

# LA CORTE SUPREMA

## Y LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA.<sup>1</sup>

SANTIAGO J. MARTÍN

### **I) El defensor de la Constitución.**

Sabido es que toda constitución que pretenda alcanzar un razonable grado de vigencia debe contar con los mecanismos institucionales necesarios para lograr tal objetivo, inhibiendo en el marco de lo posible, toda infracción posible. En este sentido, se han desarrollado distintos modelos, algunos más exitosos que otros, que tendieron a definir el órgano estatal que se encargaría de tan delicada función. Seguramente, los modelos con mayor influencia en las constituciones modernas han sido dos: el norteamericano, que puso en cabeza del poder judicial, y especialmente de la Corte Suprema, el rol de defensor de la constitución, a través del denominado *judicial review*, y el modelo austriaco, que debe su creación al genio de Hans Kelsen. Este último, reflejado principalmente en la constitución de Austria de 1920 creó el denominado Tribunal Constitucional, órgano no judicial, que tenía a cargo el control de constitucionalidad de los actos legislativos. El modelo kelseniano tuvo su desarrollo especialmente en los países europeos, en tanto el norteamericano en los países de América del Sur, siendo el adoptado por la Constitución argentina de 1853 que rige – con reformas – en la actualidad.

Pero la historia nos muestra que no necesariamente la revisión constitucional fue de tipo jurisdiccional, ya que también se han propuesto – y llevado a la práctica – esquemas en los cuales la defensa de la constitución quedaba en manos de órganos políticos. El caso paradigmático es el del Parlamento británico, órgano supremo que no admite revisión de sus decisiones por parte de ningún otro órgano estatal<sup>2</sup>, a pesar de ser justamente el Reino

---

<sup>1</sup> Este trabajo, con algunas modificaciones introducidas en esta versión, fue presentado en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, que tuviera lugar en la ciudad de Paraná, Entre Ríos, en el mes de septiembre de 2007.-

<sup>2</sup> Si bien este principio se encuentra actualmente morigerado debido a la influencia del derecho comunitario, que ha provocado la revisión de decisiones parlamentarias por parte de los órganos de la Unión Europea.

Unido la cuna del control de constitucionalidad de las leyes a través del más antiguo antecedente conocido: el caso Bonham de 1610<sup>3</sup>.-

Sin embargo, el debate doctrinario en torno a quien debía ser el defensor de la constitución, que se dio justamente entre Hans Kelsen, por un lado, y por otro Carl Schmitt, no tenía que ver con la actuación del Parlamento. Kelsen, como dijimos, sostenía que debía ser un Tribunal Constitucional el encargado de revisar la constitucionalidad de las leyes. El jurista alemán Schmitt, por el contrario, afirmaba que esto no era recomendable, ya que de esa manera se produciría una judicialización de la política, y sostenía que la defensa de la constitución debía ser encomendada al Jefe del Estado, que en la constitución alemana se personificaba en el Reich.

Señala Domingo García Belaúnde que en la actualidad no tiene sentido analizar los alcances teóricos que esbozaron estos grandes juristas, siendo que el planteo de Kelsen se extiende por doquier y se afianza en el continente europeo y en otros países en donde ha sido adoptado, el planteo de Schmitt ha sido totalmente olvidado, salvo en las canteras académicas, en donde siempre quedará como un estímulo para el pensamiento.<sup>4</sup> No obstante la razón que le asiste al gran jurista peruano, vamos a hacer aquí una breve reseña de los argumentos principales esgrimidos por estos pensadores, ya que allí encontramos una primera aproximación al debate en torno al tema que nos convoca: la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad.-

Así, Schmitt criticaba las según denominadas por él ‘ideas judicialistas’, que a su entender “se inclinan a encomendar simplemente la solución de todos los problemas a un procedimiento de tipo judicial, y desprecian en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional. Ante todo se siente la necesidad de protegerse contra el legislador, es decir, contra el Parlamento, limitando, en consecuencia y con arbitrariedad notoria, el problema de la protección constitucional a la mera defensa contra leyes y decretos anticonstitucionales, y desnaturalizando también esta cuestión al buscar en

---

<sup>3</sup> Allí, el célebre juez Coke señaló que “en muchos casos el *common law* controlará las leyes del parlamento, y algunas veces deberá juzgarlas como nulas; siempre que una ley del parlamento sea contraria al *common law* y a la razón o repugnante o imposible de ejercitarse, el *common law* deberá controlarla y juzgar a dicha ley nula”.

