

LA CONSTRUCCIÓN DEL ROL INSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*

POR GUADALUPE VALCARCE OJEDA**

I. Introducción

Es sabido que la expansión del constitucionalismo se debió, en gran parte, al fenómeno derivado de las transiciones políticas hacia la democracia, tanto en países de Europa del Este y Central, como en América Latina y Sudáfrica. Las cartas constitucionales que surgieron de dichos procesos, principalmente a través del ejercicio del poder constituyente reformador, consagrando nuevos derechos y garantías, ampliando su protección y promoviendo la defensa de los principios democráticos¹, encontraron en la justicia constitucional su gran aliada. Puede sostenerse que, en gran medida, así como las constituciones se convirtieron en el cauce efectivo de transición hacia la democracia, la justicia

*Este trabajo es una versión revisada de la ponencia presentada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, celebrado en la ciudad de Tucumán, los días 17, 18 y 19 de septiembre de 2013.

**Abogada (UNC), Magíster en Derecho y Argumentación (UNC), docente de Derecho Constitucional (FDyCS, UNC), correo electrónico: guadalupe.valcarce@gmail.com

¹En este sentido, Restrepo sostiene que estas transiciones políticas “...se han caracterizado por la expedición de nuevas cartas políticas que constituyen el hito fundamental del proceso de transición y marcan el paso de regímenes autoritarios, caracterizados por la falta de garantía de los derechos humanos y de principios democráticos mínimos, a regímenes donde la defensa, protección y promoción del principio de dignidad humana y de los derechos fundamentales constituyen la piedra de toque del nuevo sistema político.” RESTREPO, Esteban. “Reforma constitucional y progreso social: ‘La constitucionalización de la vida cotidiana’ en Colombia”, Yale Law School Legal Scholarship Repository, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Papers, 2002, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/14., p.1, última consulta 18/02/2014.

constitucional se transformó, a la vista de todos, en la garantía de la consolidación democrática².

De este modo, el rol de la justicia constitucional se vio fortalecido por cortes y tribunales que rápidamente buscaron distanciar su rumbo de sus antecesores y que respondieron con una ola activista a constituciones generosas en aspiraciones y objetivos, características de los períodos de transición, tratando de concretar las promesas constitucionales para que no quedaran plasmadas sólo en el papel, procurando así que las constituciones formales no distaran tanto de las constituciones materiales.

El análisis del lenguaje constitucional empleado en sus sentencias muestra claramente que entre los objetivos perseguidos por las cortes y tribunales se encuentra el de reposicionarse dentro del esquema de gobierno democrático como un órgano del poder que funciona respondiendo a los cambios sociales así como la imperiosa necesidad de restablecer la autoridad de los poderes judiciales desde sus máximos representantes procurando alcanzar el más alto nivel posible de legitimidad institucional. Ya no estamos ante una justicia constitucional pasiva, inerte, que se limita a acompañar y refrendar las decisiones de los órganos ejecutivos y legislativos, sino ante una justicia constitucional que adquiere un rol protagónico y cobra relevancia como actor político convirtiéndose en un jugador de veto institucional dentro del sistema político. El discurso de la justicia constitucional se construye ahora a partir de la noción de independencia judicial como estrategia de legitimación³.

La Corte Suprema argentina no ha sido ajena a esta realidad. Desde su primera conformación posterior al retorno a la democracia, pasando por la denominada Corte menemista hasta su actual integración, ha dado muestras de una particular toma de posición frente a las circunstancias sociales. Con esa toma de posición la Corte ha ido construyendo su identidad constitucional, moldeando su propio rol institucional dentro del sistema de gobierno argenti-

²A decir de Nohlen "...el posible aporte de la jurisdicción constitucional a la consolidación de la democracia puede resultar como efecto inherente del desempeño de su función principal: de cuidar el cumplimiento de las normas de la Constitución por parte de los órganos públicos." NOHLEN, Dieter. "Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia", disponible en http://www.iidpc.org/revistas/9/pdf/131_155.pdf, p. 126, última consulta 20/02/2014.

