

CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**XXII ENCUENTRO ARGENTINO DE
PROFESORES DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA: **La jurisprudencia de la Corte Suprema
y el Control de Constitucionalidad**

TÍTULO: ***“La jurisprudencia de la Corte Suprema y el control de
constitucionalidad (2004-junio de 2015) en la inconclusa
transición judicial”***

EXPOSITORA

PRINCIPAL: **María Angélica Gelli**
Abogada. Facultad de Derecho. UBA
Especialista en Sociología Jurídica. Facultad de
Derecho. UBA
Profesora de posgrado. Facultad de Derecho. UBA
Profesora de grado. Universidad de San Andrés

Buenos Aires
Agosto de 2015

**LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (2004-junio de 2015)
EN LA INCONCLUSA TRANSICIÓN JUDICIAL**

SUMARIO

- 1. Consideraciones preliminares y coordinadas del análisis**
 - 1.1. Acerca de los significados del término «jurisprudencia»**
 - 1.2. El papel constitucional de la Corte Suprema y su carácter de último tribunal en el orden interno**
 - 1.3. Determinación y valor del «precedente» en la jurisprudencia de la Corte, para el Tribunal y para los jueces inferiores. Holding y obiter dictum**
 - 1.4. La inconclusa transición judicial en la restauración de la democracia**
 - 1.5. La etapa comunicacional mediática del Tribunal**

- 2. Las líneas jurisprudenciales en la etapa según las materias tratadas. Dilemas y deferencia al poder político**
 - 2.1. Doctrina sobre cuestiones institucionales: seguimiento deferente y controles**
 - 2.2. Doctrina sobre derechos y garantías: las «políticas de Estado» y los perfiles «progresistas»**

- 3. Los *estilos* jurídicos de la Corte Suprema y los problemas de la certeza y la seguridad que deben aportar sus sentencias**

1. Consideraciones preliminares y coordinadas del análisis

Aunque probablemente los operadores jurídicos conciben algo similar cuando se refieren a la «jurisprudencia» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, considero necesario formular algunas precisiones al respecto. En primer lugar porque el significado o los significados alternativos que se den a ese término tendrán impacto en lo que se considere el papel institucional de la Corte Suprema en el sistema de la república democrática y federal. Por otra parte, ello ayudará a comprender en qué sentido se caracteriza al Tribunal como última instancia en el orden interno y que efectos tiene esa cualidad sobre las decisiones de los magistrados judiciales anteriores a la Corte Suprema.

Del mismo modo, los contextos político institucionales y político partidarios en que se emiten las sentencias de la Corte Suprema –y las eventuales etapas por las que ésta atraviesa– explican o, a lo menos, contribuyen a explicar- la que podría denominarse «doctrina» del Tribunal y sus efectos en el futuro próximo o mediano, más allá del conflicto concreto resuelto. Dicho de otra manera, en algunas oportunidades, por la materia, por la sustancia del conflicto que se resuelve, los fallos del Tribunal tienen consecuencias muy notorias sobre la sociedad y sobre la propia cultura que la sostiene en el momento en que la sentencia se dicta y eventualmente en el futuro, según sea el recorrido de la regla creada.¹ Porque las sentencias están ahí. Las reglas establecidas pueden aguardar en sordina y desperar en otros contextos y, tal como las leyes que denotan su significado cuando se las aplican en el paso del tiempo, los fallos pueden dar de sí en variadas circunstancias posteriores.

Vayamos, pues, a esas precisiones.

1.1. Acerca de los significados del término «jurisprudencia»

Si nos atenemos a las definiciones que brinda el Diccionario de la Real Academia Española encontramos –luego del señalamiento del origen latino de la expresión- tres significados atribuidos a «jurisprudencia».