Extraído de Linares Quintana, Segundo V., ‘Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional’, Ed. Plus Ultra, t. 1, p. 69/70.-

<sup>4</sup> García Belaunde, Domingo; Derecho Procesal Constitucional, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 177.-

el terreno de la Justicia el protector de la Constitución...”.<sup>5</sup> Este autor partía de lo limitada que resulta la protección judicial de la Constitución, que según él no es más que un sector de las instituciones de defensa y garantía instituidas con tal objeto<sup>6</sup>.

Además, para Schmitt, “una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en los términos”. Por eso considera que el Tribunal Constitucional no llega a conocer de verdaderos ‘conflictos constitucionales’, ni tampoco de un litigio verdadero, en el sentido procesal y técnico del concepto. Debe recordarse que para Schmitt la Constitución no es un contrato, sino una decisión fundamental, de modo que como señala García de Entrerría, “para él es obvio que ‘la Constitución no puede ser objeto del proceso’”<sup>7</sup>, ya que la decisión política no puede estar diferida al juez, sino al legislador.

Por ello, partiendo de la teoría de Benjamín Constant, sostendrá que sólo un ‘poder neutral’ estará en condiciones de proteger a la constitución de los abusos del legislativo, ya que confiando esta misión a uno de los poderes existentes se corre el riesgo que éste ejerza un predominio sobre los demás, convirtiéndose en consecuencia en árbitro de la Constitución. Siendo así, atribuye al Jefe de Estado (monarca o Presidente del estado) esta posición mediadora, reguladora y tutelar, al representar esta figura “la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento, y que por razones de continuidad, de prestigio moral y de confianza colectiva debe tener una especie de autoridad que es tan consustancial a la vida de cada Estado como la fuerza y el poder imperativo que diariamente se manifiestan de modo activo”.<sup>8</sup> Así, según la Constitución de Weimar, es el Presidente del Reich quien está dotado con atribuciones que le hacen independiente de los órganos legislativos, ya que las atribuciones que le están asignadas (nombramiento de funcionarios, derecho de indulto, promulgación de leyes) “corresponden típicamente al repertorio de atribuciones del Jefe de Estado, que formuló ya B. Constant”.<sup>9</sup>

Por otro lado, Hans Kelsen señala que la teoría de que es preciso privar a los órganos de aplicación del derecho de todo examen de la constitucionalidad de las leyes, la

<sup>5</sup> Schmitt, Carl; ‘La Defensa de la Constitución’, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 31/32.-

<sup>6</sup> Ob. Cit., p. 41.-

<sup>7</sup> Citado por García De Entrerría, Eduardo; “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas”; en Revista Española de Derecho Constitucional, nro. 1, 1981, p. 65.-

<sup>8</sup> Ob. Cit., p. 219.-

<sup>9</sup> Ob. Cit., p. 221.-

que estaría suficientemente garantizada por el poder de promulgación del Jefe de Estado, se debe, en no pequeña medida, a la doctrina de la monarquía constitucional.<sup>10</sup> Descarta también, por ineficaz, la posibilidad de que el Parlamento sea el órgano encargado del control de sus propias leyes, señalando que debe ser un órgano independiente de aquél, “y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales: es decir, a una jurisdicción o tribunal constitucional”.<sup>11</sup>

Las objeciones que se le han hecho a los tribunales constitucionales pueden reducirse, según García de Entrerría en dos: por una parte la ya referida tensión entre política y derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la jurisdicción del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial. La segunda objeción parte del interrogante en relación a cuáles son las fuentes de los criterios de decisión del Tribunal Constitucional, y consiguientemente, cuál es la fuente de su legitimidad democrática, capaz de imponer su voluntad a la de las Cámaras, que no la expresión de la voluntad popular.<sup>12</sup>

La primera objeción es contestada por el prestigioso jurista español, señalando que si bien es cierto que el Tribunal decide conflictos políticos, “lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos”, y esto no sólo formalmente, sino materialmente, “administrando el Derecho por cauces de rigurosa lógica jurídica”. Si bien el juez constitucional no puede dejar de lado las consecuencias políticas de sus decisiones, esas consecuencias sólo podrá tomarlas en cuenta en el marco de posibilidades abiertas por el ordenamiento jurídico, ya que en caso de conflicto entre el derecho y la política, el juez sólo está vinculado al derecho.<sup>13</sup>

La segunda objeción es la que motiva principalmente este trabajo, y la que analizaremos con un poco más de detalle en el punto siguiente.-

---

<sup>10</sup> Kelsen, Hans; “Escritos Sobre la Democracia y el Socialismo”, ED. Debate, Madrid, 1988, p. 114.-

Según el autor, al haber surgido la monarquía constitucional de la monarquía absoluta, aquella se encuentra guiada, en más de un aspecto, por el deseo de hacer aparecer la disminución de poder que el monarca, antaño absoluto, ha sufrido, como la más pequeña e insignificante que resulte posible o incluso de disminuirla por completo.