³Pensamos que tanto la cuestión de la independencia judicial como la cuestión de la imparcialidad e insularidad son medulares en el análisis del rol institucional de la justicia constitucional. Con gran acierto, Larkins señala un problema como característico de los regímenes democráticos nuevos, este problema consistiría en "cómo pueden llegar las cortes a actuar en base a su independencia estructural para asegurar para sí mismas un amplio rango de autoridad." LARKINS, Christopher. "Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis", *The American Journal of Comparative Law*, XLIV, 1996, p. 620.

no⁴. Tanto desde su jurisprudencia como desde sus estrategias comunicacionales, pasando por la selección de los temas sometidos a su decisión y el estricto escrutinio de su oportunidad así como por el cuidadoso armado de su agenda pública, la Corte ha buscado perfilar su función política como cabeza de uno de los poderes del Estado en un escenario que reclama su intervención efectiva como órgano del régimen democrático⁵.

En este trabajo buscaremos analizar el discurso sostenido por la Corte Suprema, con su actual conformación, para evaluar críticamente los caminos que ha elegido en la búsqueda de sus objetivos. Para ello no podemos pasar por alto un hecho fundamental: nuestro máximo órgano judicial no pudo escapar de la crisis política, social y económica que afectó a la Argentina durante los años 2001 y 2002 que tuvo un profundo impacto en las instituciones. La renovación de la Corte, reemplazando a una claramente alineada con el Gobierno y sus decisiones, supuso entonces la necesidad de recuperar el lugar simbólico que había perdido.

II. El rol institucional de la Corte Suprema en el sistema argentino y la hibridación de modelos de control de constitucionalidad

La Constitución de 1853 consagra en su texto histórico una serie de mecanismos institucionales de balanceo destinados a limitar tanto la concentración del poder en el Ejecutivo como la imposición absoluta de mayorías legislativas. En este diseño republicano el Poder Judicial es concebido como una de las tres agencias del Estado con atribuciones gubernativas propias, y con la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza de este poder.

⁴Consideramos que el rol institucional de la Corte Suprema debe analizarse teniendo en cuenta dos aspectos que se relacionan necesariamente e interactúan mutuamente pero que pueden identificarse de modo claro: su rol como tribunal de garantías y su rol como órgano de control político. De este modo, en este trabajo analizaremos si, prima facie, predomina alguno de estos aspectos por sobre el otro.

⁵La Corte Suprema de Justicia de la Nación cumple una doble función: por un lado, una función eminentemente jurídica, como tribunal de justicia, y, por el otro, una función política, como poder del Estado. Para un análisis pormenorizado de la cuestión puede consultarse la obra de Alfonso Santiago (h). SANTIAGO, Alfonso (h). La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999.

Son harto conocidos los antecedentes del modelo adoptado por nuestros constituyentes históricos para la organización del Poder Judicial de la Nación, adscripto al paradigma instaurado por la Constitución de Estados Unidos de 1787, aunque con particulares apartamientos de este modelo, con la Corte Suprema en el vértice de un verdadero y propio poder de Estado. Paralelismo que se concretó con el seguimiento sustancial del esquema de la *Judiciary Act* de 1789 y que derivó en la sanción de las leyes 27 de 1862 y 48 de 1863, especialmente ésta última encargada de regular el recurso extraordinario federal, reglamentando así la previsión constitucional (actual artículo 116 de la Constitución Nacional).

Así las cosas, el sistema de control de constitucionalidad en nuestro país, jurisdiccional y difuso, se construyó a partir del respeto irrestricto por el principio de la supremacía constitucional; en la necesaria prevalencia de la Constitución frente a las leyes inferiores en caso de conflicto u oposición entre estas normas y aquélla. Es por ello que, como la Constitución es Derecho, y, concretamente, la norma jurídica más importante del ordenamiento y superior en jerarquía a todas las demás, todos los jueces deben considerarla y aplicarla en el momento de resolver los pleitos sometidos a su jurisdicción.

Sin embargo, las características de este modelo inicial deben ser revisadas a la luz de un fenómeno actual que obliga a redefinir sus notas tipificantes y que está dado por el crecimiento que han experimentado en las últimas décadas los mecanismos de justicia constitucional⁶, crecimiento que trajo como consecuencia inevitable una redefinición del papel del juez constitucional en el Estado de derecho y la consiguiente ampliación de su campo de actuación. Diversos son los factores que han coadyuvado a esta expansión, entre ellos se pueden señalar los siguientes:

1) Los procesos de integración, tanto a nivel endonacional como a nivel supranacional, procesos que han ampliado los sistemas normativos locales alterando incluso la noción misma de supremacía constitucional.

