

Reflexiones sobre la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina¹

I. Introducción

En este trabajo realizaremos un análisis crítico de algunos rasgos característicos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante “la Corte”), con la intención de extraer de ellos una semblanza del rol que viene ejerciendo el más alto tribunal a lo largo de la historia argentina, desde su creación en 1863.

Es tan paradójica la historia argentina que el único tribunal creado por la Constitución Nacional sancionada en 1853 recién comenzó a funcionar diez años más tarde; es decir que durante diez años hubo constitución, pero el máximo tribunal que ella creaba no estaba instalado.

Pero allí no terminan las curiosidades ya que su instalación fue realizada por un gobierno cuyo origen primigenio era *de facto*: el del General Bartolomé Mitre, que llegó al poder por resultar triunfante en la batalla de Pavón. Si bien luego fue confirmado en elecciones, éstas estuvieron viciadas por el fraude.

Y, por último, digamos que hasta la sanción del Código Civil y del Código de Comercio —varios años después del comienzo de sus funciones— la Corte se vio obligada a aplicar las leyes de indias. En otras palabras, un país que tenía constitución, que tenía Corte suprema y que tenía derecho federal (ya que en 1862 se sancionó la ley n° 27 y en 1863 la ley n° 48), no tenía derecho común: ni civil, ni penal, ni comercial, ni ningún otro, solo algunas pocas leyes dispersas que regulaban cuestiones puntuales.

Fue tan azarosa la vida de nuestro máximo tribunal que, a lo largo de la historia, sufrió más invasiones que los poderes políticos. En efecto, mientras el poder ejecutivo y el Congreso sólo fueron usurpados o clausurados por gobiernos *de facto*, la Corte fue invadida y manoseada por éstos y por los *de iure*. Hasta 1946, todos los gobiernos respetaron la renovación natural de la Corte, producida siempre en forma parcial, por muerte o retiro de sus magistrados, sin sobresaltos y sin alterarse la mayoría: podría

¹ Publicado en Jurisprudencia Argentina, cuaderno especial sobre DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, dirigido por el Dr. Néstor Sagúés, Buenos Aires, 2010.

hablarse de una *decantación* en la composición de la Corte. Desde ese año en adelante, comenzando con Juan D. Perón, todos los gobiernos —sean *de facto* o civiles— designaron su propia Corte, con la única excepción de los encabezados por los Dres. José María Guido (1962), Arturo Illia (1963) y Fernando De la Rúa (1999). En el caso de los gobiernos de Héctor Cámpora (1973) y Raúl Alfonsín (1983), la decisión de cambiar la integración de la Corte no presenta caracteres disvaliosos, ya que sucedieron a gobiernos militares, por lo cual el carácter espurio de las designaciones hechas por éstos y las renunciaciones de los ministros así nombrados los obligaron a designar nuevos integrantes. Arturo Frondizi (1958), en cambio, mantuvo la Corte designada por el gobierno *de facto*, con pequeñas variantes que le permitieron contar con una mayoría afín a sus políticas.

Sólo los presidentes Bartolomé Mitre (1862), Julio A. Roca (1898), Hipólito Yrigoyen (1928) y Raúl Alfonsín (1983) tuvieron la decencia y el gesto republicano de ofrecer cargos en la Corte a sus adversarios políticos (Alsina, Bermejo, Figueroa Alcorta y Luder, respectivamente²).

II. La Integración de la Corte:

También resulta paradójico —y lamentable— que un tribunal federal que —según su propia jurisprudencia— es “*el intérprete final de la constitución*”³ (según viene sosteniendo desde 1864) y el “*supremo custodio de las garantías constitucionales*”⁴ haya tenido un ínfimo porcentaje de constitucionalistas entre sus miembros. En efecto, a lo largo de su historia, y habiendo pasado por ella decenas de ministros, sólo tenían estudios especializados en materia constitucional menos del cinco por ciento de ellos. Si a ese número le restamos aquellos que no fueron convocados por sus dotes de constitucionalistas sino por su adhesión a un determinado movimiento político⁵, el número se reduce aún más.

² 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.

³ *Fallos* 1:340.

⁴ *Fallos* 297:338.

⁵ No pueden desconocerse, por citar sólo un ejemplo, los antecedentes académicos del Dr. Pablo Ramella (integrante de la Corte entre 1975 y 1976), pero tampoco puede ignorarse que éste había

