

Jueces y democracia: el control de constitucionalidad en su dimensión confrontativa



Gonzalo S. Kodelia

1. Caracterización de los poderes judiciales

Un cuerpo de agentes asignados al ejercicio de las funciones estatales jurisdiccionales, reclutados de las capas altas de las sociedades, con la misión de defender el *statu quo* vigente, perpetuos en el cargo e irresponsables frente al escrutinio público, no son signos patológicos sino efectos buscados en los poderes judiciales.

Esos departamentos estatales se mantienen gracias a la idea instalada de resultar necesario a toda sociedad, contar con un contrapoder que “modere” los ímpetus populares. Esa función de “guardián” puede relacionarse a los principios morales para evitar su disolución, a las tradiciones para no perder la identidad o, modernamente, a la Constitución para salvaguardar los derechos.

A ese poder conservador es al que atacó la Revolución francesa puesto que, más que a conservar, venía a transformar. De ahí que los parlamentos judiciales franceses operaron como refugio de la aristocracia vencida, mientras que el Estado revolucionario se apartaba de sus garras, creando el sistema de doble jurisdicción que, aún hoy, pervive en ese país (García de Enterría y Fernández, 2006: 570).

También lo intentaron los norteamericanos, pero allí la reacción liberal logró instalar la exitosa fórmula del “equilibrio de poderes”, exportándola al mundo para combatir a la democracia que, en esas tierras, quedaba representada por las revueltas de los granjeros deudores, como la encabezada por el héroe de la independencia Daniel Shays, o por las movilizaciones populares dirigidas por el líder del grupo

de los deudores en Rhode Island, Jonathan Hazard (Gargarella, 2008: 69-70). Con el control de las asambleas locales, estas “facciones”, tan combatidas por el pensamiento liberal, exigían la condonación o reprogramación de los vencimientos mediante la emisión de títulos garantizados por el Estado que aliviase la persecución de los acreedores. Y, precisamente, para contar con un espacio institucional de representación y defensa de este último grupo, los publicistas liberales norteamericanos militaron por la creación de un Poder Judicial federal que “equilibre” las demandas de las asambleas locales.

El Poder Judicial argentino no escapa –como jamás hubiese podido– a esta génesis antidemocrática. Pero en nuestro caso, como suele suceder en las segundas veces, la historia se repite como farsa.

Nuestro Poder Judicial se constituye como un farsante, en su marca de origen militan la mentira y la muerte. En la figura y la acción de Salvador María del Carril, aquel ministro rivadaviano, puede resumirse una génesis institucional que hizo de nuestra Corte Suprema el espacio más antipopular de la ingeniería jurídica y política nacional.

Quien fuera miembro inaugural y segundo presidente del tribunal, fue el mismo que instigó el fusilamiento del líder popular Dorrego en manos del general Juan Galo de Lavalle, sin juicio previo ni apariencia de tal, puesto que reconocía la imposibilidad de probar crímenes que merecieran tal calidad de pena (Pigna, 2005: 180; Ramos, 1999: 80-81). De este modo, quien negara justicia, corta las cintas del palacio supremo. Nada bueno podría venir de tan dramático germen.

1.1. Una renombrada investigación sociológica, que ya cuenta algunos años, confirmó la integración de los poderes judiciales por los estratos más tradicionales de la comunidad (Kunz, 1988: 8-12). Esta identificación de clase no solo resta representación a los niveles menos favorecidos de la sociedad, sino que hace a la “imagen social previsible propia de los jueces en general”, quienes solo alcanzan a concebir los modos sociales que se extienden “a partir de los puestos superiores hasta la clase media inferior. Pero por debajo de este ambiente está casi el 60% de la población que se puede llegar a percibir como un mundo extraño” (Kunz, 1988: 13).

Pero, además, hay dos notas que hacen inexpugnables las murallas judiciales: la trama interna de relaciones y la poca visibilidad de sus protagonistas. Todo el poder judicial está atravesado por intrigas de palacio. Su estética y su etnografía hacen de esos pasillos los lugares más permeables al tráfico de influencias. Las atmósferas densas, el aire irrespirable, los papeles y las polillas, los altillos y archivos, y los colores grises en las tonalidades más desconocidas que magistralmente describiera Kafka, no son solamente el resultado de su genio literario, sino la opresiva densidad instalada en la cual sus operadores circulan con destreza y comodidad.

Cualquier intento de oxigenación –que no debiera ser menos que la ráfaga que barrió para siempre los “cien años de soledad” de la estirpe de los Buendía– choca con los músculos bien tensados de un Poder Judicial entrenado diestramente en sus defensas corporativas.

Pero todavía hay un elemento más peligroso. El Poder Judicial dejó de ser tal para convertirse en “la Justicia”. Ha capturado el significante y toda su carga emotiva para intentar una operación de lavado de sus togas, hundidas en barro. Por burda, la maniobra no careció de éxito. Circula desparramada una configuración de sentido que coloca a los jueces en una posición apolítica y al derecho como un organismo neutral.

Cuando esa corporación de funcionarios públicos se adueñó del discurso constitucional, la cosa no podía sino empeorar. El punto de confluencia entre política y Constitución, generó en el funcionariado judicial un cuerpo de burócratas altamente cotizados y relativamente independientes de sus eventuales clientes.