2) El paulatino desplazamiento de la doctrina de las *political questions*, lo que ha posibilitado a la judicatura constitucional penetrar la otrora zona de reserva de los poderes políticos, llegando inclusive los tribunales constitucionales a invalidar decisiones gubernamentales cuestionando, sin más, su oportunidad, mérito o conveniencia, lo que ha llevado a Zúñiga Urbina a sostener que se ha operado el paso del Estado de derecho al Estado judicial⁷.

⁶Entiendo por justicia constitucional el conjunto de instrumentos y mecanismos jurisdiccionales que tiene por finalidad la defensa y salvaguarda de las previsiones constitucionales, ya sea preservando la supremacía constitucional y previniendo las violaciones a la Constitución, ya sea reprimiendo el desconocimiento de dicha normatividad.

⁷ÚÑIGA URBINA, Francisco. "Control judicial de los actos políticos. Recurso

3) Un ejercicio cada vez más esporádico del *self-restraint* por parte de los tribunales constitucionales, lo que en ocasiones ha tenido como consecuencia inmediata, deseada o no, el entorpecimiento o enervamiento del accionar de los demás órganos del Estado. De este modo, cada vez se retrae más el espacio en el que los poderes políticos del Estado ejercen sus facultades en el máximo nivel puesto que ya no se les reconoce la palabra final en lo que a la toma de decisiones respecta, habiendo sido esta asumida por los jueces constitucionales.

4) Como derivación de lo señalado en los puntos 2 y 3; en la actualidad se observa una marcada judicialización de la política, entendida, en un sentido amplio, como el hecho de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por los órganos políticos del Estado, que se consideraban propios de la política democrática y, consecuentemente, dirimibles exclusivamente en la arena política, empiezan a ser resueltos por el órgano judicial, o al menos son fuertemente condicionados por las decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que un gran número de actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales. Agudamente Alfonso Santiago (h) apunta que paradójicamente, mientras hay una disminución progresiva de la discrecionalidad en la actuación de los poderes políticos, se verifica y promueve un notable aumento en la discrecionalidad de los jueces en su función jurisdiccional y constitucional⁸.

5) Una desmedida inflación tutelar derivada del reconocimiento en las cartas constitucionales y en los instrumentos internacionales de una excesiva nómina de derechos que en la práctica no resultan plenamente efectivos, generándose así un divorcio entre el plano normológico y el plano fáctico. En efecto, existe un preocupante reconocimiento nominal de los derechos que no se corresponde con su vigencia efectiva dando origen a innumerables planteos de exigibilidad, generalmente en sede judicial, tendientes a concretar su contenido.

6) Como consecuencia de lo apuntado en el punto 5, se percibe una alarmante tendencia a plantear las demandas relativas al cumplimiento de los derechos casi exclusivamente en términos judiciales debida, en parte, a la judicialización del discurso sobre la exigibilidad de los derechos en general, y particularmente en lo que a los derechos económicos y sociales respecta.

de protección ante las cuestiones políticas”, en Revista *Ius et Praxis*, Número 2, Año 14, p. 280.

⁸ SANTIAGO, Alfonso. “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo”, en *Dikaion*, Universidad de La Sabana, Vol. 22, Núm. 17, Colombia, Diciembre de 2008, p. 144.

7) La aparición y consolidación de nuevos actores en los procesos constitucionales que han sido dotados de legitimación procesal activa para reclamar la tutela efectiva de los derechos; vgr.: defensor del pueblo, organizaciones no gubernamentales, grupos, asociaciones, etc.. A su vez, la irrupción de estos nuevos actores y la presión que estos ejercen por lograr un eficaz acceso a la jurisdicción traen aparejado el surgimiento de nuevas conflictividades colectivas derivadas de la defensa de los derechos grupales que hasta hace no mucho tiempo se presentaban sólo esporádicamente y como un fenómeno aislado en países que específicamente regulaban en sus ordenamientos procesales estas formas de intervención.