Los más grandes constitucionalistas que pisaron estas tierras fallecieron sin haber integrado el máximo tribunal, privándonos a todos los argentinos de las enseñanzas que en ese alto magisterio podrían haber aportado, ni Joaquín V. González, ni Manuel Montes de Oca, ni Juan González Calderón, ni Germán Bidart Campos pudieron dejar su huella allí. Esas ausencias, inevitablemente, repercuten en la calidad de las sentencias: no se puede interpretar la Constitución con criterios propios de civilistas o penalistas, ya que una interpretación constitucional encarada desde la óptica del derecho infraconstitucional necesariamente conduce a resultados inexactos. La Constitución es derecho público, es de orden público y contiene normas que son reflejo de la historia política argentina y de la sangre derramada para lograr su organización institucional: desde las guerras de la independencia, pasando por el fusilamiento de Dorrego (cuyo principal instigador —Salvador María del Carril— fue, paradójicamente también, uno de los integrantes de la primera Corte en 1863) y los muertos por las persecuciones políticas de Juan Manuel de Rosas, hasta los miles de muertos, desaparecidos y perseguidos por las dictaduras —militares o civiles— del siglo veinte. Toda esa historia está reflejada en las normas constitucionales. ¿Qué tiene que ver, entonces, el derecho civil, o el derecho penal, o el derecho comercial con eso?

Lo antedicho no implica afirmar que no deba haber civilistas, penalistas o comercialistas en la Corte, sino solamente que debería haber más constitucionalistas en ella.

Ya lo decía Hamilton: *“serán pocos los hombres en cada sociedad suficientemente versados en materia de leyes para estar capacitados para las funciones judiciales”*⁶. Cuando se trata del máximo tribunal, esa escasez se multiplica. Julio Ohyanarte, quien integrara dos veces la Corte, afirmaba: *“los ministros de la Corte Suprema, aparte de su capacidad estrictamente profesional, deben tener sensibilidad política [y] mentalidad de estadistas...”*⁷.

sido senador nacional en 1946 en representación del mismo partido que gobernaba cuando fue designado miembro de la Corte, y, a mayor abundamiento, había votado por la destitución de los Dres. Sagarna, Nazar Anchorena y Ramos Mejía en el infame juicio político llevado a cabo ese año contra los integrantes de la Corte que no respondían al nuevo gobierno.

⁶ Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, n° 78.

⁷ Oyhanarte, Julio, “Historia de la Corte Suprema Argentina. Algunos lineamientos básicos y fuentes para su estudio”, en *Todo es Historia*, n° 61, 1972, pág. 88 y ss., esp. pág. 90.

III. La independencia de la Corte:

De acuerdo con lo expresado más arriba, la mayoría de los gobiernos que pasaron por la historia argentina quisieron tener una Corte “amiga” y no escatimaron esfuerzos para designar a ministros que le respondieran, sea a través de juicios políticos a sus integrantes (Juan Perón en 1946 y Néstor Kirchner en 2003, sin olvidar el intento fallido de Eduardo Duhalde en 2002), o de aumentos del número de miembros (Arturo Frondizi en 1958 y Carlos Menem en 1990), o más sencillamente, mediante presiones para obtener renuncias o jubilaciones.

¿Eso está mal? Claro que está mal, pero lo que más nos preocupa es que generalmente los gobernantes que colocaron a sus amigos en la Corte tuvieron éxito, y las Cortes así modificadas (o las mayorías así conformadas) cumplieron con lo que ellos esperaban. Así, la mayoría de las Cortes (afortunadamente no todas), en vez de fallar aplicando la Constitución, fallaron a favor del gobierno; o, en caso de duda, privilegiaron los intereses de las mayorías que coyunturalmente gobernaban al país: una especie de “*in dubio pro gobierno*”, que es susceptible de ser constatado en varios períodos de la vida del tribunal.

Por eso creemos que, además del valor jurídico que pueda tener un fallo, de la erudición demostrada por los ministros, de la lógica aplicada, de los principios constitucionales que el fallo sienta (todo ello muy valioso); consideramos que lo importante, al estudiar la evolución de la jurisprudencia de la Corte a través del tiempo, es analizar cuán independiente se mantuvo del poder político.

La pretensión de “asepsia” y de independencia en los fallos de la Corte no implica, en modo alguno, negar el carácter político de la Corte como cabeza del poder judicial. Lo que pretendemos es que esa política no sea partidista y no esté orientada por los humores o las tendencias, o la “*fórmula política*” (siempre pasajeros) de una mayoría momentánea. Los gobiernos pasan, las mayorías políticas o electorales vuelven a ser minorías, pero la jurisprudencia de la Corte permanece y será estudiada por las jóvenes generaciones de argentinos. Discrepamos respetuosamente con aquellos autores que hacen referencia a la existencia de un supuesto “*rol institucional*” o una “*función política*” de la

Corte más allá del rol fundamental que la Constitución le asigna: ejercer el control de constitucionalidad⁸. Consideramos que ambas expresiones pueden dar pie a la justificación del acompañamiento que algunas Cortes hicieron de las mayorías políticas circunstanciales. La Corte no está diseñada institucionalmente para acompañar, sino para controlar la constitucionalidad de los actos de los poderes políticos; no está para *hacer* política sino para *controlar* a la política y encauzarla dentro de la Constitución.

