

LA CORTE SUPREMA EN ENCRUCIJADA

*Comunicación del académico Juan Vicente Sola, en sesión
privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y
Políticas, el 12 de junio de 2013*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión 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

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar) en el mes de noviembre de 2013.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2013 / 2014**

Presidente Académico Ing. MANUEL A. SOLANET
Vicepresidente . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF
Secretario Académico Dr. LEONARDO MC LEAN
Tesorero Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ
Prosecretario . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO
Protesorero Académico Dr. ROSENDO FRAGA

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
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
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. VANOSSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI	27-11-02	Justo José de Urquiza
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
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
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. María Teresa 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

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María BIDEGAIN

LA CORTE SUPREMA EN ENCRUCIJADA

Por el académico DR. JUAN VICENTE SOLA

Ulises y las sirenas

La Constitución representa la intención de la sociedad de autolimitarse para proteger los derechos que aseguran la convivencia y organizar un gobierno para los intereses comunes. Una analogía puede hacerse con la historia de Ulises y las sirenas que se encuentra descrita en la Odisea. Ulises, temiendo el canto de las sirenas que seducía a los marinos llevándolos a la muerte, ordenó que lo ataran al mástil de su barco para protegerse de la tentación. Los marinos se taponaron los oídos con cera para ser inmunes al canto de las sirenas mientras Ulises, atado al mástil, escuchaba el canto que no podía tener consecuencias para él. A pesar de los pedidos descarnados que Ulises hacía pidiendo su liberación, sus marinos, cumpliendo sus instrucciones anteriores, lo dejaron atado e incapaz de reaccionar al canto de las sirenas. Su vida y la de sus marinos fueron salvadas porque él reconoció

su debilidad y se protegió de la misma¹. La metáfora de Ulises y las sirenas fue utilizada originalmente por Baruch Spinoza como ejemplo de la autolimitación que debía seguir el monarca.

La Constitución es el intento de la sociedad de atar sus propias manos, de limitar su capacidad para ser víctima de la debilidad que pudiera destruir sus valores más deseados. La experiencia histórica recuerda que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia. Las constituciones son un intento de la sociedad de protegerse a sí misma. Ella enumera los derechos básicos, la organización fundamental, como son las elecciones regulares, la separación de poderes, la igualdad, y hace que el cambio o fractura de ellos sea muy difícil.

A pesar que la analogía entre la Constitución y Ulises es atrayente, requiere de un mayor refinamiento, ya que Ulises ata sus propias manos, pero en cambio la Constitución obliga a las generaciones futuras. Debe tenerse en cuenta que la supervivencia de la Constitución es una expectativa ampliamente deseada por todas las sociedades democráticas que siguen el cuño del constitucionalismo. Esa es la razón por la que está redactada en términos generales y abstractos que permitan la inclusión de todos los sectores de la sociedad y al mismo tiempo de una interpretación que varíe según las necesidades de los tiempos. Sirve también como un elemento unificador de la sociedad aumentando la legitimidad del gobierno y de sus decisiones. La Constitución ha sido, virtualmente desde el momento de su ratificación, un símbolo sagrado, un emblema potente de la Nación en sí misma².

¹ El análisis moderno fue efectuado por Jon Elster, *Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality*, Cambridge University Press, 1979.

² Cf. Thomas Gray, *The Constitutional Law as Scripture*, 1984.

¿Por qué debemos confiar en los jueces?

Una Constitución supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección de los derechos humanos. La existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, rige para los tiempos. Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y probablemente los gobiernos no tendrían límite alguno. Esto también plantea la necesidad de establecer qué derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial.

La idea de una Constitución impuesta por una decisión de una mayoría no establecería límites adecuados al gobierno. Por el contrario, la Constitución, como un contrato de largo plazo, resuelve el método de organización del gobierno que se crea, y le establece límites que debe aceptar. Utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional. Como los contratos que permanecen vigentes por un futuro indefinido y gobiernan un amplio campo de interacciones sociales, la Constitución debe afrontar una inmensa cantidad de contingencias que son imposibles de predecir. Por lo que pueden no existir respuestas específicas en el contrato original. Además las contingencias ocurren muchos años después de la redacción y resulta imposible imaginar lo que autores hubieran resuelto en esa situación si la hubieran previsto y hubieran hecho una referencia concreta en el texto. **Una renegociación del contrato social** es inaplicable en los casos que una parte tiene el monopolio exclusivo del uso de la fuerza, como es el caso del gobierno, y frente a él se presenta un conjunto de habitantes desorganizados buscando el reconocimiento de un derecho. La solución es que exista **una agencia permanente que actúe como representante de los habitantes y ciudadanos** y este es el marco constitucional de la Corte Suprema, que

fue diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Como protectora final de la ciudadanía en la solución de sus conflictos, la Corte no adopta una interpretación estrecha de la Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles. Constitución establece límites exteriores al ejercicio de la discrecionalidad judicial antes que determinar normas concretas para una decisión. En forma realista el derecho constitucional es un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