8) La influencia ejercida por cierto sector doctrinario que sustenta su discurso en la fuerza normativa de la Constitución como un dogma irrefutable de donde derivaría la justificación del control judicial de constitucionalidad y más aún, que serviría de fundamento a la última palabra judicial en lo que al *test* de adecuación constitucional respecta⁹; en una defensa a ultranza de los derechos -ahora denominados derechos fundamentales- definidos como derechos morales que en los casos constitucionales - que se reducirían a hipótesis de supuesta colisión entre esos derechos fundamentales- funcionarían a modo de cartas de triunfo que derrotan a las prescripciones normativas; en la interpretación constitucional entendida como un proceso discursivo en el que se impone el mejor argumento dando lugar a lo que designan como la mejor interpretación, esto es, la que se lleva a cabo recurriendo al paradigma de la *living constitution*¹⁰; en la proclamación de la ponderación como el único método posible para dirimir esos casos difíciles a los que aludimos mediante la aplicación de las genuinas normas constitucionales¹¹, etc.. La combinación de estos postulados arroja como resultado la exacerbación de la figura del juez constitucional y su transformación en una especie de superhéroe guardián de la Constitución, venerado por quienes sostienen esta postura y construyen a su alrededor todo un andamiaje conceptual destinado

⁹A decir de Prieto Sanchís, la idea de que la Constitución, más que un límite al legislador, es una norma que directamente ordena amplias esferas de las relaciones sociales presenta un corolario implícito, y es que la defensa de la Constitución no sólo comporta una legislación negativa que le diga al legislador sólo aquello que no puede hacer, sino que reclama también una legislación positiva capaz de suplir, complementar o corregir al Parlamento en la tarea de hacer realidad el programa constitucional. PRIETO SANCHÍS, Luis. "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", en Revista Doxa, Número 23, Año 2000, p. 186.

¹⁰Según el Justice Scalia: "A living - Constitution judge (...) is a happy fellow who comes home at night to his wife and says, 'The Constitution means exactly what I think it ought to mean!'". Citado por Alfonso Santiago, Scalia sostiene que los jueces partidarios de la *living constitution* son jueces felices, porque encuentran siempre que sus preferencias personales coinciden con lo que, a su criterio, señalan los textos constitucionales. SANTIAGO, Alfonso (h). Op. cit., p. 146.

¹¹PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 178.

a escindir el campo de lo constitucional del campo de lo político, procurando así un desplazamiento no disimulado de la política

Todos estos factores han contribuido en mayor o en menor medida a ampliar considerablemente el ámbito de actuación de la justicia constitucional y a proveer a los tribunales constitucionales de innumerables argumentos destinados a servir como justificación de su intervención en asuntos de la más variada naturaleza y que distan de ser considerados asuntos propios de la jurisdicción constitucional. Este modelo constitucionalista o judicialista, contrapuesto al modelo democrático o legalista, avanza desmedidamente sobre las atribuciones de los órganos legislativos y ejecutivos dificultando la imperiosa separación que debe existir entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad.

Asimismo, se observa una creciente tendencia a la unificación de los grandes paradigmas, una progresiva hibridación de ambos modelos que se han influenciado recíprocamente y muestran actualmente una sustancial convergencia. Al presente, dicha bipolaridad tiende a ser superada en virtud de la enorme expansión de la justicia constitucional que se presenta perfilada en el siglo XXI por una serie de situaciones peculiares que, aunque encontrando su origen en épocas más o menos anteriores, han venido confluyendo y, a la par, acentuando sus rasgos: el proceso de progresiva e ininterrumpida convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional, la quiebra frontal del modelo kelseniano del legislador negativo con el subsiguiente rol creativo de los tribunales constitucionales y la enorme heterogeneidad y generalizada mixtura e hibridación de los actuales sistemas de justicia constitucional, han desencadenado la obsolescencia de la clásica bipolaridad sistema americano - sistema europeo¹².

La Corte Suprema argentina, con su actual composición, no ha sido ajena a este fenómeno universal. Como sostiene Carnota, en los últimos tiempos existen mensajes cruzados o contradictorios en punto a la función del propio Tribunal. La Corte parece enredarse en los vericuetos de ambos modelos prototípicos, navegando entre ambos sin brújula cierta¹³. Y por momentos pareciera que quiere acercarse al primitivo modelo europeo de control de constitucionalidad.

¹² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. La quiebra de la bipolaridad sistema americano - sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad", discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 24 de Septiembre de 2002, p. 3

¹³ CARNOTA, Walter. "La nueva fisonomía del control de constitucionalidad argentino, disponible en http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/161_171.pdf, p. 1, última consulta 16/02/2014.