IV. La aplicación de la doctrina del “*Stare Decisis*”:

La credibilidad de un tribunal, el prestigio de sus integrantes y la seguridad jurídica de toda la nación reposan en ciertos principios básicos, dentro de los cuales se encuentra el *stare decisis*. Según este principio, un tribunal debe sentirse obligado a fallar conforme a sus propios precedentes.

En ese sentido, la Corte Suprema norteamericana ha decidido reiteradamente que “*no era posible apartarse de los principios sentados en casos anteriores sin provocar un grave daño a la credibilidad de esta Corte*”⁹ ya que “*un cambio básico en la jurisprudencia vigente (...) invita a la concepción popular errada según la cual esta institución es apenas diferente de las dos ramas políticas del gobierno. Ninguna idea tan equivocada podría causar un daño más duradero a esta Corte y al sistema jurídico*”¹⁰.

Nótese que nuestro derecho constitucional está inspirado en el de un país donde rige el *common law*, mientras que el derecho infra-constitucional se ha inspirado en el derecho escrito de los países que siguen la tradición romanista. En ese sentido, el profesor Alberto A. Spota sostenía que el derecho constitucional es, en un veinte por ciento,

⁸ Oyhanarte, Julio, op. cit., *passim*; Bianchi, Alberto, “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema” en *Suplemento La Ley de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n° 25, mayo-junio de 2003, pág 5 y ss; Santiago, Alfonso, *La Corte Suprema y el Control Político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, pág 140 y ss.

⁹ Voto del ministro Harry Blackmun en “*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. vs. Casey*” del 29 de Junio de 1992; conf. Garay, Alberto “La Independencia Intelectual y Funcional de Tres Jueces de la Corte Suprema Norteamericana” en *El Derecho* 159:887, esp. 889. Puede verse, asimismo, un análisis del caso en Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law*, New Haven, 1992, pág. 117 y ss.

¹⁰ Cita de un caso de 1961: “*Mapp vs. Ohio*” 367 US 643.

derecho escrito y en un ochenta por ciento, *common law*. Por lo tanto, si en los países donde se ha inspirado nuestro constituyente se aplica esa última tradición y si dentro de ella se encuentra el principio de *stare decisis*, entendemos que éste debe aplicarse también en Argentina. Los siguientes valores así lo exigen: la credibilidad del tribunal, la previsibilidad en las decisiones, la auto restricción de los integrantes del tribunal (en el sentido de sentirse vinculados por la jurisprudencia anterior y no libres de cambiar las tradiciones jurídicas del país) y —sobre todo— la seguridad jurídica.

Consideramos que no existen garantías de que los tribunales inferiores sigan la jurisprudencia de una Corte que no se sigue a sí misma y cuyos fallos no serán respetados como interpretación final de la Constitución por los demás poderes constituidos, si ella misma no los respeta. La Suprema Corte bonaerense lo ha dicho claramente: “*Respecto de la doctrina de la obligatoriedad general de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta Corte se ha expedido en el sentido de negarle la calidad de vinculante (...) Sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de que las partes lleven a la Corte Suprema de la Nación toda interpretación de otros tribunales que no coincida con sus doctrinas y así puedan obtener —si la Corte Suprema no cambiara su integración ni modificara tales doctrinas— en el caso concreto, la reiteración de sus criterios*”¹¹ (énfasis agregado).

En definitiva, creemos que un tribunal que no respeta sus propios precedentes no se respeta a sí mismo. Eso es así en cualquier sistema jurídico del mundo, sea del *common law* o del derecho escrito. El fallo recién transcrito demuestra que cuando un tribunal no respeta sus propios precedentes, sus fallos no son acatados por los tribunales inferiores¹². En otras palabras: el efecto horizontal de la jurisprudencia de la Corte (es decir la continuidad de la jurisprudencia, o *stare decisis*), influye en el efecto vertical (o sea, el acatamiento por los tribunales inferiores).

V. El pragmatismo:

¹¹ SCBA, “*Olivera, Enrique*” en *Jurisprudencia Argentina* 1993-II:208.

¹² Conf. Monaghan, Henry P., “Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio” traducción de Alberto Garay, en *Jurisprudencia Argentina* 2004I965.

En muchos (tal vez demasiados) fallos dictados por la Corte en su historia, se registra una tendencia exagerada al pragmatismo; una vocación por decidir la cuestión traída a juzgamiento (y las similares que se le presentaren) con base en criterios alejados de la Constitución, y —en algunos casos— contrarios a ésta, a fin de convalidar lo actuado por las ramas políticas del gobierno.