La Corte Suprema es la “estructura de gobierno” de la Constitución

La Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero que sirven a dar respuestas precisas a problemas concretos. Estas normas constitucionales tan generales delegan la autoridad para definir su contenido en los administradores de esas normas, es decir en los jueces. Podemos entonces **describir a la Corte Suprema como el agente de la presente generación**, si bien limitado por el texto de la Constitución, para hacer cumplir un contrato social que nos une en una sociedad de convivencia.

La estabilidad de los jueces en su empleo y a la integridad de su salario reduce el interés propio en sus decisiones y les permite dar **soluciones independientes de la influencia política** y en este caso pueden proteger a aquellas minorías llamadas “discretas e insulares” según la expresión del Chief Justice Harlan Stone en la Nota al pie N° 4 en el caso U.S. vs. Carolene Products que no tienen protección en el proceso legislativo. Cabe mencionar las otras dos partes del mandato establecido en la Nota: la protección

de los derechos individuales y el mantener abierto los canales de cambio político, frente a quienes deseen perpetuarse en el poder³.

La independencia es la principal fuente de legitimación del control judicial sobre la legislación

La Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero cuyas consecuencias son variadas y precisas, expresiones como “*usar y disponer de su propiedad*” o “*bienestar general*” han sido los fundamentos para decisiones que han definido la extensión de los derechos individuales. Lo que caracteriza a estas normas tan generales es que delegan la autoridad para definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir en los jueces. Es decir que la Corte Suprema cumple con esta función antes que la de agente de los constituyentes. Esto último no sería realista porque los constituyentes históricos han muerto y las instrucciones que dejaron son extremadamente vagas, aun los textos modernos pierden actualidad con el paso del tiempo. Existe por lo tanto un incentivo muy débil para ser un agente fiel del pasado.

El tema de los incentivos judiciales lleva a la perplejidad, ya que la estabilidad de los jueces en su empleo y a la integridad de su salario tiende a reducir la función del interés propio en la toma de decisiones por los jueces. Podemos entonces preguntarnos por qué confiaríamos en la protección que nos brindan los jueces y qué incentivos tendrían ellos para apoyar nuestras demandas antes que a la mayoría que es generalmente más poderosa y podría beneficiarlos en su estabilidad en la carrera judicial. Al mismo tiempo ¿no deberían las minorías concentrarse en el proceso legislativo

³ Para un análisis detallado de esta nota ver la obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard Paperbacks, 1980.

donde los grupos de interés, que invariablemente son grupos minoritarios, tienen éxito influyendo en la legislación? La respuesta no puede ser definitiva, pero la estabilidad judicial, tanto en el cargo como en el salario, les permite dar **soluciones independientes de la influencia política**.

La interpretación constitucional plantea costos debidos a la inflexibilidad si las normas son demasiado precisas y no describen la realidad actual, o costos de agencia si las normas son demasiado generales, ya que les darían una gran amplitud a los intérpretes. Pero estos costos últimos son aceptables cuando la característica supermayoritaria que separa a la norma constitucional de otras normas legales es la que permite extraer ciertos temas de la agenda política habitual.

Tomemos como ejemplo de los riesgos de no tener un intérprete final de la Constitución la situación que se daría, aun en una norma constitucional inflexible pero de fácil aplicación, la que establece tres Senadores por cada provincia, dos por la mayoría y uno por la minoría. Si su determinación se dejara a la política de voto mayoritario, esto llevaría a búsqueda de rentas y ventajas políticas muy costosas. Porque si el voto de una mayoría simple permitiera variar la representación política o expropiar la riqueza de una minoría, se dedicarían recursos enormes para lograr esa legislación o para evitarla.

El proceso legal de Hart a Habermas

Los dos modelos de adjudicación constitucional

Existen dos modelos básicos de adjudicación constitucional: el modelo de resolución de disputas y el modelo de declaración del derecho. En el caso del modelo de resolución de disputas la

función de la Corte Suprema es como la de cualquier otro tribunal, debe resolver la disputa que le presentan las partes.

Frente a esto Henry Hart consideraba que la función esencial de la Corte Suprema era la de elucidar el significado de la Constitución y consideraba que el Congreso no podía comprometer esa función. Consideraba que la “función que debe cumplir el más alto tribunal de derecho de la Nación dedicado a ejemplificar el estado de derecho” era el de iluminar “las vastas áreas del derecho”. Criticaba a la Corte Suprema de Estados Unidos por perder su tiempo en casos triviales dependientes de cuestiones puramente de hecho. Su posición fue determinante del modelo de declaración del derecho⁴.