Las coaliciones político-sociales con vocación de poder y dominio del Estado deberán acudir necesariamente a los servicios judiciales y negociar con sus representantes el costo de esas transacciones. El producto ofrecido resulta apetecible: apuntalar un proyecto político de clase bajo el ropaje constitucional.

1.2. Corresponde al Estado nacional tener sus propios jueces, distribuidos en una Corte Suprema y demás tribunales inferiores que el Congreso establezca (art. 108, CN). Además, nuestro federalismo centralista configuró tantos poderes judiciales como provincias federadas, pero todos subordinados al Poder Judicial de la Nación, mediante diseños de control que culminan en la Corte Suprema.

Desde las primeras leyes de organización de la justicia nacional (27 [1862] y 48 [1863]), conviven instrumentos visibles y teñidos de apariencia jurídica –como el recurso extraordinario federal– con mecanismos más ocultos y sin recatos académicos: las potestades sancionatorias, la facultad reglamentaria, el diseño y ejecución del presupuesto, la autarquía judicial, el manejo de los ascensos, la selección y distribución de las causas, y un cúmulo de actividades y prácticas que hacen de los jueces federales auténticos “señores” de sus juzgados, con dominio absoluto sobre bienes y personas que circulan en su ámbito de influencia.

La retórica que coloca a los jueces como terceros independientes (del Estado) e imparciales (de los litigantes), e identifica a la función judicial con la decisión de “causas” (controversias entre partes), es la ideología que las escuelas de derecho enseñan y que, como tal, vela los auténticos móviles que dan sentido a la existencia de poderes judiciales en Estados democráticos.

2. Administración del Poder Judicial de la Nación

Felipe de Borbón, duque de Anjou, inicia la dinastía de los Borbones en España como Felipe V (1700). El monarca paradigmático de esta casa real, Carlos III, crea el Virreinato del Río de la Plata (1776) y realiza unas reformas económicas y administrativas para sus dominios ultramarinos que proyectarán sus consecuencias al período revolucionario.

Dentro de las primeras, la abolición del monopolio comercial configurado por la ruta Sevilla/Cádiz-Lima (1778). En cuanto a las segundas, la sustitución de los corregimientos (y, con ella, el fin del repartimiento indígena) por el régimen de intendencias (1782). Dentro de las ocho creadas para el territorio del Virreinato, había una que era *super*: la de Buenos Aires. Así, el superintendente de Buenos Aires concentraba cuatro funciones del Virreinato: justicia, guerra, policía y, sobre todo, hacienda.

Esta verba preindependentista del derecho colonial, es la que todavía define la disputa entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura: el dominio de la Superintendencia, es decir, del manejo de la hacienda.

En efecto, desde la puesta en marcha del Consejo (Ley N° 24937 [1998]), lo que era propio de la Corte encontró un contendiente. Parado en el artículo 114 de la CN, el Consejo reclamó –y la Corte siempre negó– la elaboración y ejecución del presupuesto del Poder Judicial. No está de más recordar la trama de intereses que rodean estas cuestiones, y las eventuales alianzas que pueden generar las competencias para definir escalas salariales, disponer ascensos, crear juzgados, distribuir partidas y nombrar funcionarios.

La concepción del poder que permea a toda la Constitución Nacional, apoyada en la teoría conservadora de la división de poderes, fundó el triunfo de la Corte como titular del Poder Judicial y la definición del Consejo como órgano subordinado. Otra manifestación del poder de la última palabra: a cada resolución del Consejo, una pareja de la Corte invalidándola.

Pero, ¿hubiesen estado mejor las cosas si el ganador hubiese sido el Consejo? No hay motivos para intuir tal cosa. Solamente reparar en que el Consejo (por su representación política) es un órgano con algo más de movilidad y permiso de entrada al pueblo. Un órgano por el que se puede intentar un boquete en las infranqueables paredes judiciales.

Prueba de ello fue la fallida ley de elección directa de sus miembros (26855 [2013]) y, más aún, la reacción judicial por su invalidez.¹

2.1. La Ley de Autarquía del Poder Judicial (23853 [1990]) establece ventajas que son envidia y deseo pecaminoso de toda repartición pública:

- a) elaboración directa del presupuesto, sin recortes de la Administración Central;
- b) alícuota fija de los recursos generales (3,5%): el 2,93% para el Consejo y el 0,57% para la Corte;
- c) facultades tributarias propias: tasas y aranceles;
- d) libertad para realizar inversiones financieras; y
- e) remisión automática de fondos por el Banco de la Nación Argentina, sin cobro de comisión.

¹ CSJN, Rizzo, Jorge Gabriel, 18/6/2013, Fallos 336:760.

A la Corte se le reservan prerrogativas de administración y disposición que terminan de sellar, con rango legal, su victoria frente al Consejo:

- a) elevación del presupuesto general del Poder Judicial;
- b) apropiación de los recursos específicos;
- c) facultad de reestructuración del presupuesto total asignado al Poder Judicial;
- d) facultad para requerir anticipos de fondos;
- e) establecimiento de las remuneraciones de jueces y empleados judiciales; y
- f) fijación de los montos y actualizaciones de tasas y aranceles.