La Corte ha actuado, en esos casos, como uno más de los poderes políticos, o, como sostienen algunos autores, “*ejerciendo su rol institucional*”, o “*cumpliendo su función política*”, o dictando “*fallos institucionales*”, o “*acompañando de fórmula política del gobierno*”; estos no son más que eufemismos para referirse a las sentencias en las que la Corte, lejos de ejercer su rol de controlar la constitucionalidad de los actos de los demás poderes, se ocupó de acompañar al gobierno de turno. En vez de actuar como un contrapoder, actuó igual que el poder. En algunos de esos fallos, la solución pudo haber sido eficaz desde el punto de vista político, o económico, o social, o pudo haber constituido una respuesta acertada para el problema concreto; pero estaba alejada del derecho. Y entre una solución acertada pero a-jurídica (o antijurídica) y una solución regida por el derecho de la constitución y su fuerza normativa¹³, preferimos una y cien veces la segunda: siempre son más los males que se cosechan cuando el tribunal se aleja de la constitución, que los bienes que se pueden obtener con ese proceder.

El problema, creemos, radica en una cuestión de tiempos. En el corto plazo, los miembros del tribunal y los poderes políticos cosechan los bienes de esas decisiones pragmáticas (ajurídicas o antijurídicas), pero en el largo plazo producen un grave perjuicio a la República por el precedente sentado y por la erosión paulatina que infligen a los principios constitucionales. Lo que se aparta de la recta interpretación de la carta magna podrá ser bueno, en términos pragmáticos, para el “hoy”; pero invariablemente resulta malo, en términos principistas, para el futuro. La pequeña excepción hecha hoy a un principio constitucional, así sea vía *obiter dictum*, será invocada mañana para convalidar verdaderas desviaciones de la Constitución. Así ocurrió con los golpes de estado, con la doctrina de la emergencia, con la convalidación de la delegación legislativa, etc.

¹³ La frase en cursiva es el título de un libro de Germán J. Bidart Campos (Buenos Aires, Ediar, 1995).

Los siguientes fallos son claros ejemplos de decisiones pragmáticas, alejadas de la constitución y netamente influidas por lo coyuntural:

- a) “*Caffarena*”¹⁴ (de 1871);
- b) las acordadas sobre gobiernos *de facto* de 1930¹⁵ y 1943¹⁶ (de la Corte presidida por el Dr. Repetto, 1930-1946);
- c) Las acordadas de homenaje a la primera dama¹⁷, la acordada adhiriendo al plan quinquenal, la actuación de los ministros en política, el caso de los secretarios del juzgado federal de Córdoba y los fallos “*Bemberg*”¹⁸, “*Balbín*”¹⁹, “*Allocati*”²⁰ y “*San Miguel*”²¹ (de la primera Corte peronista, 1946-1955);
- d) “*Bustos Nuñez*”²² (de la primera Corte *de facto*, 1955-1958);
- e) “*Sagasta*”²³, “*Pucci*”²⁴ y “*Ruggero*”²⁵ (de la Corte designada por el Presidente Frondizi, 1958-1962);
- f) “*Molinas*”²⁶ (de la segunda Corte *de facto*, 1966-1973);
- g) “*Diario El Mundo*”²⁷ (de la segunda Corte peronista, 1973-1976);
- h) “*Ercoli*”²⁸ (de la Corte del “proceso” militar, 1976-1983);

¹⁴ *Fallos* 10:427.

¹⁵ *Fallos* 158:290.

¹⁶ *Fallos* 196:5.

¹⁷ *Fallos* 225: 21, 23, 24, 27 y 28.

¹⁸ *Fallos* 224:810 y 845.

¹⁹ *Fallos* 217.122.

²⁰ *Fallos* 216.622.

²¹ *Fallos* 216:606.

²² *Fallos* 240:223.

²³ *Fallos* 241:50.

²⁴ *Fallos* 243:306.

²⁵ *Fallos* 254:116.

²⁶ *Fallos* 270:367.

²⁷ *Fallos* 289:177.

²⁸ *Fallos* 296:372.

- i) “Dromi”²⁹, “Chaco”³⁰, “Peralta”³¹, “Guadalupe Hernández”³², “Cocchia”³³, “Chocobar”³⁴, “Gauna”³⁵, “Monges, Analía”³⁶, “Rodríguez, Jorge”³⁷, la desaparición de la sentencia en “Banco Patagónico”³⁸ (de la Corte menemista, 19990-2003);
- j) “Galli”³⁹ y “Massa”⁴⁰ (de la Corte designada por el Presidente Kirchner en 2003)⁴¹.

En todos ellos, la solución pudo haber sido eficaz o útil para “salir del paso” o para acompañar al presidente que designó a la mayoría del tribunal, pero en todos ellos la Constitución fue puesta entre paréntesis.

En 1960, la Corte expresó sin ambages en qué consistían los criterios pragmáticos de los que venimos hablando y cuál era su fundamento: *“Esta típica modalidad del derecho público actual, desde luego, no ha surgido como consecuencia de especulaciones de orden teórico. Tampoco expresa ni encubre una determinada concepción del Estado. Muy por el contrario, constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social”*⁴² (énfasis agregado).

²⁹ Fallos 313:867.

³⁰ Fallos 321:3236.