Dentro de las ideas de Henry Hart en sus dos obras –la referida al Proceso Legal escrita con Albert Sacks y la escrita con Herbert Wechsler sobre los Tribunales federales⁵– podemos mencionar seis principios dentro de la teoría del proceso jurídico:

1. **El principio de arreglo institucional.** Las cuestiones de cómo se asigna el poder de tomar decisiones es de la mayor importancia. Las normas son en general indeterminadas y, en sociedades pluralistas, no pueden existir respuestas apropiadas a muchas cuestiones urgentes de justicia sustantiva. Pero estamos dispuestos a aceptar decisiones de jueces si son razonadas, producto de la deliberación y tomadas con independencia.

⁴ En general sobre el tema ver Richard Fallon, Reflections on the Hart and Wechsler Paradigm, 47 *Vand. L. Rev.*, 953.

⁵ Henry Hart y Herbert Wechsler, *The Federal Courts and the Federal System*, Foundation, 1953. (Actualizado por Richard Fallon, Daniel Meltzer, David Shapiro. Hay varias ediciones). Henry Hart y Albert Sacks. *The Legal Process: Basic problems in the Making and Application of Law*. Cambridge Mass, 1958, edición mimeografiada. Es curioso que esta obra tan importante haya sido universalmente utilizada en ediciones informales hasta su primera edición actualizada en 1993). De Herbert Wechsler se puede citar su artículo clásico: Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73, *Harvard Law Review*, (1959).

2. **El principio antipositivista.** El derecho es un conjunto de normas variado, fluido y que evoluciona y no un conjunto rígido de normas determinadas. Cada norma debe ser interpretada en su conjunto. La interpretación jurídica debe ser consecuencialista y no rígida y mecánica.
3. **El principio de interpretación estructural.** Los principios relativos al federalismo y a la división de poderes tienen una importancia especial. Deben ser interpretados dentro de una preocupación de asegurar el funcionamiento de las instituciones.
4. **El principio del estado de derecho.** El estado de derecho requiere que existan remedios judiciales suficientes para asegurar la vigencia de los principios fundamentales.
5. **El principio de la elaboración razonada.** La elaboración razonada es el producto del proceso judicial. Supone el desarrollo intersticial del derecho para obtener resultados útiles.
6. **El principio de neutralidad.** Es la búsqueda de principios neutrales para la solución de problemas según la búsqueda de Herbert Wechsler. En este punto la teoría del proceso jurídico no obtuvo un amplio apoyo, en gran medida porque no es posible encontrar valores neutrales. El modelo de la constitución como un contrato supone concentrarse en un proceso de decisión antes que en lecturas valorativas no compartidas por todos.

El proceso dialógico

En la sociedad pluralista contemporánea con la fractura de las ligazones internas entre religión, ética y derecho y por la au-

sencia de bases religiosas o éticas comunes que puedan unir a la sociedad, la Constitución y la ley asumen la legitimación. De esta manera el derecho establece el marco normativo que regula la interacción entre ciudadanos que se tratan entre sí como extraños. En estas circunstancias la ley es obedecida en parte debido a la sanción, pero en parte porque los ciudadanos la encuentran justificada normativamente.

Como hace notar Habermas por una parte la sanción que impone la norma ha tomado el lugar de la religión y de la ética para dar fundamento al derecho⁶.

Por otra parte las sanciones por sí mismas no pueden dar un fundamento al régimen constitucional contemporáneo sin una creencia ampliamente difundida de su legitimidad. La investigación principal recae en la determinación de la fuente de legitimidad del derecho constitucional contemporáneo con las sanciones legales en las cuales se basa. Juntamente con el compromiso con la democracia, la respuesta más atrayente a esta pregunta es que **la legitimidad de la Constitución y los precedentes constitucionales basados en ella, derivan del hecho que son en definitiva autoimpuestos.**

En las graves convulsiones del siglo XVII Hobbes propuso un contrato de asociación de todos los miembros de la sociedad. Las voluntades conflictivas de los miembros individuales son armonizadas a través de la voluntad común que emerge del contrato conjunto. Esa voluntad común trasciende las voluntades individuales pero es voluntariamente suscripta por todos los miembros de la sociedad política.

Habermas rechaza la concepción de Kant por dos razones principales. En principio la visión de Kant es monológica y no

⁶ Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, 1998, Pp. 33 a 38.

intersubjetiva con cada individuo derivando en forma solipsística⁷ sus deberes morales sobre la base de una reflexión solitaria. Como consecuencia de este cisma la moralidad universal, que trasciende las concepciones opuestas del bien, es incapaz de incluir el mundo sociológico de las relaciones jurídicas.

