX, que generalmente imaginó litigantes que buscan la garantía de los derechos a la libertad y la propiedad frente a las interferencias.

Estas dos líneas argumentales, que pueden ser rastreadas hasta el caso *Marbury*, se han convertido en los modelos de resolución de conflictos y la declaración normativa.²⁵

La situación actual es determinar si se puede restringir la función de los tribunales y de la Corte Suprema a señalar los límites

²³ John Marshall , Discurso en la Cámara de Diputados (07 de marzo 1800), en 4 los papeles de John Marshall 82, 95-96 (Charles T. Cullen ed., 1984)

²⁴ *Marbury v Madison*, EE.UU. 5 (1 Cranch) 137, 170 (1803).

²⁵ Hart y Wechsler *The federal courts*. 4th ed. P.78

de la discrecionalidad de los funcionarios y agencias gubernamentales. Por el contrario, la función judicial es la de proveer las normas para el funcionamiento del estado administrador, fundadas en los principios que genéricamente establece la Constitución.

Esta evolución es producto del sistema de división de poderes y de frenos y contrapesos. En un artículo muy influyente escrito a finales del siglo XIX, James Bradley Thayer insistió en que un tribunal podría invalidar las leyes del Congreso sólo cuando estas eran producto de un error evidente.²⁶

Sin embargo, ya en el precedente *Marbury*, se señala que se requiere de una sentencia judicial independiente para determinar las cuestiones de derecho, especialmente en casos constitucionales, criterio universalmente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

El *certiorari* y la razón pública

El artículo 280 del Código procesal inicia un proceso de transformación del recurso extraordinario, de un recurso reglado, hacia un recurso discrecional. Este cambio, que continúa el camino seguido en los Estados Unidos, resta importancia al cumplimiento de requisitos formales del recurso y se concentra en el análisis de la trascendencia de la cuestión constitucional planteada. Fortalece en este sentido la supremacía de la Constitución y amplía el debate fortaleciendo el derecho como sistema dialógico.

La conexión entre la tarea de organizar el trabajo de la Corte y su responsabilidad principal, que es la de decidir casos, se refleja en las consecuencias que sufre según sus decisiones. Está en juego la determinación de la agenda de la Corte: qué tipo de problemas se

²⁶ “Clear mistake” en el original. “The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law.”

abordarán, frente a otros que no son considerados o la forma que tome la agenda de la Corte.

Las decisiones que los jueces toman sobre qué casos que deciden o no juegan un papel fundamental en la determinación del derecho aplicable y en la visión que la sociedad se hace de la Corte y de los jueces en general.

La selección de los temas para considerar y resolver determina en gran medida la imagen que la sociedad tiene de la Corte Suprema.

A través de sus decisiones, los jueces establecen las prioridades en la política constitucional de la Corte.

La característica más llamativa del proceso de *certiorari* es que carece de la de las formalidades procesales de la toma de decisión judicial tradicional: deliberación colegiada, criterios que limitan, y regla de la mayoría. De hecho, el sistema único que los jueces utilizan al decidir les ofrece con discreción virtualmente sin restricciones en la configuración del contenido de los expedientes en consideración.

Tanto en la concesión del *certiorari* positivo como en la denegación o *certiorari* negativo, los jueces operan prácticamente sin limitaciones formales. En los Estados Unidos, la Regla de la Corte 10 establece las consideraciones que rigen la concesión de *certiorari*. La norma instruye que entre "el carácter de las razones que el Tribunal considera" en la decisión de conceder o negar la avocación son si un tribunal de primera instancia de último recurso (es decir, un tribunal federal de apelaciones o de un tribunal del estado de último recurso):

(1) "ha tomado una decisión en conflicto con" otro tribunal sobre "una importante cuestión federal".

(2) "si ha salido ha salido del marco de un proceso judicial aceptado y habitual, o ha aceptado esta falta de aplicación por un tribunal inferior, como para pedir el ejercicio del poder de supervisión de esta Corte".

- (3) "ha decidido una importante cuestión federal que no ha sido, aunque debe ser, resuelta por esta Corte".
- (4) "ha decidido una importante cuestión federal de manera que entra en conflicto con las decisiones pertinentes de esta Corte".

Constituye también una forma de autolimitación la de no abrir un recurso en cuya decisión la Corte no quiere avanzar, con el fin de no desarrollar un precedente constitucional que pudiera ser prematuro, se confirma la decisión de la instancia anterior sin transformarla en un precedente constitucional. Mantiene el carácter provisional de la decisión sin confirmarla.