Sin embargo, el razonamiento vuelve a ser circular, puesto que no es lo que digan las leyes lo que subyace al auténtico poder de la Corte, sino su liberación de todo control:

- a) del pueblo, por su régimen de nombramiento y perpetuidad en el cargo;
- b) de los poderes Legislativo y Ejecutivo, por el control de constitucionalidad;
- c) de las instancias supranacionales, por su apropiación del discurso convencional; y
- d) de los organismos de control, ya que la Auditoría General de la Nación no la controla y, respecto al Poder Judicial, solo lo hace bajo la “modalidad y alcances” que disponga la Corte (párrs. 2 y 5, art. 117, Ley N° 24156).

3. Control de constitucionalidad

En lo atinente a la relación entre la Constitución y las leyes existe un extenso recorrido. Pero vale la pena detenerse a pensar qué es lo que defendemos cuando promovemos respetar la Constitución.

La primera respuesta: los derechos. Y volvemos al punto inicial: qué es defender los derechos, por cuanto muy lejos estamos de un entendimiento unívoco de ellos. Y así, reiniciamos el proceso como en cinta de Moebius.

La circularidad se da, puesto que no hay Constitución ni derechos, sino nuestras ideas como sujetos de una y otros. De lo que se trata es de política, como disputa, y de derecho, como desacuerdo. Y si de algo sirve el discurso constitucional es para tenerlo como aliado en esa disputa y desacuerdo.

Identificados cada uno de nosotros –vaya uno a saber por qué– con unas u otras ideas, proyectos y demandas políticas, el discurso constitucional bien manejado despliega una amplia gama de sentidos que, abrigados en lo racional, apuntan al campo emotivo. Quién puede negar que significantes tales como libertad, igualdad, justicia, república, derechos, democracia, transparencia, bienestar,

nación, no sean altamente codiciados por los distintos intereses sociales que conviven en desacuerdo perpetuo en toda comunidad.

Adjudicarse la Constitución es un diferencial que coloca al campo político que lo domine con hándicap respecto a sus competidores. Tener la posesión de ese discurso permite apelar al útil sofisma de “hacer decir” a la Constitución, lo que –como única verdad– el sujeto que la domina dice de ella.

3.1. Hoy hay dos corporaciones que monopolizan el discurso constitucional: el funcionariado judicial y los operadores mediáticos. En efecto, las empresas de tráfico informativo integran los despachos judiciales y planifican, en conjunto, las estrategias a desplegar: los expedientes ya no se cosen en los juzgados, sino que se cocinan en los sets de televisión. Esta bruta apropiación de la Constitución, no solo corresponde al “cuarto poder”.

Sin previsión constitucional alguna, pero invocando esa misma Constitución, la Corte se adjudicó el rol de controlar las leyes y los actos de la Administración, es decir, la posibilidad de desafiar a los otros poderes del Estado mediante la facultad para anular sus decisiones: a esto llamamos “control de constitucionalidad”. Y no solo eso, sino que encontró en la “esencia del orden constitucional” que no solo ella –la Corte– sino todos los jueces

tengan, no solo la facultad, sino la obligación, de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional, en todo caso, y los de las respectivas Constituciones de Provincia en los que corresponda, a los preceptos de las leyes ordinarias.²

Más aún, el deber del Poder Judicial de aplicar las leyes y reglamentos estaba subordinado a un escrutinio previo, ya que solo aparecía cuando “emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución”.³ De este modo se completaba el proceso adjudicando, al control de constitucionalidad, su calidad de “difuso”, es decir, dispuesto para todo aquel a quien le calce el rótulo de “juez”.

Pero si en el principio esta competencia quedaba sujeta a ciertos requisitos legales o, a modo de autorrestricción, jurisprudenciales, hoy resulta liberada de todo corsé. Repasemos:

- a) no hay necesidad de causa, ya que las inconstitucionalidades se declaran en acordadas y resoluciones (Bianchi, 2002: 290-296);⁴
- b) no se necesitan sujetos legitimados, basta el interés simple del ciudadano;⁵

2 CSJN, *José Caffarena*, 21/9/1871, *Fallos* 10:427.

3 CSJN, *Carlos Casado*, 5/2/1881, *Fallos* 23:37.

4 Fue precisamente por la Acordada N° 20/96 (*Fallos* 319:24), que la Corte declaró inconstitucional el art. 1° de la Ley N° 24631, por el cual se impuso a los sueldos y jubilaciones de los jueces y demás funcionarios del Poder Judicial la obligación de tributar ganancias.

5 CSJN, *Colegio de Abogados de Tucumán*, 14/4/2015, *Fallos* 338:249.

- c) los efectos rompieron el expediente de partes y se proyectan como leyes gracias a la legitimación colectiva;⁶
- d) la declaración no necesita de petición, ya que el juez la dicta por su oficio;⁷
- e) que la cuestión revista actualidad ya no es indispensable, pudiendo recaer pronunciamientos en asuntos prematuros o abstractos;
- f) arbitrariedad absoluta en la concesión de recursos –mediante la manipulación de los requisitos del recurso extraordinario federal– y en su rechazo –a través de la plancha del 280–;⁸
- g) liberación de toda autoridad externa, rechazando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, de ese modo, apropiándose no ya del discurso constitucional sino, además, del convencional;⁹
- h) la inconstitucionalidad no espera a la sentencia, sino que llega antes en los autos cautelares;
- i) no hay límite en su objeto, puesto que leyes enteras pueden caer bajo su casación.