Habermas requiere de un movimiento del contrato hacia el consenso, asociado con un concepto de argumentación basada en el proceso que se desenvuelve en torno a la distinción entre acción estratégica y acción de comunicación.

A través del filtro del principio del discurso, el **derecho contemporáneo legítimo debe emerger para todos los actores legales libres e iguales como autoimpuesto y ese es el fundamento de su obligatoriedad**. Esta construcción del derecho legítimo contradice concepciones tradicionales sobre el tema. Esto es debido a que aun cuando todos los actores pudieran influir en la legislación democrática, es improbable que las leyes resultantes sean en el interés igualitario de todos los afectados. Porque en la ausencia de límites contramayoritarios, es decir, las limitaciones constitucionales, las leyes democráticamente sancionadas pueden ser opresivas y su aplicación puede causar la tendencia de perpetuar una violencia oficial contra minorías legislativas desfavorecidas. Para mitigar estos peligros el derecho democrático debe ser temperado por derechos antimayoritarios y por tanto engendrar la tensión conocida entre la mayoría legislativa y los derechos constitucionales antimayoritarios.

El paradigma procesalista del derecho animado por el principio del discurso es elegantemente simple. Comienza describiendo a los coasociados iguales bajo la ley como autónomos y recíprocamente reconocedores de la dignidad del otro.

⁷ De la palabra solipsismo que supone que sólo yo existo.

La combinación entre la teoría del discurso en la democracia y el paradigma procesal del derecho presenta nuevas formas de considerar al control de constitucionalidad y al problema antima-yoritario en la justicia constitucional. Requiere de una adaptación judicial de la norma en cuestión a los hechos y circunstancias del caso concreto en consideración y que en la visión de Habermas no es un proceso automático o mecánico. Desde la perspectiva del juez la aplicación de una norma jurídica supone una elaboración posterior para promover tanto la predictibilidad de la ley y la justicia. En otras palabras, para que una decisión judicial sea legítima debe al mismo tiempo contribuir a estabilizar las expectativas y ser correcta.

En la jurisdicción constitucional la función de la constitución y del control judicial ha cambiado significativamente con la sucesión de los paradigmas legales prevalecientes. El desafío es volver a fortalecer la legitimidad normativa de la jurisdicción constitucional sin debilitar su utilidad en una sociedad compleja y en evolución, con muchos centros de poder interactivos que deben ser soportados en su diaria existencia por el ciudadano medio.

La jurisdicción constitucional es un asociado necesario al proceso legislativo democrático

En el proceso de acción comunicativa existe un compromiso de respeto mutuo entre los ciudadanos pero basado en un diálogo entre ciudadanos que no comparten una misma concepción del bien. Basados en la asunción que los actores comunicativos se basan en la razón para llegar a un acuerdo el control judicial debe promover aquellos derechos que puedan asegurar tanto la autonomía privada como pública en una sociedad pluralista

La aplicación de una norma constitucional por la Corte Suprema o por cualquier tribunal supone luego de la interpretación

la creación de una norma individual. De esta manera la función judicial, lo mismo que la legislativa, es al mismo tiempo creación y aplicación de derecho. Las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente productos semielaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta⁸. El proceso a través del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concreción siempre crecientes. La norma constitucional, que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractamente determinados, ciertas consecuencias determinadas de manera abstracta. En algunos casos estas consecuencias no aparecen específicamente en la Constitución misma. Esta norma constitucional tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto por la norma general, se encuentran presentes en forma concreta a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica pueda ser ordenada y ejecutada concretamente.

La función del juez con la norma constitucional no tiene carácter declarativo; el tribunal no se limita a formular derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo. Es cierto que en la decisión se aplica una norma preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones. Pero la existencia de las condiciones concretas, en relación con la consecuencia concreta, es primeramente establecida en cada caso por la resolución del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la individualización y concreción necesarias de la norma general y abstracta.

⁸ Cf. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 159.

La utilidad de la doctrina del discurso jurídico en la descripción del procedimiento ante la Corte Suprema consiste en rescatar los elementos dialógicos que son necesarios en la determinación de la nueva norma constitucional creada por el precedente que la sentencia de la Corte puede dictar. Toda sentencia crea derecho al establecer una norma individual aplicable al caso concreto, esa norma individual es producto de la transformación que el juez realiza de la norma general hipotética. En el caso de la Constitución este procedimiento es más notorio por la vaguedad extrema que pueden tener algunas de sus normas. Es por ello que conocer la Constitución supone conocer su texto juntamente con los precedentes vinculantes.