III. La Corte con su composición actual: su estrategia

Como señalamos, la profunda crisis de legitimación que afectó a la Corte Suprema sumada a la presión ciudadana y de los medios derivó en la necesidad política de su renovación mediante un replanteo de su conformación. De este modo, el entonces presidente Néstor Kirchner promovió el juicio político a cinco de sus miembros. Para septiembre de 2005 dos de ellos ya habían sido removidos (Moliné O'Connor y Boggiano), otros tres habían renunciado (Nazareno, Vázquez y López) y otro se había jubilado (Belluscio), habiendo Duhalde llenado con Maqueda la vacante producida por la renuncia de Bossert. Así las cosas, Kirchner designó a cuatro de los actuales integrantes (Zaffaroni, Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay), y con posterioridad, a fines del año 2006, el Congreso sancionó la ley 26.183 por la cual se redujo temporariamente el número de integrantes a siete con la prospectiva de que quede luego fijado definitivamente en cinco.

La nueva Corte se enfrentó entonces al desafío de reconstruir su legitimidad y fortalecer su perfil institucional. Para comprender este proceso conviene precisar su agenda pública al momento de su integración; es necesario esbozar una aproximación al contexto en el que se planteó la necesidad de redefinir su rol constitucional, examinar los retos que se le presentaron y las decisiones que se tomaron al respecto. Esto es así puesto que si pretendemos sostener que la Corte ha buscado orientar su accionar para asemejar su labor a la de un tribunal constitucional, deberemos indefectiblemente, en primer lugar, considerar las cuestiones de la redefinición de su competencia, el modo en el que ha empleado el *writ of certiorari*, la cuestión de la selección de los casos a resolver y el dictado de fallos institucionales, ello nos permitirá profundizar el estudio del rol de la Corte como órgano de control político. Asimismo, y en segundo lugar, si tratamos de concluir que la Corte, en su rol de tribunal de garantías en lo que a la protección de los derechos humanos se refiere, se ha mostrado como un tribunal activista, deberemos analizar las nuevas formas de intervención dialógicas que ha adoptado así como el papel que han jugado los litigios estructurales en su jurisprudencia. Entonces, aparece como insoslayable el estudio de estos factores que han influido notablemente en la construcción y configuración de su rol institucional.

En primer lugar vamos a señalar que la Corte se encontró ante la necesidad imperiosa de reducir el excesivo e incesante número de causas que caían bajo su competencia originaria y apelada, lo cual había saturado su funcionamiento ocasionando un marcado desvío de su rol institucional como intérprete final de la Constitución.

Frente a este panorama, la Corte emprendió un progresivo proceso de reducción de su competencia. El puntapié inicial estuvo dado por el caso Itzcovich¹⁴, en donde declaró la inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 24.463 que establecía la posibilidad de interponer un recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema contra los fallos de la Cámara Federal de la Seguridad Social cualquiera fuera el monto del litigio¹⁵.

La Corte siguió adelante con su objetivo de depurar su competencia y lo hizo por la vía reglamentaria con el dictado de las Acordadas 2 y 4, ambas del año 2007. Mediante la Acordada 2 se modificó el importe del monto del depósito exigible para la interposición de la queja y a través de la Acordada 4 se reglamentaron los requisitos y se establecieron las formalidades para la interposición y admisibilidad del recurso extraordinario federal y de la queja.

Asimismo, en Barreto¹⁶ y Mendoza¹⁷ la Corte avanzó en la redefinición del alcance de su competencia originaria en las causas en las que son parte las provincias. En el primer fallo brindó una nueva caracterización de la noción de causa civil y en el segundo modificó el criterio jurisprudencial que admitía la acumulación subjetiva de pretensiones de sujetos no aforados por la Constitución a la competencia originaria de la Corte.

Con idéntico objetivo estableció diversas restricciones en lo que respecta a la materia que puede ser objeto de las acciones declarativas de inconstitucionalidad contra las provincias. Las más relevantes estuvieron dadas por la adopción de un criterio de interpretación estricto de la existencia de materia

¹⁴ C.S.J.N., I. 349. XXXIX., R.O., Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios, sentencia del 29 de marzo de 2005.

¹⁵ En el considerando 8vo. de dicho fallo la Corte sostuvo que la vigencia del procedimiento establecido por el art. 19 de la ley 24.463 "ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común".