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 129.-

<sup>12</sup> García De Entrerría, Ob. cit., p. 64.-

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 86/87.-

## **II) La legitimación democrática de los Tribunales Constitucionales y del Poder Judicial. El debate.**

Como señalamos en la cita a García de Entrerría, este tema ha permanecido constantemente en el debate constitucional, y si bien puede haber quien afirme que ya se encuentra agotado, lo cierto es que con cada reforma que se sucede al sistema de revisión constitucional, surge con renovada fuerza.

Ya Carl Schmitt en su polémica con Kelsen había calificado como ‘aristocracia de la toga’ al sistema por el cual se pretendía asignar a un órgano judicial el control de constitucionalidad de los actos estatales, que a su entender, era diametralmente opuesto a la consecución política del principio de la democracia.<sup>14</sup> Con ello pretendía poner el acento en el origen no popular de los magistrados que en definitiva tendrían como objeto más trascendente decidir sobre la adecuación constitucional de los actos del órgano democrático por excelencia en el sistema constitucional: el Parlamento.<sup>15</sup>

Posteriormente, a estos aparentes inconvenientes se los denominó ‘la dificultad contramayoritaria’, como la ha llamado Alexander Bickel, en alusión a las carencias de fundamento democrático que pueda sostener y avalar la actuación del Poder Judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes<sup>16</sup>. Como relata García de Entrerría, las tesis contramayoritarias aparecieron con renovado vigor inclusive en los Estados Unidos de Norteamérica, como consecuencia de la actuación del Tribunal Warren, que tuviera una activa actuación en el desarrollo de los derechos sociales en aquél país.

Estas tesis descalifican el control judicial de constitucionalidad poniendo el acento en el origen no democrático de los jueces, así como de las decisiones que éstos adoptan. Como señala Carlos S. Nino, cuando se mantenía el mito de que el juez se limitaba a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, esta falta de legitimidad democrática del juez parecía no ser relevante, puesto que se concebía la actividad del juez como meramente intelectual y no valorativa. Actualmente, por el contrario, ‘surge con más insistencia la

---

<sup>14</sup> Ob. cit., pags. 244/245.-

<sup>15</sup> Como dijimos, Schmitt asignaba esta función al Presidente del Reich, lo que a su entender correspondía también al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. “El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una ‘apelación al pueblo’” (ob. cit., p. 259).

Por supuesto, la teoría democrática de Schmitt, ciertamente particular, respondía a un decisionismo por esencia antidemocrático, que pretendía traducir las decisiones del líder místico en la voluntad del pueblo.-

<sup>16</sup> Verly, Hernán; *El argumento contramayoritario*, ED. T. 144-983.-

pregunta de quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones'.<sup>17</sup>

Nino expone esta dificultad contramayoritaria en términos epistémicos, afirmando que “parece reflejar un elitismo epistémico inaceptable suponer que unos señores, por más ilustrados que sean, pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ése proceso de revisión pública”.<sup>18</sup> De esta forma, se parte de un presupuesto: que el método democrático es más confiable que el método judicial para llegar a soluciones correctas, quedando éste descalificado para imponer decisiones adoptadas al margen del debate público.

Se han ensayado distintos argumentos para contrarrestar esta tesis. Uno se relaciona con el valor del **consenso democrático**, y sostiene que no sólo las decisiones mayoritarias coyunturales expresan tal consenso, sino también la Constitución, que remite a un consenso histórico de un nivel superior, que los jueces tienen el deber de proteger aún sobre la voluntad de las mayorías<sup>19</sup>.

También se señaló que cuando el **proceso democrático** no se desarrolla en condiciones adecuadas (porque no existe una discusión amplia, no participan todos los interesados, o no lo hacen en igualdad de condiciones, o se fuerce la conformación de mayorías, etc.), entonces los jueces se encuentran habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, porque ya no tienen los jueces razones epistémicas para diferir su juicio al resultado de un proceso político irregular. Esta visión que – como señala Nino – coincide con la posición del constitucionalista norteamericano John Ely, supone previamente aceptar la dificultad contramayoritaria, para seguidamente asignar a la Corte un rol de *referee* del proceso democrático. De lo que se trata entonces, es de preservar el proceso de participación democrática y asegurar una representación adecuada.<sup>20</sup>

Otra excepción al argumento negatorio, según Nino, es aquella que tiene que ver con las decisiones que toman los jueces cuando se ve comprometida la protección de **la autonomía personal** (conductas autorreferentes), y no principios de carácter intersubjetivo

---

<sup>17</sup> Nino, Carlos S., Fundamentos de derecho constitucional, Ed. Astrea, p. 683.-