Ahora bien, toda sentencia de la Corte Suprema es fundada, ese fundamento es la base de un precedente futuro, es decir de una norma constitucional creada por las decisiones judiciales. Los fundamentos de la decisión de la Corte Suprema deben estar basados en los argumentos que han presentado las partes durante el debate constitucional que se produjo en los memoriales presentados ante el Tribunal. Es decir que el precedente es producto del debate que se produjo entre las partes adversarias en el caso, el dictamen del Procurador general y eventualmente, de los memoriales de *amicus curiae*.

Habermas resaltó la importancia de la doctrina del discurso jurídico y su expresión en Habermas es la de señalar el carácter democrático que el debate constitucional ante la Corte Suprema tiene en la determinación de la futura norma constitucional. En principio las partes se presentan ante la Corte Suprema para la determinación de una norma constitucional que no está determinada con claridad suficiente para permitir la resolución del caso. Si la norma existiera en forma indubitada el caso ya hubiera sido resuelto en una instancia inferior. Pero la creación de una nueva norma constitucional, porque de eso se trata la determinación de un precedente, requiere un debate amplio en el que se incluyan

todos los argumentos posibles. En este debate amplio no pueden participar todos los interesados pero se pueden incluir todos los argumentos que sostengan todos los interesados en la nueva norma. La inclusión de todos los argumentos existentes supone un debate democrático amplio, democrático no por la participación de todos los interesados en la nueva norma, sino porque asegura la participación de sus ideas, argumentos e intereses.

Al mismo tiempo el debate judicial incluye un elemento importante que es la igualdad entre las partes. Nuestra sociedad no es igualitaria, por el contrario contiene desigualdades que pueden ser chocantes, sin embargo el momento en que las partes aparecen con más cercanía al ideal constitucional de la igualdad es en el proceso judicial. Esta igualdad es favorecida por los elementos clásicos del proceso como la representación letrada y el acceso amplio a la información y todo dentro de un marco adversarial. Estas situaciones no ocurren necesariamente en el otro gran ámbito de representación popular que es el Congreso. Si bien los legisladores tienen una representación popular mayor que la de los jueces, sufren también de las distorsiones producto de los sistemas electorales y de las circunstancias políticas existentes en el momento de su decisión. En particular el poder Legislativo puede ser influido por grupos de interés u opinión bien organizados, con fondos amplios y con amplio acceso a la información. La existencia de grupos de interés es legítima y útil en el sistema democrático pero su influencia distorsiva del interés general puede ser corregida en un debate más amplio como es el proceso judicial.

Ciento cincuenta años de Corte Suprema

Este año la Corte Suprema cumple ciento cincuenta años; ha tenido tiempos tormentosos, otros burocráticos, pero también

momentos de gloria. En la presente integración la Corte se vislumbra como perteneciente a esos períodos luminosos. Pero debe afrontar ahora la solución de uno los conflictos más dramáticos de su historia. La definición constitucional de cómo se designan y remueven los jueces, de qué instancias se integran los tribunales y de la dimensión constitucional del Estado y si debe tener privilegios procesales. El problema con que se enfrenta es definir cómo pueden los habitantes obtener una rápida y eficaz defensa de los derechos constitucionales. En estos últimos años la Corte ha efectuado reformas que revolucionaron el proceso judicial, muchas que por su novedad no han sido todavía plenamente apreciadas por la sociedad.

La visión procesal frente a la visión normativa del control de constitucionalidad

Existían dificultades de acceso a la Corte Suprema debidas a la visión puramente procesal del Control judicial de Constitucionalidad. Sin embargo esta visión, que siempre sufrió de críticas, es abandonada por la Corte en los últimos años.

Inconstitucionalidad “facial” o “en el caso”

Consideremos la siguiente afirmación: la decisión constitucional es siempre “en el caso.” En otras palabras: la función de la Corte no es nada más y nada menos que para determinar, de acuerdo con los hechos en el caso, si el demandante tiene derecho al remedio que busca. En una cuestión constitucional esto habitualmente significa determinar si la conducta de la parte recurrente está protegida por la Constitución. Si la respuesta es afirmativa entonces la norma que pretende regular la conducta del recurrente

debe ser excluida y no se puede aplicar al recurrente. En este sentido, los derechos sirven como escudos detrás de los cuales pueden desarrollarse las actividades protegidas constitucionalmente. Una decisión que restablezca un derecho constitucional, sin embargo, no elimina la norma, ni siquiera a una parte de esa norma. Para que esta decisión que declaró la norma inconstitucional en el caso se pueda aplicar a otros recurrentes reales o potenciales, o a otras situaciones de hecho, deberá ser planteado nuevamente y decidido en casos futuros.