3.2. Así vemos que las leyes son aquello que sanciona el Congreso, promulga el presidente y no declara inconstitucional un juez. El proceso no culmina con la publicación de la norma en el Boletín Oficial, sino en los despachos judiciales que se reservan el auténtico poder de veto.

Pero lo que lleva al paroxismo a este poder, es su calidad de difuso. Todo juez, de cualquier jurisdicción, fuero y jerarquía, monopoliza el discurso constitucional, se reserva la última palabra en esa materia y desafía al resto de los poderes.

Si la academia jurídica ha presentado a este ensamble como “sistema” solo es posible ante la mirada impávida de un auditorio adormecido por siglos de sedación doctrinaria. Todo lo contrario. No existe posibilidad alguna de que esta terapéutica pueda presentarse como un armado coherente, ordenado y sistémico, aunque así se lo haya pretendido. Desmontar esta falacia, denunciar su carácter ideológico, es una tarea urgente de una militancia jurídica desmarcada de tradiciones.

⁶ CSJN, *Halabi*, 24/2/2009, Fallos 332:111; *Padec*, 21/8/2013, Fallos 336:1236.

⁷ CSJN, *Mill de Pereyra*, 27/9/2001, Fallos 324:3219; *Rodríguez Pereyra*, 27/11/2012, Fallos 335:2333.

⁸ El *certiorari* negativo que dicho artículo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra, permite a la Corte rechazar su jurisdicción extraordinaria, aun reunidos los requisitos que la habilitan, “según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma”.

⁹ CSJN, *Fontevicchia*, 14/2/2017, Fallos 340:47.

4. Desvaríos del control difuso y sin causa

Resulta provechoso el análisis de una línea jurisprudencial recorrida por tres precedentes de la Corte que simbolizan el solapamiento, la reconfiguración y, finalmente, la liquidación del concepto de *causa*.

La causa merece ser mantenida porque garantiza dos principios: uno político que ayuda a mantener en sus ámbitos propios al poder judicial sin contribuir a su sobredimensionamiento, abonando de esta forma al principio de división de poderes; y otro jurídico de corte más bien procesal, relacionado al principio de congruencia que ordena que la decisión judicial solo tenga por objeto lo pretendido por las partes, sin fallar ni en más ni en menos.

En relación con esto último, la causa no presenta un contenido estático, sino que puede ir mutando a medida que avanza el proceso y se van sucediendo las intervenciones de las distintas instancias. En efecto, una causa puede iniciarse con determinado pleito y ese pleito mutar por los aportes dinámicos de las partes y las sentencias de los tribunales que previenen a la Corte.

El viaje por la línea jurisprudencial propuesta nos presentará paisajes de reformas constitucionales (nacionales y provinciales) y leyes de mayorías calificadas que llegan al escrutinio judicial, mediante legitimaciones activas ampliadas y causas judiciales rediseñadas, es decir, mediante mecanismos disipadores de los “frenos” y, al recaer en el “guardián último” y custodio final de la interpretación constitucional, sin “contrapesos”.

Lo llamativo es que esta difuminación de la línea de frontera judicial no haya despertado las voces históricas que llenan de ruido la discusión pública cuando denuncian avances legislativos. Esta miopía en la lectura del sistema de frenos y contrapesos o de equilibrio de poderes pone en duda el auténtico compromiso con la defensa de esos principios, ya que un sostenedor honesto de esos esquemas debiera proceder con la misma intensidad y vehemencia en la denuncia de las intromisiones, independientemente del poder del cual provengan.

4.1. En *Fayt*,¹⁰ la causa se inició como una disputa por la validez de la reforma constitucional de 1994, en lo que toca a su artículo 99, inciso 4, párrafo tercero, por el cual se establece la caducidad de los nombramientos judiciales al cumplir el magistrado la edad de 75 años, cuando el régimen anterior por el cual se había designado al juez accionante, no contemplaba un límite temporal para su mandato.

La Cámara rechazó la pretensión de invalidez constitucional, pero admitió la acción declarativa de certeza en cuanto a la situación individual de Fayt, asumiendo que el nuevo régimen constitucional no alcanzaba al magistrado, quien había sido nombrado en los marcos constitucionales anteriores a la reforma.

Al recurrir solamente el Estado nacional, Fayt consintió la cuestión constitucional, la que, de esta manera, quedó firme. Es decir, la causa ya no se integraba con la discusión acerca de la validez del

¹⁰ CSJN, *Fayt*, Carlos Santiago, 19/8/1999, Fallos, 322:1616.

artículo 99, inciso 4, párrafo tercero, sino con la aplicabilidad o no de la reforma declarada válida a la situación individual del juez Fayt.

La dinámica del proceso hizo que la causa actual al momento de intervenir la Corte sea distinta a la planteada inicialmente. Sin embargo, la Corte rehabilitó una cuestión fenecida, sin parte que la alegara, y resucitó una causa ya resuelta.

La controversia sobre la que debía decidir quedó huérfana y, por el contrario, decidió un asunto que ya no era controvertido: la validez de la reforma constitucional. De este modo, paradójicamente, la situación del Estado nacional hubiese sido más beneficiosa si desistía del recurso extraordinario.