La utilización estratégica del *certiorari* ocurre también en la Argentina cuando se niega la consideración del caso en dos situaciones: La primera ocurre cuando coincide con la solución del caso por el tribunal inferior pero no se quiere consolidar un precedente porque existen dudas entre los integrantes de la Corte. La segunda, cuando los ministros no quieren analizar una situación porque consideran que es propia de los tribunales de instancias inferiores, pero al mismo tiempo no quieren limitar en forma muy estricta las condiciones de aceptación del recurso extraordinario. Estos casos surgen, en gran medida, cuando, la Corte mantiene algunos aspectos de la tradición del recurso extraordinario como recurso reglado, aunque las normas existentes lo asimilan a un recurso discrecional. De esta manera, se rechaza el recurso sin negar que otros similares puedan ser aceptados.

La Corte ha relajado considerablemente las barreras históricas de la legitimación para actuar y las cuestiones abstractas.²⁷ Al mismo tiempo, como su jurisdicción proviene de la Constitución y no puede ser restringida por ley, su libertad del tribunal de interpretación es amplia. La Corte, al frente del Poder Judicial, debe asegurar coherencia, unidad, estabilidad y desarrollo ordenado del derecho. Sobre ese fundamento, considera cada vez más la declaración de la ley como su responsabilidad fundamental. Dicho de otra manera, la Corte tiene como su papel esencial la

²⁷ Hart & Wechsler. Federal Courts. Op. Cit. 4th ed. p. 100.

determinación de las normas y no la solución de controversias. Le permite definir las controversias que se presentan para su resolución, elige qué cuestiones de derecho resolver y cuáles no. El *certiorari* también le permite acomodar más fácilmente las múltiples presiones sociales que sufre, ya que en muchos de sus casos opera en la intersección entre el derecho y la política, para acomodar más fácilmente las múltiples dimensiones del caso que incluyen el desarrollo normativo y el juego político así como la ineludibles dimensiones humanas presentes en cualquier decisión judicial.

La existencia de una Corte Suprema en la cabeza del poder judicial supone que asuma el tratamiento y afirmación de las proposiciones importantes sobre la Constitución y el derecho federal y no deje su consideración definitiva en manos de actores judiciales distintos de sí misma. Por supuesto, decisiones de este tipo son plenamente coherentes con la visión que la Corte asuma las funciones paralelas de declaración normativa y superintendencia judicial.

Para ello, la Corte, en ocasiones, reformula las cuestiones planteadas e, inclusive, supera los límites de las preguntas presentadas. Más importante, introduce cuestiones constitucionales que el recurrente litigante no buscaba plantear.

La inexplicable persistencia del control judicial reglado

En la Argentina el control judicial reglado tuvo en el pasado ciertas características que no fueron saludable para la vigencia de la constitución, ya que pudo favorecer la simulación en los argumentos que daban los tribunales, la aparición de párrafos oscuros en las sentencias, y finalmente la utilización de argumentos procesales muchas veces de difícil comprensión para evitar el pleno debate constitucional.

Frente a esto, John Rawls sostiene que el comportamiento de la Corte Suprema es ejemplar ya que asegura la vigencia de la razón pública que debió gobernar los asuntos públicos. Las opiniones

judiciales son sobre razones al igual que cualquier debate jurídico académico.²⁸ En ambos casos, se utilizan razones en forma explícita.

Propuestas de posibles reformas

Los mandatos constitucionales

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

El reconocimiento del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires como Tribunal Superior en las causas ordinarias, el fin de la llamada “justicia nacional”.

La Reforma constitucional de 1994 devolvió la autonomía a la Ciudad de Buenos Aires de la que había sido privada con violencia en 1880. *Art.129.- La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.* La Corte Suprema en varios casos asimiló a la Ciudad de Buenos Aires al resto de las provincias y consideró el traspaso de las competencias judiciales, para lo cual distinguió la justicia federal de la justicia ordinaria de la Ciudad, llamada tradicionalmente “justicia nacional” aunque su competencia es exclusivamente local.