Consideremos ahora la siguiente afirmación: la decisión constitucional es siempre “facial.” Debe resolver la constitucionalidad de la norma más allá de cómo se aplique estrictamente al caso⁹. Siguiendo las clásicas palabras de John Marshall es enfáticamente el deber del Poder judicial decir lo que es la ley¹⁰. Esto significa que para resolver una cuestión constitucional, se debe determinar si la conducta del recurrente responde a una norma que cumple con la Constitución. Los tribunales deben determinar si la norma es constitucional a través de la búsqueda de toda la información relevante sobre sus objetivos y efectos y luego analizarlas con la doctrina constitucional vigente.

En la determinación del derecho la Corte Suprema puede optar por decidir sobre el valor “facial” de la norma, es decir analizar su constitucionalidad formal independientemente de lo requerido por las partes y de su necesidad para resolver el caso. Es decir que la necesidad de determinar el derecho a través de un

⁹ Richard H. Fallon, Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, *Harvard Law Review*, April 2000, 113 *Harv. L. Rev.* 1321. 36. Gillian E. Metzger, *Facial and As-Applied Challenges Under the Roberts Court*, *Fordham Urban Law Journal*, June 2009, Fordham Urb. L.J. 773. Stefanie A. Lindquist y Pamela C. Corley, *The Multiple-Stage Process of Judicial Review: Facial and As-Applied Constitutional Challenges to Legislation Before The U.S. Supreme Court*, 40 *J. Legal Stud.* 467. David L. Faigman, *Defining Empirical Frames of Reference In Constitutional Cases: Unraveling The As-Applied Versus Facial Distinction in Constitutional Law*, 36 *Hastings Const. L.Q.* 631.

¹⁰ En el holding de *Marbury vs. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

precedente constitucional para el conocimiento y utilidad social toman prioridad sobre las normas que decidan el caso planteado¹¹.

La otra alternativa es discutir la constitucionalidad de la norma según fue aplicada en el caso¹². Siguiendo la doctrina tradicional iniciada en Thayer¹³ que señalaba que las leyes se presumen constitucionales, que cuando no lo son es por “un claro error” del legislador, y la inconstitucionalidad se refiere fundamentalmente al caso aplicable.

Si bien esta visión ha sido abandonada desde hace años en la doctrina fundamentalmente desde las obras de Alexander Bickel¹⁴ en 1962 y de John Hart Ely en 1980, continuaron en gran medida en nuestro medio. Creo por la influencia desmedida y en gran medida inesperada de la obra de Ymaz y Rey¹⁵.

Recientemente la Corte suprema ha dictado varios fallos en los que ha analizado la inconstitucionalidad “facial” y luego determinó el derecho aplicable, más allá de lo planteado en el recurso que originó la decisión. En el caso Carlos Alberto Rosza la designación de jueces subrogantes, estableció el nuevo régimen aplicable y determinó los alcances de la declaración de inconstitucionalidad¹⁶. En el caso F., A. L. s/medida autosatisfactiva del 13/03/2012, no solo definió los alcances art. 86 incs. 1 y 2 del Cód. Penal, sino que estableció la forma de su aplicación por las autoridades sanitarias.

¹¹ Gillian E. Metzger, *Facial Challenges and Federalism*, 105 *Colum. L. Rev.*, 873, 2005.

¹² En inglés la expresión es “as applied”.

¹³ James Bradley Thayer, *The origin and Scope fo the American Doctrine of Constitutional Law*, 1893.

¹⁴ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, edición original de 1962.

¹⁵ Esteban Ymaz y Ricardo Rey, *El Recurso Extraordinario*, 2ª ed. Ed. Nerva, Buenos Aires.

¹⁶ Fallos 330:2361 (2007).

El espectro de Ymaz y Rey

En el origen de la visión extremadamente formal del control de constitucionalidad estuvo paradójicamente presente el realismo jurídico y sus versiones en nuestro país. Esta era una concepción instrumental del derecho, como un medio para fines sociales; una visión dinámica de la sociedad y las instituciones; desconfianza en las reglas del método jurídico tradicional; rechazo de la teoría imperativista de las normas; valoración de las normas por sus efectos; y un enfoque del derecho desde la perspectiva de los casos y de los problemas reales que se presentan.

Es decir que los fundamentos de la sentencia eran en gran medida irrelevantes solo una justificación para una decisión tomada por otros motivos. El derecho era un biombo discursivo que ocultaba los verdaderos fundamentos de la decisión judicial. Las sentencias debían ser de alguna manera “deconstruidas” para descubrir las razones auténticas que le dieron origen.