¹⁶ C.S.J.N., B. 2303. XL., Originario, Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios, sentencia del 21 de marzo de 2006.

¹⁷ C.S.J.N., M. 1569. XL., Originario, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), sentencia del 20 de junio de 2006.

federal en el litigio y por la asignación de naturaleza local a ordenamientos jurídicos conformados por la Nación y las provincias.

En segundo lugar, y respondiendo a los reclamos de falta de transparencia en su funcionamiento, la Corte concentró sus esfuerzos en la construcción de un nuevo estándar de apertura judicial que se caracterizó por la pluralización del debate, la adopción de formas atípicas de construcción conjunta de soluciones y el empleo de una novedosa estrategia comunicacional.

Una de las primeras medidas que tomó en este sentido fue disponer a través de la Acordada 14 del año 2006 la publicación del listado de causas ante el tribunal para facilitar la presentación de los memoriales de los *amici curiae*. Asimismo, en el año 2007 reglamentó la celebración de audiencias públicas mediante la Acordada 3 con la firme intención de acercar la Corte a la sociedad civil.

Igualmente, y con el objetivo de transparentar su gestión posibilitando un mayor acceso a la información tanto para los operadores judiciales como para la ciudadanía en general, dispuso la creación del Centro de Información Judicial mediante la Acordada 17 del año 2007, centro que tiene como finalidad la difusión de sentencias, el avance de las causas más relevantes, la publicidad de la actividad judicial de todo el país, etc.. A similar objetivo responde la modernización operada en el proceso de publicación de sus sentencias en la página *web*.

Por otro lado, la Corte comenzó a construir un nuevo perfil, enfocado en un hasta ahora ignorado rol remedial del Poder Judicial¹⁸, que la llevó a admitir causas que un par de años atrás probablemente hubieran sido rechazadas *in limine* por los órganos jurisdiccionales invocando la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, la inexistencia de una causa o la falta de afectación

¹⁸Me interesa destacar que el desarrollo pleno del rol remedial al que hacemos alusión, y que deja a la vista de todos un Poder Judicial altamente activista, se manifiesta fundamentalmente en litigios estructurales, también denominados litigios de derecho público o casos de litigación compleja, caracterizados por la supeditación del interés particular al más general que involucra a la comunidad o a un grupo de sujetos con determinadas características comunes y por requerir una solución que implica necesariamente la participación de los poderes políticos, y eventualmente a particulares también, mediante un diseño integral y a largo plazo de políticas públicas combinado con un sistema de monitoreo de las instituciones comprendidas. Paola Bergallo efectúa una excelente tipificación del litigio estructural, destacando los puntos representativos de estos casos: presencia de partes plurales y amorfas; involucramiento de la interferencia judicial en cuestiones de organización y operación de la administración pública; no suponen la compensación de daños pasados y acotables a las partes sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales. BERGALLO, Paola. "*Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*", SELA 2005, Panel 4: El papel de los abogados, *passim*.

directa e individualizada del peticionante. De este modo, la Corte adoptó un modelo dialógico y empezó a expedirse en nuevos términos, con sentencias innovadoras, tanto en lo procedimental como en lo que respecta al contenido de las mismas, que escapan a la tradicional retórica judicial y procuran la apertura del debate y la construcción de soluciones consensuadas. Muestras claras de este nuevo perfil de la Corte son los casos Verbitsky¹⁹, Lavado²⁰, Mendoza²¹, Hospital de Salta²², Comunidad toba del Chaco²³, Salas²⁴, entre otros. En este sentido, Thury Cornejo sostiene acertadamente que la Corte ha intentado una vía de legitimación que escape de la dicotomía apoyo- rechazo de las políticas gubernamentales y lo ha hecho buscando una relación directa con la sociedad, transformándose en foco rector de una deliberación sobre políticas públicas desatendidas por los otros poderes²⁵.

En tercer lugar, consideraremos la definición de la agenda pública de la Corte y la cuestión de la selección de las causas a resolver²⁶. El máximo tribunal fue sumamente cauteloso administrando su intervención en causas de alto impacto político y social, por un lado acompañó abiertamente al gobierno en los juicios derivados del corralito (Massa)²⁷ y en los juicios por delitos de lesa

¹⁹.S.J.N., V. 856. XXXVIII., Recurso de hecho, Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus.