La actividad de los constituyentes votados por el pueblo fue declarada nula, mediante el solapamiento del conflicto que revestía actualidad, regenerando una cuestión ya resuelta y consentida por las partes, y paralelamente, barriendo con las garantías de la cosa juzgada y del principio de congruencia.

4.2. En *Rizzo*, citado anteriormente, el actor se presentó en su condición de apoderado de una agrupación de abogados y en defensa de intereses individuales homogéneos de abogados, jueces y académicos, que consideró afectados.

La pretensión esgrimida se dirigía a impugnar por inconstitucional la Ley N° 26855, mediante la cual se modificó la composición del Consejo de la Magistratura y el procedimiento de elección de sus miembros.

No hubo de parte de la Corte un desarrollo argumentativo que definiera los términos de la legitimación asignada al demandante ni el alcance de los efectos de la decisión que de ella se derivarían; limitándose a señalar que el régimen impugnado proscribía a la agrupación que el actor representaba.

La absoluta despreocupación de la Corte por definir la delimitación concreta de la clase supuestamente representada, y los mecanismos para adherir o no a la misma, no puede sino atentar contra el derecho de defensa del resto de los ciudadanos a quienes se ignoró como sujetos de la ley invalidada. Como lo manifestó la Procuración General en su dictamen,

la invocación de intereses sectoriales [...] no es suficiente para cuestionar una norma de carácter general, dictada en beneficio de los intereses de toda la sociedad. A su vez, los intereses individuales cuya protección se arroga el demandante carecen de la homogeneidad que exige la doctrina de *Fallos* 332:111 [Hablabi], pues no es posible conjeturar que todos los abogados de la matrícula federal compartan su postura que –por lo demás– contradice el interés del electorado –que comprende también a los abogados– en elegir, por la vía del sufragio universal, a sus representantes en un órgano de gobierno de gran envergadura institucional, que ejerce la delicada función de control sobre el Poder Judicial de la Nación.¹¹

¹¹ PGN, *Rizzo*, Jorge Gabriel, 17/6/2013.

Además, si se consideraba que la ley proscribía a la agrupación de abogados, al establecer que los candidatos sean propuestos únicamente por partidos políticos, bastaba que se declare inválido ese artículo legal para levantar la prohibición y permitir la participación, contribuyendo a dotar de congruencia y de transparencia a la opaca fundamentación de legitimación de la actora.

Con todo, falta aún que la Corte nos explique si el resto del derecho electoral también será considerado proscriptivo, ya que con base en los artículos 37 y 38 de la CN, la representación política queda monopolizada por los partidos políticos, con el mismo criterio de la ley cuestionada en *Rizzo*; razón por la cual, el argumento invalidante podría trasladarse al resto de las elecciones que se convoquen de ahora en más.

Pero más allá de la opacidad en la legitimación, del *ultra petita* en la decisión y del desmarque de los artículos 37 y 38 de la Constitución, la historia del control difuso se repite, también en *Rizzo*, como farsa. Ello así, por cuanto el fallo, además, carecía de actualidad. Como lo apunta Zaffaroni en su disidencia, sin rehuir a destilar una sutil ironía,

el proceso electoral en cuanto a la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura, se encuentra suspendido por efecto de otras decisiones judiciales federales de distinta competencia, que han sido puestas en conocimiento de las autoridades. Por consiguiente, el tribunal decide en esta causa por imperio de ley, pero cabe advertir que en virtud de disposiciones procesales y de la elección de las vías de impugnación y que a la fecha no han llegado a conocimiento de esta Corte, se produce una extraña circunstancia que lleva a resolver una cuestión que bien podría considerarse como materialmente abstracta.

Curiosa defensa del Estado de derecho aquella que anula leyes que consagran no menos sino más derechos políticos para el pueblo y que, desde el fallo, caen en descuento del conjunto y en recuento de algunos grupos: de abogados, de jueces y de académicos. Sendas aún no finalizadas de la restricción política o, lo que es igual, de la democracia incompleta.

Es así que, invirtiendo dramáticamente los términos de la célebre proclama universitaria del '18, después de *Rizzo* “contamos para el país una libertad menos y una vergüenza más”.

4.3. En el ya citado Colegio de Abogados de Tucumán, la entidad demandante cuestionó la actividad de la Convención reformadora de la Constitución local, en cuanto a la incorporación del Consejo Asesor de la Magistratura en el Poder Ejecutivo de la provincia.

Sin embargo, la Corte no limitó su análisis a la legitimación de la actora, sino que la extendió a “la simple condición de ciudadano”, la que “resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés especial o directo”. La Corte no puede escapar a una contradicción manifiesta, porque al mismo tiempo que acepta que esta configuración no corriente de la legitimación se presenta en “situaciones excepcionalísimas”, las asimila a todas aquellas que lesionen “expresas disposiciones constitucionales que

hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental”. ¿Qué “situación excepcionalísima” puede abordarse desde parámetros de una labilidad tal como la “esencia de la forma republicana de gobierno”? ¿Cómo hacer para cercar con esos indicadores maleables situaciones que debieran contar con los más rígidos y tasados criterios de control? No puede quedar al margen que lo que se está anulando es la actividad de una Convención Constituyente local y que los recaudos para habilitar su escrutinio por instancias federales debieran elaborarse con la mayor prudencia en virtud de su trascendencia institucional.