Una de las consecuencias inesperadas del realismo jurídico en la Argentina fue la concentración en las formas puramente procesales del control judicial de constitucionalidad. Esteban Ymaz que fuera por largo tiempo secretario y luego Ministro de la Corte Suprema de Justicia fue un activo sostenedor local del realismo jurídico¹⁷. Fue también el autor juntamente con otro secretario de la Corte Suprema Ricardo Rey, del libro clásico sobre Recurso Extraordinario. Libro tradicional en las características del proceso constitucional, esta obra concentra el control judicial de Constitucionalidad en el análisis del Recurso Extraordinario originado

¹⁷ Cito el testimonio del Prof. Emérito Roberto Vernengo en este sentido. El Dr. Jorge Reynaldo Vanossi lo recuerda como un seguidor de la teoría egológica del derecho de Carlos Cossio, su cuñado, visión no incompatible con la anterior. Asimismo Vanossi recuerda que el Ministro Ymaz tenía una visión muy amplia del poder regulatorio del Estado por lo que era muy raro que se declara la inconstitucionalidad de alguna restricción de derechos económicos. Ymaz fue Secretario de la Corte Suprema entre 1937 y 1960 y Ministro de la Corte Suprema entre 1960 y 1966. Un ejemplo de esta posición excesivamente permisiva de la regulación económica es el conocido caso Fernández Orquín c/ Ripoll del 31 de mayo de 1966.

en el artículo 14 de la ley 48. De esta manera el control de constitucionalidad por la Corte Suprema es un mecanismo extremadamente formalizado que se caracteriza por tener cinco requisitos comunes, cinco requisitos propios y cinco requisitos formales. La concesión o rechazo del control de constitucionalidad por la Corte Suprema se basaba en el cumplimiento estricto de todos estos quince requisitos. Sin duda se admitían excepciones pero solo muy esporádicamente.

Esta formalidad procesal quitó contenido al verdadero análisis constitucional de los precedentes de la Corte Suprema y su importancia para determinar el contenido de los derechos. Es cierto que esta obra se aplicó en el largo y convulsionado período de los años cincuenta a los ochenta. Período que incluyó dictaduras y momentos de grave inestabilidad política. En muchos de esos períodos la Corte Suprema no cumplió su función de control de constitucionalidad y de determinación del derecho, sino que fue simplemente una tercera instancia procesal.

Existe una tradición que se repite en los pasillos la Corte Suprema que sostiene que los fallos de ese Tribunal debían tener una redacción confusa o al menos compleja que dificultara su cita posterior como un precedente. Esta leyenda probablemente se utilice para justificar los fallos largos y de compleja lectura. Esta visión de no transparencia es de una extraña manera coincidente con la doctrina del realismo jurídico, ya que el contenido del derecho no importaba y las decisiones se tomaban por otras razones que las expuestas.

Esa tradición que concentra el control de constitucionalidad en los requisitos del Recurso Extraordinario es en gran medida responsable del formalismo que impera en parte de la doctrina constitucional argentina¹⁸. Esto tiene como consecuencia que algunos

¹⁸ Naturalmente no en toda, las citas serían tan extensas como innecesarias, pero basta recordar las obras de Barranco y Vedia, Carrió, Badeni, Bianchi, Santiago como contribuciones importantes y positivas.

interpreten la Constitución como si fuera un reglamento administrativo olvidando la referencia clásica de John Marshall: es una Constitución la que estamos interpretando que no tiene la verbosidad de un Código. En el caso “McCulloch vs. Maryland”. La Constitución no tenía “*the prolixity of a legal code*”. (17 US 316 [1819]), debía adoptarse a “todas las crisis de los asuntos humanos.

Las palabras de Marshall señalan que la Constitución es diferente a la ley y por lo tanto deben ser interpretadas en forma distinta¹⁹. Una visión crítica de esta situación supone un retorno a las fuentes clásicas de la interpretación constitucional en la Argentina, es decir recuperar su íntima relación con el derecho constitucional norteamericano y sus precedentes judiciales. De esta práctica correcta está más alejada la doctrina constitucional argentina que los precedentes judiciales. A pesar de que muchos fallos de la Corte Suprema de nuestro país puedan ser criticables, la tendencia mantenida por el tribunal en sus precedentes es la de asociarse a la de la Corte de Estados Unidos. Esto, creo, facilita la crítica constitucional.

Las innovaciones en el proceso jurídico ante la Corte

En estos últimos años la Corte Suprema se ha alejado de las formalidades y ha establecido innovaciones que cambian totalmente el proceso constitucional. Estas reformas se acercan a la idea del tribunal que determina el derecho antes que resolver conflictos y al análisis de constitucionalidad “facial” y no solamente “como es aplicada en el caso”²⁰.

¹⁹ Cfr. Frankfurter, F., “John Marshall and the judicial function”, 69 *Harvard Law Review*, 217, 1955.

²⁰ Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986.

Estas innovaciones incluyen:

Las acciones de clase

Estas acciones colectivas permiten resolver conflictos que afectan a muchos interesados pero que por tratarse de reclamos de poco monto no justifican procesos individuales que fueron creadas por el caso Halabi.