En la primera acepción se identifica a la jurisprudencia con la “ciencia del derecho”. En segundo lugar, se la define como el “conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen”. El último sentido refiere al “criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes”.²

Los significados que lucen en segundo y tercer lugar pueden aplicarse a los fallos de la Corte Suprema, diría, en la mayor o menor extensión que cada uno de ellos implica. En el segundo sentido cabrían todas las sentencias del Tribunal emitidas desde su instalación en 1863, sin especificar la cualidad, consistencia, evolución o fractura de la eventual doctrina elaborada. En la tercera acepción ya existe una delimitación e identidad entre conjuntos de fallos, que se definen como tales por sustentar un criterio concordante en la resolución de

¹ En el contexto político institucional incluyo, también, las pujas de interés económico, social, cultural. Se trata de calibrar la circunstancia política en el sentido clásico, es decir de la política como el arte, la praxis de gobernar la sociedad global.

² Cf. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. Versión de Internet.

un mismo tipo de conflictos. Diría que la concordancia se da en la solución de conflictos similares, en la respuesta concreta a la controversia, sobre quien o quienes tuvieron razón acerca de la disputa y qué derechos se les reconocen más allá de los fundamentos que sostuvieron cada una de las decisiones que pueden ser diferentes entre sí.

Pero en ninguna de esas dos definiciones existe referencia al valor vinculante o no de los fallos. Ni para el tribunal que los dictó ni para los jueces y tribunales anteriores al superior. Es decir, no existe noticia acerca de la jurisprudencia con valor de *precedente* para casos futuros. Quizás, porque las significaciones aludidas –y otras muchas que ha definido la doctrina, por ejemplo, en nuestro país- refieren al sistema jurídico continental europeo dónde la jurisprudencia, en general, no resulta obligatoria.³

En la azarosa historia argentina, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha funcionado como precedente por el tenor de lo decidido, aunque menos por la regla establecida y los fundamentos que la sustentan y legitiman. Por otra parte, la regla, cuando emerge clara de la sentencia y sus fundamentos se ha usado por todos los operadores del derecho por su valor de persuasión o su autoridad doctrinaria. Las citas de votos concurrentes o emitidos en disidencia aportaron, del mismo modo, autoridad doctrinaria y, lo más interesante, abrieron vertientes interpretativas hacia el futuro.⁴ No está claro, en cambio, que los tribunales y la Corte misma se atengan a la regla creada por los fundamentos empleados en el fallo.

1.2. El papel constitucional de la Corte Suprema y su carácter de último tribunal en el orden interno

La Corte Suprema es, en la República Argentina, el último tribunal de los conflictos internos en ejercicio de las competencias establecidas en los Art. 116 y 117 de la Constitución Nacional. Integra, con los tribunales anteriores creados por el Congreso de la Nación, uno de los poderes del Estado con idéntica jerarquía, independencia y trascendencia institucional que los demás que establece la Constitución. Forma parte, en consecuencia del «Gobierno Federal» tal como lo designa y estructura la Ley Suprema. Por esa calidad *gobierna*, aunque de manera diferente a los poderes emergentes de la voluntad popular. No establece ni administra las políticas públicas que diseña el Congreso y ejecuta el presidente de la Nación, respectivamente. Por el contrario, resuelve controversias específicas, planteadas ante los tribunales, entre partes adversas.⁵ Dado que puede

³ Puede verse con provecho una caracterización del sistema jurídico continental europeo y varios empleo del término «jurisprudencia» en GARAY, Alberto F. –*La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*- Prólogo de Alejandro. M. Garro. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2013. Pág. 8 y ss.

⁴ Junto con Miller y Cayuso dedicamos un libro de análisis de las sentencias de la Corte Suprema a la memoria de jueces del Tribunal “...*quienes con disidencias sagaces señalaron el camino futuro*”. Cf. MILLER, Jonathan –GELLI, María Angélica – CAYUSO, Susana –*Constitución y Derechos Humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*- ASTREA. Buenos Aires, 1991. Tomo I.

establecer la interpretación final en materia de constitucionalidad e inaplicar cualquier norma del sistema jurídico en el caso concreto, si es que esa disposición afecta derechos y es contraria a la Ley Suprema, la Corte gobierna. Precisamente por eso, uno de los conflictos más complejos, controversiales y disputados que puede resolver en última instancia la Corte Suprema es la controversia de constitucionalidad que comprende la de razonabilidad y la de convencionalidad.⁶ Expresado de otra manera, el conflicto de constitucionalidad, por constituir un control, un límite a las decisiones de los poderes nacidos de la decisión electoral siempre suscita resistencias, mayores cuanto más concentrado se encuentre el poder político y más propósitos de dominación exhiba o pretenda obtener.