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 685.-

<sup>19</sup> Señala Nino que esta es la justificación que propone el constitucionalista norteamericano Bruce Akerman, Ob. cit. p. 689.-

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 694.-

(que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos diferentes al agente). Ello, desde que el valor epistémico del proceso democrático no se aplica a las decisiones sobre ideales de excelencia humana o de virtud personal, sino sólo a aquellas que se vinculan con los intereses de distintas personas, y en las cuales cobra relevancia la decisión colectiva.<sup>21</sup>

Finalmente, Nino ubica a la tercera excepción al argumento negatorio en aquellos supuestos en que se ponga en peligro **la continuidad de la práctica constitucional**, que debe ser protegida por el juez, inclusive mediante la descalificación de decisiones democráticas, si entiende que ponen en peligro tal continuidad. El peligro puede estar dado ‘por socavar la regularidad de la observancia de los elementos salientes que permiten la coordinación de acciones y actitudes, como es el propio texto de la Constitución que ha sido relevante para la generación de la práctica’, permitiendo, en suma, esta causal, descalificar violaciones flagrantes del texto constitucional.<sup>22</sup>

No podemos obviar que el tema de fondo en relación a la legitimidad de los jueces para efectuar el control de constitucionalidad, se halla en los criterios utilizados por éstos para fundamentar sus decisiones, en los casos en que éstas no puedan extraerse claramente del texto legal. Así, cabe recordar la vieja controversia (actualmente agotada) entre quienes admiten la posibilidad de que el juez aporte su criterio en torno al sentido de las leyes, y quienes le asignan un rol meramente ‘ejecutor’ de las mismas,<sup>23</sup> incluyendo entre aquellos a quienes validan los fundamentos meta jurídicos cuando los jurídicos no logran dar con la solución del caso, y quienes no aceptan tales referencias.

En relación a esto último, la adopción de un punto de vista particular tiene una repercusión central en torno a la opinión que adoptemos sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional, ya que ciertamente a mayor autonomía de criterio judicial para resolver los casos, menor es la ligazón con el texto legal, e inversamente, la menor autonomía – o la falta de ella – implica la reducción al texto directo de la ley.

Este punto, además, es sensiblemente delicado en el caso de la interpretación constitucional, ya que es sabido que las constituciones suelen ser redactadas con un lenguaje más ambiguo o ‘abierto’ que una ley ordinaria, lo que muchas veces impide

---

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 697 y sigs.

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 702/703.-

<sup>23</sup> Este punto es justamente traído a colación por el Juez Marshall en el célebre ‘Marbury vs. Madyson’.-

otorgar un sentido relativamente unívoco a sus normas o conceptos. ¿Serán los jueces, entonces, quienes deban dar sentido a las normas constitucionales, o esta es una tarea que corresponde al poder político en el marco del proceso democrático?

Nosotros creemos, siguiendo aquí a García de Entrerría, que la cuestión se resume en última instancia en determinar si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de ‘norma jurídica’, o por el contrario, se la concibe como un compromiso ocasional de grupos políticos, sustituible en cualquier momento en que el equilibrio de estos arroje un resultado diverso.<sup>24</sup> En este supuesto, y con los matices teóricos que vimos anteriormente, el sentido y alcance de la Constitución será definido por las mayorías políticas circunstanciales, expresión del consenso que exhiba la sociedad en un momento histórico determinado.

En caso de dotar a la Constitución con los caracteres de una norma jurídica (y la Constitución Argentina ciertamente lo es, conforme se desprende claramente de su artículo 31), su eficacia necesariamente debe ser garantizada por los jueces, aún sobre la voluntad del proceso democrático, salvo cuando éste se exprese mediante las vías institucionales que habilitan la reforma constitucional (art. 30 CN). Señala García de Entrerría que ‘desde esta perspectiva, que debe ser retenida en su elementalidad, por encima de sofisticaciones teóricas, la mayor parte de las objeciones contra la justicia constitucional decaen por sí solas’.<sup>25</sup> Y el mecanismo jurisdiccional también es el mejor habilitado para garantizar la eficacia de la Constitución, no porque los jueces tengan una capacidad especial para dar sentido a los preceptos constitucionales, sino porque en el sistema argentino son los únicos que ocupan un espacio institucional desde el cual es dable esperar decisiones independientes, y por lo tanto razonables, constitucionalmente hablando.

Ello no significa que los jueces (y especialmente la Corte Suprema de Justicia) no deban dar prioridad al proceso democrático para que a través de éste se determine el sentido de los preceptos constitucionales mediante su razonable reglamentación (arts. 14 y 28 CN). Pero cuando se producen los excesos, allí debe estar el control jurisdiccional de constitucionalidad para remediarlos.