³¹ Fallos 313:1513.

³² Fallos 322:1988.

³³ Fallos 316:2624.

³⁴ Fallos 319:3241.

³⁵ Fallos 320:875.

³⁶ Fallos 319:3148, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, López y Boggiano, considerandos nº 20 y 21.

³⁷ Fallos 320:2879.

³⁸ Fallos 316:2321.

³⁹ Fallos 328:690.

⁴⁰ Fallos 329:5913

⁴¹ Hemos tratado de consignar al menos un fallo de cada período, no obstante, no hemos encontrado fallos que merezcan ese tratamiento en la corte presidida por el Dr. Bermejo (1903-1933), ni en la corte designada por el presidente Raúl Alfonsín (1983-1990).

⁴² Conf. “Fernández Arias” (Fallos 247:646).

En el fallo donde se incluyó ese párrafo la Corte convalidó⁴³, bajo ese ropaje y con invocación expresa del pragmatismo, la existencia de tribunales administrativos que ejercían facultades jurisdiccionales (en violación del art. 95 –hoy 109- CN) y que, además, vulneraban las autonomías provinciales (arts. 5 y 67, hoy 75, inciso 12 CN).

Los ministros que firmaron fallos como los que venimos mencionando olvidaron, a nuestro entender, que no hay otra solución reparadora que la que surge del mandato de las leyes supremas que rigen la Nación. No es el pragmatismo, sino el principismo, el criterio rector de la actividad jurisdiccional; demasiado pragmatismo practican las ramas políticas del gobierno como para que, además, el poder judicial se rija por él.

VI. Las muletillas:

A lo largo de su historia, la Corte ha utilizado ciertas frases con tanta frecuencia que, a los fines de este trabajo, llamaremos “muletillas”, ya que ni siquiera merecen ser llamadas “brocárdicos”⁴⁴. Muchas de ellas son saludables, pero otras han sido utilizadas para convalidar restricciones indebidas en los derechos fundamentales. Entre éstas últimas, las más funestas han sido, a nuestro criterio, las siguientes:

- a) *“Ningún derecho es absoluto sino que todos están subordinados a las leyes que reglamenten su ejercicio”*⁴⁵. Con esta frase se convalidó una amplia gama de limitaciones, a veces abusivas y frustratorias del ejercicio de los derechos.
- b) *“Ninguna persona puede tener derechos adquiridos contra una ley de orden público”*⁴⁶. En definitiva, lo que aquí se convalida es la “razón de estado” ya que el concepto de “orden público”, aplicado de este modo, ha permanecido en una órbita de vaguedad que permitió convalidar cualquier cosa, bastando para ello que los poderes políticos hubieran declarado que ello era de orden público.

⁴³ El hecho de que la corte haya exigido ciertos requisitos para la validez de estos tribunales no invalida lo que estamos afirmando.

⁴⁴ El *Diccionario de la Real Academia Española* los define del siguiente modo: “Entre los profesores de derecho, sentencia, axioma legal o refrán” (vigésima primera edición, pág. 326).

⁴⁵ Por ejemplo en “Bustos Núñez” (Fallos 240:223), “Russo” (Fallos 243:467) y “Peralta” (Fallos 313: 1513).

⁴⁶ Por ejemplo en “Pacheco” (Fallos 225:134) y sus citas y en “Ercoli” (Fallos 296:372).

c) “No corresponde al tribunal expedirse sobre cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia de las medidas adoptadas por los poderes políticos”⁴⁷. Con este adagio, la Corte se inhibió de ejercer el control de constitucionalidad en las ocasiones en que no quiso perturbar al gobierno de turno.

d) En el mismo sentido que el anterior, el tribunal ha utilizado reiteradas veces la siguiente frase: “La misión más delicada de la Justicia de la Nación es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción”⁴⁸.

e) “El principio de igualdad (...) consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias”. O bien: “las distinciones establecidas por el legislador son valederas en tanto no sean irrazonables”. Es lo que denominamos⁴⁹ “juicio de igualdad hacia adentro” en el cual la Corte no se preocupa de los criterios adoptados para crear categorías que impliquen reconocer a algunos lo que se desconoce a otros, sino solamente de que los que están en la misma categoría sean tratados del mismo modo. Aplicando este principio, convalidó por ejemplo, leyes impositivas discriminatorias y podría llegar a convalidar cualquier cosa, siempre que los sujetos incluidos en la misma categoría reciban un tratamiento similar.

f) “Las sentencias de la Corte deben atender a la situación existente al momento de decidir”⁵⁰. Con aplicación de esta muletilla, la Corte ha utilizado el tiempo de modo tal de retrasar la resolución de ciertas causas, esperando a que las circunstancias fácticas la relevén de su deber de expedirse sobre una norma que *ab initio* era inconstitucional en abstracto y en concreto, para fallar recién cuando su aplicación en concreto ya no lo era, y de esa manera esquivar la declaración de inconstitucionalidad.

g) Las alusiones al carácter programático de las normas protectoras de los derechos humanos fundamentales⁵¹, a fin de postergar el reconocimiento de un derecho y convalidar normas contrarias a éstos.