En el diseño de la Corte Suprema, sus atribuciones y el control de constitucionalidad implícito, los convencionales constituyentes de 1853/60 siguieron el modelo judicial de los Estados Unidos de Norteamérica, desestimando el sistema francés que inspiró parte del diseño de los derechos y las libertades.

En la República Argentina el judicial es un poder del Estado. En consecuencia no debe identificárselo con un *servicio público de administración* de los conflictos judiciales aunque, desde luego, deba resolverlos y deba hacerlo con transparencia, rapidez y eficacia.⁷ Esa diferenciación se hizo expresa en la República Argentina, en el mismo año de 1863 en el que se instaló por primera vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se dictó la ley 48 que organizó el recurso extraordinario federal, herramienta, instrumento procesal del control de constitucionalidad si bien es cierto que, en un principio, como mecanismo de preservación del sistema federal.⁸ El resguardo de la federación –y de la supremacía constitucional, conforme lo dispuesto por el Art. 31 de la Constitución Nacional- fue, en

⁵ La Corte Suprema es un Tribunal de justicia, resuelve controversias de acuerdo a la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos, los demás Tratados y las leyes de la Nación, en los casos concretos que llegan a sus estrados. En consecuencia, es a lo menos discutible que fije «Políticas de Estado» pues, en realidad, los medios instrumentados por esas políticas, de modo general –leyes- o particular –decretos o actos administrativos- pueden causar agravio a las personas o a los colectivos de personas y ser susceptibles de control de razonabilidad. La línea divisoria, según lo interpreto, es tenue, pero existe.

⁶ La Corte Suprema Argentina, en el caso “*Mazzeo*” (C.S. M. 2333 XLII. 2008) y en lo que hasta aquí interesa, siguió a la letra lo establecido en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” (Sentencia del 26 de septiembre de 2006) Serie C N° 154, a propósito del deber de los jueces de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, de aplicar una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cf. consid. 21 del voto de la mayoría en “*Mazzeo*”.

⁷ Según las definiciones de Montesquieu, “de los tres poderes, el de juzgar es casi nulo... los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que *la boca que pronuncia las palabras de la ley*, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”. En ese primer ideario de la república no cabía el control de constitucionalidad de las leyes ¡nada menos que del ejercicio de la soberanía popular! Cf. MONTESQUIEU –*Del espíritu de las leyes*- Traducción del francés por Nicolás Estévez, Claridad. Buenos Aires, Primera edición. Julio de 1971. Pág. 191 y 194. (Bastardillas agregadas). Este modelo no fue seguido por la Constitución argentina.

⁸ Cf. Arts. 14, 15 y 16 de la ley 48.

sus comienzos la preocupación central del empleo del recurso extraordinario federal, como se adelantó el instrumento procesal del control de constitucionalidad.

Así pues, de la interpretación armónica de los Art. 31 -dispone dos órdenes de jerarquía, la federal y la constitucional- y el Art. 116 ambos de la Constitución, cabe a la Corte la supremacía sobre los diferentes tribunales del país en el ejercicio del control de constitucionalidad.⁹ Ello sin desmedro de la independencia que cada juez tiene al ejercer su competencia resolviendo conflictos, también los constitucionales, pues el sistema de control de constitucionalidad es difuso en la República Argentina y el Tribunal lo ejerce en la última instancia de apelación aunque, desde luego, también puede aplicarlo si es pertinente, en ejercicio de su competencia originaria y exclusiva.¹⁰

La atribución de declarar inconstitucionalidades, implícita en la Constitución histórica de 1853/60 y reglamentada por la ley 48 como ya se señaló, fue ejercida y, por ello, convalidada por las diferentes integraciones de la Corte Suprema y, en sí misma, no recibió cuestionamientos severos, salvo por la profundidad y extensión con que se la utilizó –o pretendió empleársela- o por las materias sobre las cuales se aplicó. La doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables*;¹¹ la del aseguramiento del *proceso democrático* y no