Lo dicho tampoco implica renegar de la importancia que tiene la interacción discursiva en la función judicial, para evitar su aislamiento del proceso político

---

<sup>24</sup> García de Entrerría, ob. cit., p. 79.-

<sup>25</sup> Ob. ci., p. 81.-



democrático, y como modo de maximizar el valor epistémico y la operatividad de la democracia.<sup>26</sup> Pero esta apertura al diálogo no debe ir en desmedro de sus funciones judiciales específicas, y de la primera y mayor obligación que tiene el Poder Judicial (y la Corte Suprema sobre todo) como guardián y defensor de la Constitución, y por lo tanto del sistema democrático de cuya ajenidad se lo acusa.

### **III) Ajustes en el ejercicio del control de constitucionalidad.**

Sin perjuicio de no compartir las objeciones doctrinarias referidas anteriormente, creemos que el Tribunal ha pecado en más de una oportunidad de un uso abusivo, por discrecional, del ejercicio del control de constitucionalidad, omitiendo en más de una oportunidad ejercer el control que debió haber llevado a cabo. Un ejemplo histórico evidente es el de los golpes militares, cuando la Corte legitimó los gobiernos de facto de 1930 y 1943 a través de respectivas acordadas.

Pero no es necesario remontarse tanto en el tiempo ni recurrir a ejemplos tan contundentes. Basta con recordar algunos fallos de la década anterior (por ejemplo, caso ‘Peralta’, caso ‘Rodríguez’) para advertir que esta ‘omisión abusiva’ del control subsistió en el tiempo, lo que lo posiciona (en su nueva integración), y frente a la condena social sobre su actuación, en un lugar de necesaria re-legitimación de su rol de control de constitucionalidad.

Pero esta re-legitimación implica re-definir con claridad su lugar institucional, especialmente en lo que hace al ejercicio del control de constitucionalidad, y paralelamente, promover un tribunal ‘de puertas abiertas’, más acorde con una democracia de tipo participativa como la propuesta por la Constitución nacional de 1994.

Por ello creemos que el punto central no pasa por determinar si la Corte Suprema se encuentra legitimada para el ejercicio del control, sino por la ‘forma’ en que ése control se ejerce. No es el ‘QUÉ’ o el ‘QUIEN’, sino el ‘COMO’ del control.

En este sentido destacamos tres aspectos a considerar:

a) Identificación de las fuentes utilizables: Como señalara Eugenio Luis Palazzo, a partir de la segunda mitad del siglo XX comenzó a producirse un cambio sustancial en las fuentes del derecho, cambio que tuvo lugar en nuestro país a partir del retorno de la

---

<sup>26</sup> Nino, ob. cit. P. 705.-

democracia, y especialmente luego de la Reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Ello genera una nueva y necesaria interrelación no sólo entre la Constitución y los tratados, sino también con los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre, tanto interna como internacionales. También potencia una mayor discrecionalidad de los jueces, que en lo posible debe ser evitada a través de la indentificación precisa de las fuentes utilizables, y descripción de las reglas de actuación, tarea que corresponde al Máximo Tribunal.<sup>27</sup>

En ello consideramos que deben evitarse las referencias a conceptos metajurídicos, como ser el derecho natural, valor justicia, u otros conceptos similares que no se encuadren en el marco jurídico positivo.

b) Mayor participación ciudadana: No cabe duda que la crisis que sufren las instituciones democráticas impone una profunda revisión de las mismas, insertándolas plenamente en un marco de democracia participativa, superadora e integradora de la ya vieja y caduca democracia representativa. En este sentido se operó la Reforma Constitucional de 1994<sup>28</sup>, si bien respecto de la Corte Suprema tal reforma no tuvo mayor significación, a no ser por la creación del Consejo de la Magistratura como órgano que viene a descomprimir facultades que originariamente pertenecieron al Máximo Tribunal.-

No obstante ello, podemos mencionar los siguientes mecanismos utilizados recientemente por el Tribunal con la clara finalidad de promover la interacción discursiva con la sociedad civil, o con los otros poderes de gobierno, respecto de causas llevadas a su conocimiento que el Tribunal considera de ‘relevancia institucional’. Ellos son:

1. El ‘amicus curiae’

Esta institución, como es sabido, consiste en la posibilidad que el Tribunal da a terceros imparciales respecto de la cuestión debatida en el proceso, con versados conocimientos sobre el punto en litigio, de hacer una presentación brindando su opinión. Es probablemente la expresión más clara respecto de las nuevas relaciones que la sociedad civil a través – especialmente – de las organizaciones no gubernamentales tiene con los