⁴⁷ Por ejemplo en “Moran” (Fallos 171:390) y “Fernandez Orquín” (Fallos 264:416) y sus citas.

⁴⁸ Por ejemplo en “Rodríguez”, (Fallos 320:2879) y sus citas.

⁴⁹ Ver nuestro libro *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-2007)*, Buenos Aires, Universidad, 2007, pág. 75 y ss.

⁵⁰ Por ejemplo en “Porcelli” (Fallos 312:5555), y “Massa” (Fallos 329:5913) de 27 de diciembre de 2006, y sus citas.

⁵¹ Por ejemplo en “Ekmekdjian c/ Neustadt” (Fallos 311:2497) y en “Eusebio” (Fallos 310:1080).

h) “La acción de amparo es inadmisibile cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiestas y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba, requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla.”. Como si ello fuera poco, en algunos casos se le agregó la siguiente: “este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, pues reproduce el citado art. 1º de la ley reglamentaria, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia”⁵².

i) La presunción de legitimidad de las leyes y de los actos administrativos⁵³ también ha sido utilizada en reiteradas oportunidades como excusa para no declarar la inconstitucionalidad de esas normas. Pareciera que esa presunción es *iuris et de iure* y no *iuris tantum*, o bien que la presunción de legalidad implica la inhibición del ejercicio del control de constitucionalidad.

Ninguna de esas frases tiene apoyatura expresa o implícita en la Constitución (por eso nos negamos a llamarlos “principios” y los denominamos “muletillas”, “frases” o “adagios”), pero han jalonado toda la historia constitucional argentina. Genaro Carrió sostenía que “*prácticamente todas las cláusulas de (la Constitución) con virtualidad para suscitar litigios relativos a su alcance o sentido han quedado recubiertas, por decirlo así, por sucesivas capas de interpretaciones de la Corte, que ha ido restringiendo o ampliando los concisos términos originales. De tal suerte, ya no son éstos los que en realidad se aplican al decidir esos litigios sino los que resultan de la jurisprudencia vigente de la Suprema Corte*”⁵⁴. ¿Es posible que tantas “capas” hayan escondido demasiado el texto original?

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que utilizando una o más de esas frases, un tribunal podría convalidar *cualquier cosa*, siempre y cuando le convenga al gobierno que nombró a la mayoría de integrantes de ese tribunal. Los siguientes ejemplos demuestran el mal uso que se puede hacer de las muletillas:

⁵² Por ejemplo en el voto del Dr. Boggiano en “Bustos” (Fallos 327: 4495) y sus citas.

⁵³ Por ejemplo en “Cine Callao” (Fallos 247:121).

⁵⁴ Carrió, Genaro, *Cómo Fundar un Recurso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996 (reimpresión), pág. 80.

- a) *“Ningún derecho es absoluto”*: El señor Kot⁵⁵ continuaría aún con su fábrica ocupada si la Corte de 1958 hubiera aplicado esta frase.
- b) *“Ninguna persona puede tener derechos adquiridos contra una ley de orden público”*: los señores Nordensthol⁵⁶ y Rolón Zappa⁵⁷ habrían fallecido de inanición si se aplicaba esta muletilla a sus casos.
- c) *“No corresponde al tribunal expedirse sobre cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia”*⁵⁸. Todo control constitucional puede ser eludido con invocación de esta frase; en cambio, cuando la Corte *quiso* controlar, sostuvo: *“No existen óbices para que la Corte valore la calificación de excepcionalidad y urgencia, lo que no implica un juicio de valor acerca del mérito, oportunidad o conveniencia de la medida, sino que deviene imprescindible para admitir o rechazar el ejercicio de la función legislativa por parte del Poder Ejecutivo”*⁵⁹ (el fallo se refería a un decreto de necesidad y urgencia).
- d) *“el principio de igualdad (...) consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias”*: los fallos *“Hileret”*⁶⁰ o *“Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual”*⁶¹ no podrían haberse dictado si se usaba esta muletilla.
- e) *“Las sentencias de la Corte deben atender a la situación existente al momento de decidir”*: la Corte no habría tenido el coraje de convalidar la “pesificación” en 2002 o 2003 mientras más de trescientos mil ahorristas no habían recuperado aún su dinero, ya que ello habría provocado mayor tensión social de la que había por entonces. El transcurso de casi cinco años y el cobro de la mayoría de los créditos a los que se referían los amparos promovidos contra esa medida, permitió a la Corte decidir del modo en que lo hizo en *“Massa”*.

⁵⁵ Fallos 241:291.

⁵⁶ Fallos 307:326

⁵⁷ Fallos 311:1644.