²⁰C.S.J.N., L. 733. XLII., Originario, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza.

²¹C.S.J.N., M. 1569. XL., Originario, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

²²C.S.J.N., M. 291. XL., Recurso de hecho, Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo.

²³C.S.J.N., D. 587. XLIII., Originario, Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento.

²⁴C.S.J.N., S. 1144. XLIV., Originario, Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo.

²⁵THURY CORNEJO, Valentín. "La 'nueva' Corte Suprema y sus estrategias de legitimación", *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, Año XLVI, Nro. 11.951, 20/02/2008, p. 8.

²⁶Aquí cobra relevancia el estudio del instituto previsto en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, luego de la reforma introducida por ley 23.774, dispone: "La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia." Para un análisis crítico de la cuestión véase BARRERA, Leticia. *La Corte Suprema es escena. Una etnografía del mundo judicial*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, p. 89 y ss.

²⁷C.S.J.N., M. 2771. XLI., Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986.

humanidad (Simón)²⁸, y, por el otro lado, se despegó de la agenda política marcada por el gobierno introduciendo al debate público el tratamiento de problemas estructurales como la actualización de los haberes jubilatorios (Badaro)²⁹, la situación en las cárceles bonaerenses (Verbitsky) y mendocinas (Lavado), el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo (Mendoza), la calidad de vida de la comunidad toba en el Chaco, la cuestión de la tala indiscriminada y el desmonte en Salta (Salas), el problema de los menores en conflicto con la ley penal (García Méndez)³⁰, entre otros.

Sin embargo, el activismo que mostró la Corte en materia de derechos humanos en ejercicio de su rol de tribunal de garantías, no se replicó en idéntica medida en lo que a su rol de órgano de control del poder político respecta, salvo un par de casos aislados referidos a la distribución de la pauta oficial (Editorial Río Negro)³¹, (Editorial Perfil)³², (ARTEAR)³³, o a la forma de elección de los integrantes del Consejo de la Magistratura (Rizzo)³⁴. Así, en cuestiones tan controvertidas en nuestro sistema presidencialista como la delegación legislativa (Colegio Público de Abogados de Capital Federal)³⁵ y el dictado de decretos de necesidad y urgencia (Consumidores Unidos)³⁶ lo que primó en la retórica de la Corte fue el recurso a fórmulas moderadas, sin intervenir efectivamente como contrapeso de los poderes políticos representativos en la fijación de límites institucionales formales al gobierno. Sin dudas, la nueva

²⁸ C.S.J.N., S. 1767. XXXVIII., Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-.

²⁹ C.S.J.N., B.675.XLI., R.O., Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios.

³⁰ C.S.J.N., G. 147. XLIV., Recurso de hecho, García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537.

³¹ C.S.J.N., E.1.XXXIX., Originario, Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo.

³² C.S.J.N., E.80.XLV, E.84.XLV, Recurso de hecho, Editorial Perfil S.A. y otro c/ E.N. -Jefatura de Gabinete de Ministros- SMC s/ amparo ley 16.986.

³³ C.S.J.N., A.925.XLIX, Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/ Estado Nacional -JGM - SMC s/ amparo ley 16.986.

³⁴ C.S.J.N., R.369.XLIX., Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13).

³⁵ C.S.J.N., C.2701.XL., Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo.

³⁶ C.S.J.N., C. 923. XLIII., Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986.

Corte puso el énfasis en el perfeccionamiento de su rol de tribunal de garantías descuidando (¿intencionalmente?) su rol de guardián del juego democrático³⁷.

IV. Conclusiones: ¿quiere nuestra Corte convertirse en un Tribunal Constitucional?

A primera vista, nos sentimos tentados de afirmar que nuestra Corte ha buscado redefinir su lugar dentro del esquema democrático de gobierno fortaleciendo su función política antes que su función jurídica, esto es, posicionándose como poder del Estado. Y esto lo ha hecho marcando rigurosamente su territorio, procurando administrar su capital jurídico, reafirmando su autoridad judicial y ejerciendo un activismo fuerte en materia de derechos humanos que la ha llevado incluso a intervenir en el circuito de diseño de políticas públicas. Sin embargo, como ya lo señalamos, deliberadamente también ha sabido mantenerse al margen de las grandes discusiones y vaivenes de la política coyuntural que podrían eventualmente enfrentarla con los poderes ejecutivo y legislativo.