---

<sup>27</sup> Sobre el punto ver Palazzo, Eugenio Luis; ‘Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional. Conexiones e interferencias en el caso argentino’. Ponencia presentada en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, ciudad de Paraná, septiembre de 2007.-

<sup>28</sup> Especialmente a través de la incorporación de los mecanismos de consulta popular y de iniciativa popular de leyes (arts. 39 y 40), así como de la acción de amparo (art. 43).-

órganos estatales, y la Corte Suprema no debía estar ausente en esta transformación. Por eso en el año 2004 emitió la Acordada 28/2004 para poner en funcionamiento al ‘amicus curiae’.<sup>29</sup>

Es así que a partir del año 2006 se pusieron a consideración de ‘amigos del tribunal’ una serie de causas<sup>30</sup>, entre las que se encuentra la causa ‘Patti, Luis Abelardo s/ promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación’.

Mencionamos ésta última ya que es una causa especialmente sensible para dar espacio a la participación ciudadana, debido a que allí debe revisarse la decisión de la Cámara de Diputados de rechazar el título del diputado electo Luis Abelardo Patti por no cumplir, a criterio de los legisladores, el requisito de idoneidad moral. A decisión de la Corte llegó el recurso promovido por el órgano legislativo contra la sentencia de la Cámara Nacional Electoral, que desconoció que la Cámara de Diputados tenga dicha atribución de fiscalización, ya que la misma fue – según los jueces – delegada precisamente a la Justicia Electoral. En sus fundamentos, los jueces se hicieron eco del ‘carácter contramayoritario’ que tiene el poder judicial, pero para afirmar que es “el que permite que los magistrados judiciales – ajenos a las mayorías coyunturales y mutables – aseguren y preserven los derechos de las minorías frente a los potenciales excesos de las mayorías”,<sup>31</sup> aludiendo en este caso a las minorías electorales.

Adviértase lo peculiar de la situación, donde un órgano ‘no democrático’ desde la crítica contramayoritaria, deja sin efecto una decisión de la Cámara de Diputados (representantes del pueblo) que relega la voluntad popular de una porción minoritaria –

---

<sup>29</sup> Allí se señaló que este mecanismo es “un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”, por lo que “el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto” (art. 1)

Cabe señalar que los magistrados Fayt, Vázquez y Belluscio se opusieron a la sanción de este reglamento, ya que consideraron que el Tribunal no tenía atribuciones para admitir la participación de esta figura en el proceso, correspondiendo ello al Congreso de la Nación a través de la reforma al código de procedimientos.

<sup>30</sup> Estos son: ‘Juplast S.A. c/ Estado Nacional y AFIP s/ amparo’; ‘Facultad de Ciencias Médicas U.N.L.P. c/ Universidad Nacional de La Plata s/ nulidad de actos administrativos – MC – art. 32 ley 24521’; ‘Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/ Inspección General de Justicia’; ‘AABA c/ Estado Nacional – ley 26.080 s/ amparo – ley 16.986’; ‘Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ amparo’; ‘Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad’, y ‘Patti, Luis Abelardo s/ promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación’.-

<sup>31</sup> ‘Patti, Luis Abelardo s/ promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación’, expte. 4207/06 CNE, considerando 22, sentencia del 14 de septiembre de 2006.-

pero legítima – del electorado. Y en este contexto la Corte decide, creemos que acertadamente, la intervención del ‘amicus curiae’ como una forma de promover el diálogo, previo a la resolución de un caso que seguramente toca en lo más sensible de quienes consideran que el Tribunal no se encuentra legitimado para controlar la constitucionalidad de aquella decisión.

## 2. Las Audiencias Públicas.

Este mecanismo ha sido utilizado recientemente para dar mayor legitimidad ‘de origen’ a los miembros ingresados últimamente al Tribunal,<sup>32</sup> a partir del dictado del Decreto PEN 222/03, donde el Poder Ejecutivo se auto restringió en sus facultades constitucionales para designar a los jueces de la Corte Suprema. Este decreto establece una instancia de participación ciudadana, que consiste en la posibilidad de asociaciones y de la ciudadanía en general, de hacer presentaciones por escrito ante el Ministerio de Justicia respecto de la persona promovida.<sup>33</sup>

Luego la Cámara de Senadores hizo lo propio en cuanto a la facultad de prestar o rechazar el acuerdo, modificando su reglamento interno, al someter a ‘audiencia pública’ a los pliegos enviados por el Poder Ejecutivo para la designación de los miembros de la Corte Suprema y magistrados del Poder Judicial de la Nación (art. 22 ter), donde los interesados podrán hacer preguntas y observaciones al candidato<sup>34</sup>

Ya en el marco de actuaciones judiciales llevadas ante la Corte Suprema, el mecanismo de audiencia pública es utilizado especialmente en causas que versan sobre materia ambiental, dada la singularidad de este tipo de conflictos, que comprometen derechos de incidencia colectiva, así como los nuevos perfiles que las normas procesales le otorgan a los magistrados en materia ambiental (artículo 32 de la Ley 25.675 general del ambiente).