⁵⁸ *“Bemberg”* (Fallos 224:810).

⁵⁹ *“Video Club Dreams”* (Fallos 318:1154).

⁶⁰ Fallos 98:20.

⁶¹ Fallos 329:5266.

f) Las alusiones al carácter programático de las normas: ni el señor Siri⁶² hubiera obtenido el levantamiento de la clausura de su diario, ni el profesor Ekmekdjian⁶³ hubiera podido contestarle al escritor Dalmiro Sáenz sus consideraciones sobre la Virgen María.

g) “*La acción de amparo es inadmisibile cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiestas y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba...*”. Ni “Siri”, ni “Kot”, ni “Ekmekdijan c/Sofovich”, ni ningún amparo sería viable si se aplicara este adagio, ya que cualquier contestación medianamente hábil del informe del art. 8 del decreto Ley n° 16.986 puede poner en penumbra el derecho esgrimido por el amparista e inclinar a los magistrados a pensar que es necesario cierta investigación o debate de la cuestión.

VII. Las luces:

Habiéndonos ocupado de las sombras que opacaron al tribunal en los títulos precedentes (referidos al pragmatismo y a las muletillas), haremos referencia aquí a los fallos que, a nuestro entender, resultan los más encomiables a lo largo de la historia del tribunal. Consideramos que las siguientes sentencias constituyen claros ejemplos de sentencias respetuosas de la Constitución y de los derechos humanos fundamentales, y del ejercicio activo del control de constitucionalidad respecto del poder político.

- a) “*Alem*” (de 1893);
- b) “*Hilerei*”, “*Horta*” y “*Bourdie*” (de 1903 el primero y 1925 los segundos, emitidos por la Corte presidida por el Dr. Bermejo);
- c) “*Mouviel*” y “*Siri*” (de 1957, dictados por la Corte *de facto* nombrada en 1955);
- d) “*Outón*” y “*Mate Larangeira*” (de 1967 y emitidos por la la Corte *de facto* designada por el presidente Juan Onganía);
- e) “*Fiorentino*”, “*Nordensthol*” y “*Rolón Zappa*” (de la década de 1980, dictados por la Corte designada en 1983),

⁶² Fallos 239:450.

⁶³ Fallos 315:1492.

f) “*Ekemekdjian c/ Sofovich*” (con alguna salvedad⁶⁴), “*Girol di*” y “*Provincia de San Luis*” (emitidos por la Corte menemista, entre 1990 y 2003).

Del mismo modo cabe destacar las disidencias de los Dres. Luis V. Varela, Antonio Bermejo, Luis Boffi Boggero y Jorge Bacqué. Y, durante la época de la Corte de la mayoría automática, las de los Dres. Carlos Fayt, Augusto Belluscio, Enrique Petracchi y Gustavo Bossert.

No nos hemos olvidado de los Dres. Antonio Sagarna y Tomás Casares, no obstante, pese a que algunas de sus disidencias son destacables, el primero convalidó dos golpes de estado y el segundo, además de haber sido designado por un gobierno *de facto*, concurrió parcialmente con la mayoría en el fallo “*Bemberg*”, lo cual empaña sus actuaciones en el tribunal.

VIII. La conducta de los ministros de la Corte:

El Dr. Ricardo Colombres (ministro de la Corte entre 1960 y 1966) manifestó en una oportunidad que “*ser ministro de la Corte significa la muerte civil*”⁶⁵ y en esa línea de pensamiento, el Dr. Aberasturi (que integró la Corte durante el mismo período), al ser nombrado en el tribunal, renunció a todos los cargos que tenía en asociaciones civiles, aún algunas relacionadas con el arte, que nada tenían que ver con su cargo en el tribunal.

Esa enseñanza y ese ejemplo son dignos de ser seguidos. Los ministros de la Corte no deberían ni siquiera asistir a ciertos sitios, ni formar parte de asociaciones (u organizaciones no gubernamentales), ni publicar trabajos en ciertas revistas comprometidas ideológicamente, ni ejercer actividades académicas con una intensidad tal que resulte incompatible con la dedicación que exige la delicada función judicial. No deberían tampoco expresarse públicamente ni opinar sobre política o sobre cuestiones pendientes de decisión judicial, sea ante sus estrados o ante instancias inferiores.

⁶⁴ Sólo en lo atinente al amparo colectivo y a la operatividad de los tratados internacionales, y con la salvedad del apoyo que el fallo implicó a la política de inversiones del gobierno, conforme explicamos en nuestro libro *Evolución de la Jurisprudencia...* cit., pág. 273 y ss.

⁶⁵ Pellet Lastra, Arturo, *Historia Política de la Corte (1930-1990)*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, pág. 236 y ss.