⁹ El Art. 31 establece la supremacía del derecho federal sobre el local, el de los estados provinciales, y la jerarquía hacia *adentro* del derecho federal: Constitución, tratados y leyes de la Nación. La jerarquía entre tratados y leyes constituyó un problema interpretativo, resuelto en parte por la sentencia de la Corte Suprema en el caso “*Ekmekjian c/Sofovich*”, Fallos 315: 1492 (1992). En esta sentencia, con invocación del Art. 27 de la Convención de Viena, la mayoría del Tribunal sostuvo que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Más tarde, en 1994, se consagró esa supremacía de los tratados y concordatos sobre las leyes y se declaró la jerarquía constitucional de una serie de Tratados de Derechos Humanos. Estas disposiciones produjeron un fuerte impacto en el Art. 31 de la Constitución y abrió otros interrogantes, como se verá.

¹⁰ Por esta cualidad de control difuso -constitucional y conveniente a la vez porque facilita el diálogo interjurisdiccional de la judicatura- resulta curiosa, por señalarlo de algún modo, la creación de la Procuraduría de la Constitución en el área del Ministerio Público Fiscal. Las atribuciones ambiguas asignadas al organismo parecen estar enderezadas a la *unificación* de los criterios constitucionales. En efecto, la ley del Ministerio Público Fiscal dispone en el Art. 29, inc. a) que corresponde a esa Procuraduría: “*Coordinar* la actuación del Ministerio Público Fiscal en los casos que involucren cuestiones constitucionales relevantes para el organismo”. (bastardillas agregadas). Por otra parte establece una amplísima delegación, en tanto el Art. 29, inc. d) le atribuye a la Procuraduría: “Las demás funciones prevista en esta ley y en la *reglamentación que se dicte al respecto*”. (Bastardillas agregadas). Cf. artículo indicado de la Ley 27.148 (B.O 18/6/2015).

¹¹ Desde el célebre caso “*Marbury vs. Madison*”, decidido por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el marco de una alta *politización*, la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables*, fue considerada un límite al control de constitucionalidad, interpretándose que esas cuestiones eran todas aquellas que derivaban de la discrecionalidad de los órganos emanados de la voluntad popular, que no generaran agravio a derechos constitucionales. Cf. “*Marbury vs. Madison*”. S.C. 1 Cranch 137, e L. Ed. 60 (1803). Puede verse el análisis crítico que Jonathan Miller formuló a esta sentencia en MILLER, Jonathan – GELLI, María Angélica - CAYUSO, Susana -*Constitución y Poder Político*-. Astrea. Buenos Aires, 1987. T I, pág. 2/16. La versión en inglés de la sentencia en GUNTHER, Gerald -*Constitutional Law*- Eleventh Edition. University Casebook Series. USA, 1980. Pág. 2 y ss.

del sustantivo ¹², o la calificación del control de constitucionalidad como *contramayoritario* -que lo es, en resguardo de las minorías y sus derechos personales, sociales y políticos- han operado en función de la construcción de fronteras a ese control. ¹³

No obstante esos límites más o menos estrechos según las etapas por las que atravesó la Corte, en el ejercicio del control de constitucionalidad o de intérprete final de la Constitución en el orden interno, el Tribunal desempeña un papel institucional de envergadura. Ya sea que establezca bordes en resguardo del federalismo, de los derechos y garantías de las personas o de la responsabilidad internacional del Estado, en este caso para prevenir la violación de los derechos humanos, restituirlos o repararlos.

A más, si quedaba alguna duda acerca de la atribución de los jueces –de todos los jueces de la República- de declarar inconstitucionalidades, esa eventual incertidumbre desapareció en el orden federal del país en mérito a lo dispuesto en el Art. 43 de la Constitución Nacional, incorporado por la reforma de 1994. Y esas inconstitucionalidades no sólo “deben ser declaradas sobre *groserías legislativas*”. ¹⁴ Porque la mentada disposición se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de la “norma” en el que se funde el acto u omisión lesiva, sin distinguir de qué tipo de norma se trata. Huelga señalarlo, pero entre las normas susceptibles de ser declaradas inconstitucionales, irrazonables, o inaplicables al caso concreto se encuentran los decretos delegados, los decretos de necesidad y urgencia, los de promulgación parcial de leyes, los reglamentarios, en fin, los actos administrativos arbitrarios.