Pero además, la Corte termina por responder que no queda habilitada la instancia del recurso extraordinario federal al no configurarse el requisito de relación directa e inmediata de la cuestión federal invocada con los puntos decididos en la sentencia apelada (art. 15 de la Ley N° 48) y reconoce la falta de actualidad del agravio invocado, atento a que la provincia dispuso mediante su derecho público local, la organización del Consejo Asesor de la Magistratura en el ámbito del Poder Judicial, tornando a la causa en abstracta.

Podrá decirse que las afirmaciones acerca de la legitimación del simple ciudadano para impugnar normas que afecten la esencia de la forma republicana de gobierno constituyen narraciones en *obiter dictum*, sin fuerza de precedente. Sin embargo, al no regir en nuestro ordenamiento la regla del *stare decisis*, su valor como fuente interpretativa para futuros pronunciamientos no queda descartada; más aún si vemos la práctica corriente de la Corte, de los tribunales y del resto de los operadores jurídicos, cuando sin escapar a cierta holgazanería, no discriminan los argumentos en *holding*, trayendo sin precisiones algún recorte de decisiones anteriores para fundar sus escritos.

Sin que se configure ninguno de los requisitos de la causa, la Corte dedicó largos párrafos para desembarazarse de un elemento molesto, rediseñando hasta el paroxismo el concepto, hasta llegar a posiciones abolicionistas y liquidacionistas, que lo expulsan como elemento de restricción.

La Corte se libera así del incómodo condicionante para entrar de lleno a las cuestiones sobre las que le interesa intervenir, sin más limitaciones que su propio deseo.

Los tres fallos se unen en la condición de atender cuestiones relacionadas con ámbitos dominados por el Poder Judicial, por tratarse de reformas constitucionales o leyes calificadas y por, sobre todo, existir alternativas de menor trascendencia institucional, lo que desafía abiertamente el postulado de la declaración de inconstitucionalidad como última ratio del ordenamiento jurídico.

5. La Corte en tiempos de pandemia (o el riesgo de convertirse en un poder inútil)

La convulsión planetaria desencadenada por la pandemia de coronavirus no ha sido inmune al arco ideológico, el que, paradójicamente, acortó distancias. A izquierda y derecha encontramos desbocados. Unos, paranoicamente conspirativos, aluden a invenciones de los gobiernos para continuar el estímulo del pánico colectivo, habiéndose “agotado el terrorismo como causa de las medidas excepcionales”

(Agamben, 2020a: 19). Otros, montados en el negacionismo, sintetizan el drama en una “histeria” o “fantasía”, lo reducen a un “resfriado” o “gripe” más, lo tratan con medicamentos “milagrosos” como la hidroxiclороquina o declaran contundentemente al culpable: el virus es “chino”.¹² Ambos, convergen en “no parar”: los primeros porque las medidas preventivas nos condenan “a vivir en un estado permanente de miedo y de inseguridad” y porque esos experimentos buscan “que paremos de una vez por todas de hablar y de reunirnos por razones políticas o culturales” (Agamben, 2020b: 255-256); los segundos, porque si el mercado (la ganancia) no continúa, serán más los (inverificables) muertos futuros que los (verificados) muertos presentes. Ninguno asume lo que en definitiva es: una situación desconocida. Sí, una herida narcisista a la humanidad soberbia del “progreso” y de la “ciencia”. Un cachetazo que nos revela nuestra auténtica ignorancia, un testimonio existencial de nuestra vulnerabilidad y una necesidad actual de rebobinar siglos de historia para encontrar algo, en alguna medida, eficaz: la cuarentena. En definitiva, una trágica demostración de que tanto no hemos “progresado”.

Este presente arrollador desnuda, aún más, ciertas miserias del derecho. Y es esta encrucijada histórica, la que no puede dejar de impactar en los operadores jurídicos, si quieren estar a la altura de las circunstancias y representar un papel útil en la vida comunitaria. “Mejor pues que renuncie quien no pueda unir a su horizonte la subjetividad de su época”, sentenciaba lapidariamente Lacan a sus colegas. Y seguía: “Que conozca bien la espira a la que su época lo arrastra en la obra continuada de Babel, y que sepa su función de intérprete en la discordia de los lenguajes” (Lacan, 2009: 308). Ciertamente, no pecaríamos por exceso si trasladáramos el ejemplo a nuestros juristas y, con más precisión, sobre aquellos que ejercen la función pública jurisdiccional.

Y en este contexto de radical incertidumbre, de ignorancia existencial, de corrimiento de todo velo simbólico, de precipitación hacia lo “real” o, lo que es igual, hacia aquello frente a lo cual nos quedamos sin lenguaje (sin palabras); con los cuerpos ahí, calientes, enfermos, en piras infernales, con las mentes atormentadas, con los lazos interrumpidos y con los abrazos suspendidos; es precisamente cuando más necesitamos que nos digan algo, es el ruego de los devas hinduistas a su dios: “Háblanos” (Lacan, 2009: 309). Es necesitar, de los poderes públicos, alguna certeza.

La Corte fue convocada a tal tarea, sin embargo, la rehuyó. Pudo habernos hablado claramente y no lo hizo; pudo habernos dado, en un contexto de absoluta carencia, algo de certeza. Pero eligió no hacerlo.