También, sería deseable que no aceptaran cargos en el gobierno después de haberse desempeñado en la Corte, ni patrocinar causas ante la Corte luego de haber pasado por ella (pongámonos en el lugar del abogado de la contraparte y comprenderemos esta sugerencia), ni aceptar el cargo de defensores de los presidentes que los nombraron⁶⁶ cuando éstos son acusados penalmente (dado que ello revela un grado de cercanía con el presidente que echa un manto de sombras sobre su actuación previa en el tribunal).

Asimismo, los gobiernos deberían abstenerse de pretender controlar la Corte a través de la modificación de su mayoría (sea a través de juicios políticos, o de ampliaciones, o de reducciones del tribunal). Deberían procurar, también, no designar a personas con ostensible afinidad o militancia política, e incrementar el número de constitucionalistas en su seno.

Los gobiernos deberían designar a personas que ingresen a la Corte para prestigiarla y no para prestigiarse, personas de intachable honestidad e imparcialidad. En otras palabras, personas que ya fueran respetadas y reconocidas antes de integrar la Corte y no que adquieran ese respeto público por el solo hecho de integrarla.

No intentamos aquí dar recetas ni consejos a nadie, éstas son solamente algunas ideas dispersas cuya implementación podría incrementar la calidad institucional de nuestro país.

IX. Conclusión: el verdadero “rol institucional” de la Corte:

Consideramos que los principios que deben regir el accionar del tribunal son: la recta aplicación de la Constitución, su independencia de los poderes políticos y el respeto por sus propios precedentes.

Sabemos que en muchas oportunidades, y en varios períodos de la agitada historia política de los argentinos, la aplicación de esos principios pudo haber sido difícil para quienes ocuparon las más altas magistraturas, y que habrán pesado sobre sus ánimos muchos conflictos sociales, presiones políticas, crisis económicas y amenazas militares.

⁶⁶ Como ocurrió en el caso del Dr. Corvalán Nanclares (con María Estela Martínez de Perón) del Dr. Cavagna Martínez (con Carlos Menem).

Aún así, sostenemos que *nada ni nadie puede inclinar al tribunal supremo a apartarse de la letra o del espíritu de la Constitución*.

Quienes aceptan designaciones en ese alto tribunal deben saber que así será, que no será fácil y que recibirán muchas presiones (explícitas o implícitas) ya que, lamentablemente, desde 1946 en adelante, casi todos los gobiernos quisieron —y lograron— tener una Corte amiga o, como mínimo, designar una mayoría propia (especialmente en 1946, 1955, 1958, 1966, 1976, 1990 y 2003). O están dispuestos a aplicar la constitución a rajatabla, soportando todas esas dificultades; o sería mejor que, en bien de la República, no aceptaran ocupar la más alta magistratura judicial, en bien de la República.

El uso exagerado del pragmatismo y de las muletillas referidas más arriba ha servido para confundir el rol de la Corte durante varios períodos de la historia argentina. En vez de ser una autoridad de control, ha funcionado como una especie de escribanía que “homologa”, “autoriza”, “refrenda”, “certifica” o “convalida”. En definitiva, transforma en constitucionalmente válido aquello que no lo es.

El rol del poder judicial no es el de gobernar, ni cogobernar. Su rol institucional (de verdad y sin eufemismos) es el de **controlar al poder político**, o al menos intentar hacerlo (si fuera verdad el adagio según el cual éste es incontrolable). Sin ese control no hay división de poderes, no hay frenos ni contrapesos, y el poder se transforma en uno solo.

Así lo pensaron los padres del constitucionalismo: Montesquieu sostenía que “*no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo*”. El mismo principio (esta frase sí puede ser considerada como tal y no como una mera muletilla) fue reiterado por Hamilton en *El Federalista*⁶⁷, con el siguiente agregado: “*la libertad no puede tener nada que temer de la administración de justicia por sí sola, pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos*”. Y añadió “*donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán*

⁶⁷ Capítulo n° 78.

*governarse por la última de preferencia a las primeras. **Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son***” (énfasis agregado).

La propia Corte ha sostenido: “*cuando se trata de precisar el contenido de los derechos de rango constitucional, adquiere toda su trascendencia el Poder Judicial, pues precisamente la Constitución los establece para proteger a cada persona, y por ende a los grupos minoritarios, **contra las determinaciones de la mayoría, aún cuando dicha mayoría actúa según lo que estime que es el bien general o común***”⁶⁸ (énfasis agregado).

¡Qué bueno sería que las Cortes dejaran que fueran las ramas políticas las que gobernarán!, ¡Qué bueno sería que se limitaran a controlar!, ¡Esa es la verdadera función institucional de la Corte! La República, la democracia, el gobierno equilibrado y la plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos así lo exigen. En ese sentido, nos gustaría ver con más frecuencia la siguiente muletilla: “*el palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el palladium de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas la libertades*”⁶⁹.

⁶⁸ Voto del Dr. Jorge Bacqué en “*Sejean*” de 1986 (*Fallos* 308:2268)

⁶⁹ “*Sojo*” (*Fallos* 32:120).