El caso más resonante de los últimos meses es la causa ‘Mendoza M. 1569’ sobre la contaminación de la cuenca Matanza - Riachuelo, donde el Tribunal convocó a una serie de

---

<sup>32</sup> Eugenio Zaffaroni, Elena Higton, Carmen Argibay y Ricardo Lorenzetti.

<sup>33</sup> Artículo 6°.- Los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán en el plazo de quince (15) días contar desde la última publicación en el Boletín Oficial, presentar al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de los propuestos.

<sup>34</sup> Procedimiento regulado por los artículos 123 bis y siguientes del Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación.-

audiencias públicas en las cuales las partes debían informar en forma oral y pública a los jueces sobre el contenido del plan de saneamiento ambiental, así como del estado de las tareas y la ejecución de las mismas, que debían cumplir el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires y el COFEMA.

3. Finalmente, consideramos de importancia que el Tribunal revise su doctrina en materia de legitimación activa para accionar en el marco de un amparo colectivo, especialmente en relación a la actuación del Defensor del Pueblo y las asociaciones instituidas para su defensa, señaladas en el artículo 43 de la Constitución nacional. En ello irá también la adopción de un concepto más amplio de la categoría ‘derechos de incidencia colectiva’.

c) Determinación del espacio institucional. En Tribunal ha decidido, en ciertas ocasiones, diferir el control de constitucionalidad a la previa actuación de los órganos de gobierno competentes, promoviendo simultáneamente una mayor interacción discursiva con las autoridades administrativas y el poder legislativo. Parece loable la intención, en el intento de no interferir, en lo posible, en las atribuciones propias de los otros órganos de gobierno y de determinar con claridad el espacio institucional de los poderes estatales. La modalidad elegida ha sido a través de las denominadas ‘sentencias exhortativas’.

Al respecto cabe hacer mención a dos decisiones recientes por las cuales la Corte reserva ‘el modo’ de resolución del conflicto al poder administrativo (en un caso) y al legislador (en otro).

El primero es el ya citado caso de la cuenca Matanza – Riachuelo, en el cual el Tribunal les requirió al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad de Buenos Aires y al COFEMA, que presenten en el plazo de treinta días, en los términos de los arts. 4 y 5 de la Ley 25.675, ‘un plan integrado y progresivo de saneamiento ambiental’, que incluye una serie de puntos que debe contener el mismo.<sup>35</sup> La remisión a las

---

<sup>35</sup> Este plan debe contener, según el punto V’ de la resolución referida: ‘1. Un ordenamiento ambiental del territorio. 2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, con una visión integral de los aspectos técnicos, sociales, culturales, que viabilice la utilización del ecosistema, garantizando la mínima degradación, promoviendo la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable. 3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas. 4. Un programa de educación ambiental conforme al art. 14 de la misma ley, ya que constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población. 5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada.’

autoridades gubernamentales para la realización de este plan de saneamiento constituye un claro posicionamiento de la Corte, en el sentido de no intervenir en un área que le es ajena, cual es la decisión en cuanto a la modalidad que revestirá la ejecución de la obra pública de recomposición ambiental. Implica también asumir un rol prudente y mesurado, aún en un contexto de clara omisión estatal en cuanto a los deberes del gobierno de proveer a un ambiente sano y apto para el desarrollo sustentable, teniendo presente que no obstante este marco, les cabe en última instancia a las esferas de gobierno un espacio de innegable autonomía en el ejercicio de sus atribuciones.

No parece tan acertada la decisión adoptada por el Tribunal en autos ‘Badaro’, cuando en el marco de un reclamo por reajuste del haber jubilatorio, requirió al Congreso de la Nación que provea lo conducente para que en ‘un plazo razonable’ adopte un mecanismo de movilidad conforme lo dispone el artículo 7 de la Ley 24.463.

Recuérdese que esta norma dispone que será el órgano legislativo a través de la Ley de Presupuesto, el que deberá anualmente disponer lo conducente para garantizar la movilidad de los haberes jubilatorios. Sin embargo desde la sanción de la Ley 24.463 en el año 1995, el Congreso ha omitido cumplir con su obligación, generando un congelamiento de los haberes, que salvo aumentos transitorios, aún subsiste.