Todas las decisiones anteriormente señaladas, partiendo desde la estrategia comunicacional tendiente a la apertura judicial, a transparentar su gestión y a acrecentar su visibilidad, pasando por la adopción de un nuevo rol remedial, por la selección y el estricto escrutinio de los casos en los que interviene, por la redefinición de su propia competencia y por la conformación de su agenda pública, parecen aproximar demasiado a la Corte al modelo de un tribunal constitucional. Como señala Sáenz, el ejercicio de dichas competencias (se refiere específicamente al conocimiento *per saltum*, al dictado de sentencias exhortativas, a la declaración de inconstitucionalidad de oficio y al efecto absoluto de las sentencias) acerca mucho a esta Corte al comportamiento de un tribunal constitucional, o incluso al de un órgano con mayor poder aún³⁸.

³⁷ En similar sentido se manifiesta Thury Cornejo, quien sostiene que “la Corte ha elegido, entre los muchos caminos posibles, el de una posición institucional que genere espacios de discusión y visibilidad para cuestiones olvidadas por la estructura política. De este modo, ha edificado un circuito de legitimidad social que funciona en paralelo al de los poderes políticos. Asumir esta estrategia, ha significado en los hechos, dejar de lado su papel de contrapeso jurídico de los otros poderes, de controlador de sus políticas”. THURY CORNEJO, Valentín. Op. cit., p. 9.

³⁸ SÁENZ, Juan Ignacio. “La Corte Suprema como tribunal constitucional”, sesión privada del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 4 de junio de 2008, disponible en <http://ancmip.org.ar/user/files/Saenz%202008.pdf>, p. 7, última consulta 20/02/2014.

Los tribunales constitucionales, definidos por Favoreu³⁹, como aquellas jurisdicciones creadas para conocer de manera especializada y exclusivamente del contencioso constitucional, situados fuera de la estructura del poder judicial ordinario, e independientes de los poderes públicos, especialmente del poder judicial, se caracterizan por ser órganos con una competencia restringida a los asuntos específicamente constitucionales. Así las cosas, pareciera ser que nuestra Corte Suprema ha intentado reducir su margen de intervención a estos asuntos, o, al menos, que procura hacerlo como estrategia de legitimación.

Claro está que no se trata de un fenómeno propio de nuestro sistema, al comienzo de este trabajo señalamos que el proceso de expansión global de la justicia constitucional, ha sido acompañado de la proliferación de los modelos y de su recíproca hibridación⁴⁰. En este sentido, Gascón Abellán advierte que en el sistema de la *judicial review*, orientado prevalentemente a la garantía judicial de los derechos en el caso concreto, el tribunal supremo acaba siendo el juez de las grandes cuestiones constitucionales, al modo de los tribunales constitucionales europeos, en tanto que, en los sistemas de jurisdicción concentrada y separada, orientados al control del texto legal por el juez constitucional, también los jueces realizan un control *per incidens* de la ley para la garantía de los derechos⁴¹. Es por ello que no nos parece descabellado sostener que en el intento de reconstruir su rol institucional la Corte Suprema ha seguido esta tendencia.

³⁹ FAVOREU, Louis. Los tribunales constitucionales, Ariel, Barcelona, 1994, p. 23.

⁴⁰ En similares términos se manifiesta Carnota, sosteniendo que: "... en las últimas décadas ha sido muy difícil detectar 'sistemas puros' de control, ofreciéndose las más de las veces en el mercado comparado experiencias que prevalentemente se orientan en tal o cual dirección, pero que 'piden prestado' ('constitutional borrowing') de otros modelos algunos aspectos de su control de constitucionalidad." CARNOTA, Walter. Op. cit., p. 3.

⁴¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Justicia constitucional: la invasión del ámbito político", en Estudios en homenaje a Héctor Fix- Zamudio, publicación de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 691.

Nuestra Corte Suprema aún tiene ante sí una extensa lista de desafíos y oportunidades para mejorar su funcionamiento, para reparar su déficit de legitimidad y, fundamentalmente, para cumplir acabadamente con el rol institucional, como cabeza del Poder Judicial y como contrapeso de los demás poderes políticos, que le ha sido otorgado por la Constitución. El camino que ha elegido para lograrlo parece ser el de la lógica política. Resta ver si la elección de ese camino es acertada.