Ese fue el objeto, precisamente, de la acción declarativa interpuesta por el Senado de la Nación, representado por su presidenta, Fernández de Kirchner.¹³ Y fue así y no al revés. Quiero decir, como bien lo aclara Rosatti en su concurrencia, el que acudió a la Corte fue uno de los poderes supremos del Estado. Así lo dice el artículo 36 del Reglamento del cuerpo cuando afirma que “Solo el presidente habla en nombre del Senado”. Sin embargo, para la Procuración General (Casal), la mayoría (Highton, Lorenzetti y Maqueda) y para el disidente parcial Rosenkrantz, se trató de una presentación de Cristina Fernández de Kirchner. La diferencia lejos está de ser solo nominal. Es política y referencial

¹² Son las posiciones de líderes de escala planetaria como Trump y Bolsonaro.

¹³ CSJN, *Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza*, 24/4/2020, Fallos 343:195.

pero, sobre todo, comunicacional: en el primer caso, uno de los poderes del Estado solicitando dialogar con otro en un contexto inédito de crisis planetaria; en el segundo, la reducción a un arrebato personal carente de reflejo institucional. En el primer caso, la necesidad evidente de una puesta en común de las máximas autoridades del Estado frente a un mundo puesto al revés; en el segundo, el apasionamiento individual y la elección de un discurso comunicativo de fácil traducción editorial, que ya ha sido recorrido y ha probado su formidable éxito.

La cuestión, entonces, era saber si el Senado podía acudir al artículo 30 de su Reglamento para sesionar en forma virtual, ya que esa disposición ordena la constitución del cuerpo en la sala de sus sesiones, “salvo en casos de gravedad institucional”. Ante la demanda social de que las instituciones funcionen (de que “digan”, de que “hagan”), una de ellas –el Senado– solicitaba a otra –la Corte– que, en su rol de último intérprete constitucional según nuestro sistema, otorgue certeza acerca de si esa modalidad de sesión impuesta por el contexto, podía considerarse (o no) constitucionalmente válida. Se trataba de ponerse de acuerdo acerca de cómo funcionar en un momento (primeras semanas del aislamiento obligatorio) en donde absolutamente todo era ignorancia e incertidumbre. Era fundar rápidamente nuevos acuerdos que organicen nuevas bases de actuación y, en ese orden, pareciera que el camino elegido de diálogo entre las máximas autoridades del Estado, era el más apropiado. Y económicamente el más rentable, puesto que acordar inicialmente es menos costoso que disentir en el futuro, por lo mismo que prevenir tiene menos consecuencias dañosas que corregir. Una certeza constitucional acerca de si la modalidad virtual era válida o no, hubiese evitado lo que aún hoy no sabemos: si la actuación del Congreso será declarada inválida por la modalidad de sesión instrumentada.

Bastaba con decir “sí” o “no” y refundar acuerdos de actuación básicos. Sin embargo, el camino elegido fue rechazar la acción, es decir, ni “sí” ni “no”, “veremos”. Como si de jugar a las escondidas se tratara: me buscás pero no me encontrás. Sin embargo, sería injusto decir, sin más, que la Corte no habló.

Salvo Rosenkrantz, quien sí decidió no hablar y de ahí su disidencia parcial por rechazar *in limine* la acción, el resto de la Corte hizo contribuciones importantes. A la par de la decisión desestimatoria, ya que “no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes”, reconoció que “el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Y que la modalidad virtual de sesión, en caso de concretarse, no encuadra en ninguna de las dos excepciones de intervención de la Corte en facultades privativas de otro poder, es decir, la modalidad virtual “no configura *per se* riesgo alguno de interferencia en las atribuciones de los demás poderes del Estado” y “no interfiere con el modo en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones”.¹⁴

Pero todo podría haberse resuelto de modo más armónico, propendiendo a otro entendimiento del control de constitucionalidad que sea más colaborativo y no tan confrontativo. La Corte podría haber impulsado lo que hizo en su propio seno y en el resto del Poder Judicial, mediante las acordadas que

14 Ver resolutorio y considerando 16.

autorizaron los acuerdos virtuales de la propia Corte y de los demás tribunales colegiados, la digitalización de los procesos judiciales, el uso de la firma digital y electrónica, la tramitación de oficios por la plataforma virtual, el inicio digital de todos los procesos judiciales ante todas las instancias jurisdiccionales, incluidas las presentaciones directas ante la propia Corte: demandas originarias, recursos de queja y recursos extraordinarios *per saltum*.¹⁵ Ello hubiera hecho converger a todos los poderes públicos en un entendimiento básico y sólido a la vez, que acomode su actuación de manera acorde al criterio sanitario que, nos guste o no, sigue siendo el más efectivo: el aislamiento y la limitación de circulación.

Pero pareciera que es muy difícil renunciar al poder de la decisión final. Ante una alternativa de ejercicio del control de constitucionalidad que ponga a la Corte como un jugador más (y no el último), el tribunal siempre pide ver las cartas de los demás, sin compartir las suyas, reservándose la última jugada. En un país que cuenta con un millón de casos positivos detectados (y otros tantos a los que no llegan las estadísticas) y con un aglomerado urbano (AMBA) de los más infectados del mundo, la diferencia no es sutil: se tratará de la utilidad o inutilidad de uno de los poderes públicos para con la comunidad a la que está obligado a servir.