La administración judicial de grandes conflictos

Se aplican en los casos que la autoridad pública, por bloqueos internos, no puede resolverlos, como es al limpieza del Riachuelo dispuesta y organizada en el caso Mendoza²¹.

La institución de Amigos del Tribunal

Con los *amicus curiae* la Corte acepta memoriales de especialistas que colaboran con información para facilitar la solución de casos trascendentes y de esta manera permite que los precedentes que se establecen tengan la mejor información existente²².

La creación de la Oficina de Análisis Económico

Esta Oficina que recaba la información que permite conocer las consecuencias a veces ocultas o inesperadas que las decisiones adoptadas pueden tener en la sociedad.

La expansión de las acciones declarativas de certeza

Los precedentes de la Corte han transformado esta antigua “acción de jactancia” en un instrumento procesal que permite ana-

²¹ Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/Estado Nacional y Otros s/Daños y Perjuicios, daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo.

²² Acordada 7/2013 del 23-04-2013.

lizar la constitucionalidad de las normas aun superando los límites del agotamiento previo de la vía administrativa y del *solve et repute* en materia tributaria. Tuvo una importante evolución de ser una acción utilizada fundamentalmente en el derecho privado frente a quienes alegaban un derecho que no tenían, a un procedimiento que se aplica activamente en el derecho público federal. Tiene la misma extensión del amparo pero sin sus limitaciones como proceso de conocimiento²³.

El fin de las “sentencias arbitrarias”

Estas fueron siempre ajenas al control de constitucionalidad; habían favorecido la transformación a la Corte Suprema en una tercera instancia de derecho común. La nueva doctrina es clara,

La doctrina de la arbitrariedad es de aplicación estrictamente excepcional y no puede requerirse por su intermedio el reexamen de cuestiones no federales cuya solución es del resorte exclusivo de los jueces de la causa, salvo que se demuestre su notorio desvío de las leyes aplicables o una total ausencia de fundamento, pues esa doctrina no pretende convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni tiene por objeto corregir fallos equivocados, toda vez que sólo pretende suplir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento que impidan considerar a la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. TECSA S.A. c/Provincia de Formosa y otro s/ Contencioso Administrativo. T. 334, P. 541

²³ Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa, Fallos Corte: 320:690.

Los requisitos de la acordada 4/2007

Esta acordada transformó al Recurso Extraordinario ya que estableció la determinación clara de la cuestión constitucional planteada y los precedentes aplicables al caso. Simplificando las formalidades del caso, aunque su aplicación, particularmente por Tribunales Superiores de provincia ha sido restrictiva innecesariamente.

Temas en formación

Uno es el paso del **certiorari negativo al certiorari positivo**. Que permite la concesión del recurso extraordinario aun fuera de los casos estrictos del artículo 14 de la ley 48. No solamente el rechazo cuando la cuestión federal es “insustancial”.

El otro, el **per saltum**. Después de su origen confuso luego del caso Dromi, se invalidó a un uso posterior sin una ley que lo declarara. Ahora la ley existe y puede ser que algo creado con fines políticos inmediatos tenga un futuro algo más trascendente. Se encuentra legislada en los Artículos 257 bis y 257 ter del Código Procesal. Referida a casos de “notoria gravedad institucional” y en casos de gravamen irreparable o de insuficiente reparación ulterior.

Toda esta evolución reciente de la Corte Suprema ha sido tan rápida que no ha sido todavía plenamente comprendida por la sociedad. En gran medida los litigantes no están preparados para afrontar el cambio.

Las limitaciones del Recurso Ordinario que mantiene un privilegio a favor del Estado, cuando constitucionalmente no es un actor que pueda tener diferencias de trato con los demás recurrentes. Al mismo tiempo transforma a la Corte Suprema en una tercera instancia.

El proceso judicial como garantía democrática

Se ha debatido en el pasado que el control judicial tiene un conflicto con la legitimidad democrática. Es un error, cuando las personas y particularmente las más humildes sufren el embate de gobiernos o de empresas poderosas, la defensa de sus derechos se hace por acción judicial. La influencia sobre los poderes políticos es compleja y costosa y en muchos casos ineficaz. Sin embargo para iniciar el proceso judicial basta en muchos casos con un amparo, la solicitud de una medida cautelar o una acción declarativa.

El proceso judicial es la garantía democrática de saber que antes que se me aplique una norma que limita mis derechos o antes de que se me niegue un derecho que reclamo, tenga un debate ante un juez y que el establezca el precedente que resolverá el conflicto asegurando la validez de los derechos constitucionales. En la compleja sociedad moderna el proceso judicial es la versión actual de las antiguas asambleas que aprobaban las normas y los gastos de una comunidad. El ejercicio de los derechos no debe ser un acto heroico sino por el contrario un debate argumentado ante un juez.