En este sentido corresponde reconocer al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad tal carácter y, de esta manera, en ser la alzada de la justicia ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires. Aplicándose de esta manera al Tribunal Superior los precedentes Strada, Juan L. (Fallos: 308:490), donde la Corte Suprema de Justicia decidió que sólo se concede el recurso extraordinario una vez agotadas las vías ordinarias y extraordinarias dentro del ordenamiento local. Al mismo tiempo, “la intervención del Superior Tribunal de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que la legislatura local y la

²⁸ John Rawls, *The Idea of Public Reason*, en *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* pp.93, 108-14 (James Bohman & William Rehg eds., 1997)

jurisprudencia de los tribunales no pueden vedar el acceso a aquel Órgano, en tales supuestos” (“Di Mascio, Juan R.” Fallos: 320:1633”).

El efecto inmediato de esta doctrina será la de disminuir las causas ante la Corte Suprema ya que previamente a presentar un recurso extraordinario por sentencias de juzgados “nacionales” deberá plantearse un recurso ante el Tribunal Superior de la Ciudad, como ocurre en todas las provincias argentinas.

El juicio por jurados

El mandato existente en tres artículos de la Constitución cumple la función imaginada por Alberdi de una Constitución derogatoria de la legislación colonial: abandonar el procedimiento inquisitivo y aceptar el acusatorio.²⁹ Lo menciona en tres oportunidades pero particularmente en el art. 24 en el Capítulo de “Declaraciones, derechos y garantías”, por lo que lo hace obligatorio a las provincias por el art. 5 de la Garantía Federal. El inicio fue auspicioso. Por la ley 483 del año 1871, se estableció una comisión de dos personas para proponer un Código procesal penal, el Presidente Sarmiento designó a Florentino González y a Victorino de la Plaza para que proyecten un Código Procesal Penal y con mandato de la Constitución, instale el juicio por jurados. En la discusión de la ley 483, Mitre, siendo Senador, sostuvo que “la institución del jurado es un dogma para todo pueblo libre”, y el Senador Zavallía manifestó que “el jurado es el complemento del sistema democrático; es la justicia administrada al pueblo por el pueblo mismo”. En el informe del proyecto señalan: *“La forma de gobierno que aspiramos a plantear en el país desde que nos hicimos independientes de la España requiere la intervención de los ciudadanos en cuanto sea posible en la dirección y administración*

²⁹ Artículo 24.- *El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.*

de los negocios de la comunidad política...” artículo 479 del Código Procesal que Sarmiento envió al Congreso Nacional señala:

Del veredicto.

ARTÍCULO 479.

Luego que los jurados hayan acordado, por unanimidad de votos, su veredicto, deben ser conducidos, por el empleado que los tenga en custodia, á la presencia del juez, en la sala de su despacho, en sesión pública.

Lamentablemente, se optó por mantener el sistema inquisitorial escrito, en el Código Obarrio presentado en 1882 Código de Procedimientos en Materia Penal (CPMP), con vigencia a partir del 1° de enero de 1889. Estaba basado en la Ley de enjuiciamiento penal de España, derogada cuando se redactó este proyecto. Curiosamente, fue reformado por el Código actual tomado de la norma cordobesa de Vélez Mariconde y Soler basado en el Código Rocco del fascismo.

El procurador general de la Nación

¿Cuáles son las funciones del Procurador general de la Nación después de la reforma de 1994? ¿La cabeza del Ministerio público o un asesor de la Corte Suprema?

En la ley 27 de 1862, se estableció la Corte Suprema *compuesta de cinco Ministros y un Procurador General. (art. 6)* El Procurador General continuaba una tradición de la justicia colonial y era requerida su opinión antes del dictado de un Fallo del Tribunal, este dictamen no era vinculante para la Corte aunque en algunos casos era el fundamento de la decisión final. La reforma constitucional de 1994 amplió sus funciones.

Artículo 120.- El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de

los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

El procurador general ya no integra la Corte Suprema como lo establecía la ley 27 y es ahora el jefe de todos los fiscales, incluyendo a quienes ejercen la acusación penal. Frente a funciones tan extensas, su participación en el asesoramiento de la Corte Suprema aparece deslucido y quizás injustificado, con el agravante de la dilación del proceso constitucional con un alto costo para los recurrentes que necesitan una pronta decisión de la cuestión federal planteada. Llega el momento de analizar la necesidad de requerir un dictamen cuya utilidad no aparece constitucionalmente necesaria.

El control judicial de constitucionalidad es una pieza central en la defensa de nuestros derechos. Recordemos a Madison, no es suficiente con poner la división de funciones entre los departamentos de gobierno en pergaminos. El poder se limita con el poder. Solo la división en las ramas del gobierno nos preserva del autoritarismo.