6. La construcción judicial de un poder ausente

No puede invocarse a la Constitución de 1853 como fuente primaria del control de constitucionalidad judicial: en ninguna de sus normas encontramos atributos que hagan de los jueces competidores por el poder del Estado. Esto no quita que Alberdi se haya interrogado acerca de “¿cuál es el tribunal llamado a procesar y juzgar las malas leyes?” y que su respuesta haya sido “la Corte Suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino” (Alberdi, 1886: 249). Sus apreciaciones tenían como fuente el artículo 97 de la Constitución de 1853 cuando asignaba “a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. Si bien reconocía que “no hay punto que en cierto modo no esté regido por la Constitución”, afirmaba que

los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos inmediatamente por la Constitución, sin intermedio de otra ley orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución (Alberdi, 1886: 249).

Sin embargo, Alberdi tomó el punto en relación con el derecho de peticionar a las autoridades del artículo 14, “ejercido colectivamente con los fines de obtener la abrogación de instituciones malas y la sanción de otras buenas” (Alberdi, 1886: 249), es decir, como cauce para regenerar el derecho público heredado de la colonia y trocarlo por otro oxigenado en las nuevas instituciones: “todo el mundo

¹⁵ Me refiero, principalmente, a las Acordadas de la Corte 4, 11, 12 y 15.

puede acusar ante la Corte Suprema la inconstitucionalidad de las leyes civiles y administrativas realistas, que alteran los principios y poderes establecidos por la Constitución, y pedir que se declaren contrarias a ella” (Alberdi, 1886: 250). Era la ruptura con el derecho colonial y su sustitución por el derecho patrio lo que abrazaba Alberdi al momento de ver en la Corte una aliada para dicha purga.

Tampoco se desprende de las primeras leyes de organización y competencia de los tribunales federales la consagración de un poder de la magnitud confrontativa como el adquirido hoy por el control de constitucionalidad. Las leyes 27 (art. 3) y 48 (art. 21) encomendaron a los tribunales de la nación mantener el orden de prelación normativa que proponía en la cúspide a la Constitución, siempre en el marco de una causa entre partes legitimadas, y habilitaron a prescindir de las disposiciones contrarias a ella si esto fuera petitionado e inevitable para resolver la cuestión.

Los tribunales ensancharon esta avenida, y la Corte se autoproclamó intérprete final de la Constitución, asumiendo la última palabra institucional. Hoy, a más de 130 años de su nacimiento, el control de constitucionalidad adquirió en Argentina dimensiones patológicas que le permiten al Poder Judicial suspender la vigencia de leyes en su totalidad, en el marco de procesos cautelares, sin legitimación en el actor (al no presentar un interés especial) y, consecuentemente, sin alcanzarse la constitución de un caso contencioso.

Ha sido la propia Corte la que calificó como “contralegislativas” estas prácticas judiciales distorsivas de una institucionalidad democrática. Así, en *Thomas*,¹⁶ decisión que revocó la suspensión cautelar de la Ley N° 26522 de regulación de los servicios de comunicación audiovisual, y recordó que un legislador no tiene legitimación activa “cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas”. En busca de la dignidad perdida, honraría a la persona y función de los legisladores, representantes del pueblo, no intentar torcer en los pasillos judiciales y en los paneles mediáticos, lo que perdieron en el recinto.

No hay proporcionalidad alguna entre los costos de transacción que hacen de una ley un acto normativo válido –luego de atravesar todo el procedimiento constitucional de formación y sanción de las leyes, más otros previos que pueden incluir mecanismos de elaboración participada de normas– y los que insume enfrentar esa decisión mediante la búsqueda de algún juez dispuesto a ello, que en su primer auto tenga la posibilidad de barrer con todo el procedimiento anterior.

La dimensión confrontativa de un poder de veto judicial salido de quicio, por la prontitud y la dispersión de los actores que pueden ejecutarlo, debiera al menos hacernos pensar, si este es el camino que queremos darle al entramado institucional y a los canales de circulación de nuestra vida pública.

16 CSJN, *Thomas, Enrique*, 15/6/2010, Fallos 333:1023.

7. Bibliografía

- Agamben, G. (2020a). La invención de una epidemia. En P. Amadeo [ed.], *Sopa de Wuhan* (pp. 17-19). La Plata: ASPO. Recuperado de <https://www.elextremosur.com/files/content/23/23684/sopa-de-wuhan.pdf>
- (2020b). Aclaraciones. En P. Amadeo [ed.], *La Fiebre* (pp. 253-256). La Plata: ASPO. Recuperado de <https://www.elextremosur.com/files/content/23/23821/la-fiebre-aspo.pdf>
- Alberdi, J. B. (1886). Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853. En J. B. Alberdi, *Obras completas: tomo IV* (pp. 143-512). Buenos Aires: La Tribuna Nacional.
- Bianchi, A. (2002). *Control de constitucionalidad: tomo I*. Buenos Aires: Ábaco.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2006). *Curso de derecho administrativo: tomo II*. Buenos Aires: La Ley.
- Gargarella, R. (2008). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Kunz, A. (1988). *Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, UBA.
- Lacan, J. (2009). *Escritos I*. México: Siglo XXI.
- Pigna, F. (2005). *Los mitos de la historia argentina: tomo II*. Buenos Aires: Planeta.
- Ramos, J. A. (1999). *Revolución y contrarrevolución en la Argentina: tomo I*. Buenos Aires: Distal.