Frente a ello, los tribunales inferiores, incluyendo a las tres salas de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, fijaron pretorianamente distintos mecanismos de movilidad con la finalidad de paliar esta situación, al menos respecto de los casos sometidos a su jurisdicción. La Corte, por el contrario, consideró que los jueces no tenían esta atribución, que estaba expresamente delegada – como hemos dicho – al Congreso, fallando entonces de la forma que hemos señalado.

Aquí aparece otra vez el Tribunal marcando sus propios límites, así como los de los tribunales inferiores, señalando que deben ser los legisladores (representantes populares) a través del debate parlamentario quienes decidan la forma en que habrá de configurarse el derecho constitucional a la ‘movilidad’ de los haberes. Pero lo criticable de la decisión estriba en la situación de indefensión en que deja al justiciable, ya que al no completar el concepto constitucional de ‘movilidad’ mediante la adopción de algún mecanismo particular, el haber jubilatorio queda tan vacío de contenido como lo estaba al inicio de la demanda, y así subsistirá hasta tanto el Congreso lo decida. Ello, no está de más decirlo,

atenta contra el derecho a la jurisdicción, desde que impide la obtención de una sentencia ‘eficaz’.

Cierto es que los jueces deben ser sumamente cautelosos de no interferir en el área de los otros poderes del Estado, pero en ello no deben cometer el error de incumplir con sus propios deberes constitucionales, siendo el principal de ellos asegurar la supremacía de la Constitución. No estamos aquí (a diferencia del caso Matanza – Riachuelo) frente a la necesidad de impulsar una obra pública, lo que excede claramente las atribuciones y posibilidades del Tribunal, sino ante el vacío legislativo frente a un concepto constitucional, que debe ser integrado provisoriamente por los jueces hasta tanto lo haga el legislador, máxime cuando el ‘plazo razonable’ a que se refiere la sentencia, se encontraba por demás agotado.

#### **IV) Reflexión final.**

Los ejemplos que hemos visto en el punto anterior marcan un cambio de rumbo de la Corte Suprema en cuanto a su disposición al intercambio discursivo, casi siempre elogiabile, aunque a veces inoportuno (caso ‘Badaro’).

No se nos escapa que los jueces tienen un déficit democrático desde que no son funcionarios elegidos por el voto popular, pero no se puede desautorizar su función de control por esta razón, sin el riesgo de asumir un concepto de democracia ‘electiva’, que por resultar extremadamente reducido no lo compartimos. Es que un juez de la democracia no es necesariamente aquél que puede ampararse en una legitimidad electiva, sino más bien en una legitimidad de ejercicio, y ésta sólo aparece en los jueces consustanciados con la vigencia de la Constitución y de los derechos humanos en ella consagrados.

Como señalamos en la cita a Eduardo García de Entrerría, la mayor parte de los argumentos ‘contramayoritarios’ caen frente al hecho incontrastable del carácter jurídico y supremo de la Constitución<sup>36</sup> (definido en nuestra Constitución en el artículo 31), que en cuanto tal debe ser preservada por los jueces, máxime si también consideramos – como lo hacemos – a la constitución como la válida expresión de la legitimidad democrática. Ello no obsta a asumir el déficit discursivo que marcara brillantemente Carlos S. Nino, cuando señalaba que la ‘independencia’ judicial “no quiere decir aislamiento del proceso político

---

<sup>36</sup> Ob. cit, p. 81.-

democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad”.<sup>37</sup>

Tampoco nos impide compartir el convencimiento de que los conceptos constitucionales deben ser definidos por el legislador, y no por los jueces, en el marco de un sano, amplio y plural debate democrático. Como señala Roberto Gargarella, “es justamente en las cuestiones constitucionales básicas en donde más se requiere de un amplio proceso de consulta y discusión: esto es, cuando están en juego problemas tales como la organización económica de la sociedad, los alcances que queremos darle a la idea de libertad de expresión, etc., no parece razonable que toda la comunidad resulte privada de dar su opinión al respecto, para terminar rigiéndose por lo que decida en tales casos un tribunal”.<sup>38</sup> Compartimos la preocupación del autor citado, pero creemos que cuando estas definiciones no han sido dadas, son los jueces quienes deben completar la norma constitucional para dar solución al caso en concreto, y cuando el legislador excede en ello los límites constitucionales, son también los jueces quienes se encuentran en mejor posición institucional para ejercer con eficacia el control de constitucionalidad de los actos de gobierno, cuidando siempre en esta delicada tarea, de restringir su decisión al marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento jurídico.

---

<sup>37</sup> Nino, Carlos S.; Fundamentos de derecho constitucional, Ed. Astrea, p. 705.-

<sup>38</sup> Gargarella, Roberto; La dificultad de defender el control judicial de las leyes, Revista Isonomía, nro. 6, abril de 1987, p. 66.-