Así, pues, la Corte Suprema dirime en última instancia los conflictos constitucionales y ello le da un papel central en el sistema de división de poderes y control entre ellos. El

¹² J. Millar desarrolla este punto de partida y hace foco en el análisis que efectúa John ELY en *Democracy and Distrust*, acerca de la justificación del control de constitucionalidad en el papel de la Corte Suprema como «*guardiana del proceso político*». Puede suceder, dice Miller siguiendo a Ely, que las minorías participen del proceso electoral democrático, mediante el ejercicio del derecho a votar. Sin embargo, pueden estar, al mismo tiempo, excluidas de hecho por las decisiones de las mayorías y sus tendencias a ignorar siempre sus derechos. En este sentido, la Corte como guardiana del proceso democrático puede asegurar el derecho de propiedad de las minorías. Cf. MILLER, Jonathan –*Control de constitucionalidad: el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*- El Derecho. Buenos Aires, 17 y 20 de octubre de 1986. Examiné críticamente esta postura en MILLER - GELLI – CAYUSO. Ob. Citada en nota 11. Tomo 2. Pág. 1097/98.

¹³ Puede verse un excelente desarrollo de las defensas de las minorías, en especial de las políticas, en AMAYA, Jorge Alejandro –*Democracia y minoría política*- Prólogo de Domingo García Belaunde. Astrea. Buenos Aires – Bogotá. 2014. Según cita el autor, la Cámara Nacional Electoral de la República Argentina, en uno de sus fallos señala la calidad de contramayoritario que tiene el control de constitucionalidad en defensa, precisamente, de las minorías. Cf. Pág. 313/314 y CNElectoral. Expte.4207/2006 (14/9/06).

¹⁴ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Declaraciones al Diario Página 12. Buenos Aires, 3 de mayo de 2015. (Bastardillas agregadas). El ex juez de la Corte Suprema completó la idea inspirada en la alta deferencia a los motivos del legislador y de la administración, sosteniendo que: “No se puede estar a cada rato con una declaración de inconstitucionalidad porque si no se opera contramayoritariamente”.

poder del que dispone es trascendente y difícil de ejercer pues no debe salirse de los límites institucionales ni mostrarse pusilánime. Debe lucir y ser prudente y, a la vez, resuelta en preservación de los derechos constitucionales. El control de razonabilidad sujeto a pautas concretas de argumentación puede suministrar legitimidad objetiva a las decisiones del Tribunal. Ni qué decir de la elaboración de verdaderos precedentes mantenidos en el tiempo y respetados por ella misma. En alguna medida, la elaboración y el mantenimiento de tales precedentes la protegen de “presiones externas que busquen respuestas *ad hoc*. En ese sentido, un tribunal que respete su jurisprudencia aparecerá como independiente de los grupos de poder y de los gobiernos de turno”.¹⁵

1.3. Determinación y valor del «precedente» en la jurisprudencia de la Corte, para el Tribunal y para los jueces inferiores. Holding y obiter dictum

El sistema jurídico argentino, en especial en materia de derecho privado descende del continental europeo, de raíz romanista. En consecuencia, los jueces y tribunales de la República Argentina no están, en sentido estricto, obligados por la jurisprudencia precedente salvo en los casos de las sentencias plenarias.

Sin embargo, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica fue una de las fuentes de la Constitución Nacional, en lo que aquí interesa referida a la organización judicial y a las atribuciones y competencias de la Corte Suprema. De resultados de esa raíz, los fallos de este Tribunal pueden considerarse fuente de derecho, siquiera en sentido débil. Dicho en otros términos, si de las sentencias de la Corte Suprema emanan reglas claras y nítidas que surjan de la mayoría del Tribunal, ese precedente tiene valor de ejemplaridad y suele seguirse por los demás magistrados judiciales, siempre que se trate de casos similares tanto por los supuestos de hecho incluidos en la regla, como por la consecuencia jurídica atribuida a esos hechos.

Dado que la Constitución Nacional no dispone de modo expreso el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Suprema, ni para ella misma ni para los demás tribunales del país, el deber de seguimiento o, en un sentido menos fuerte, de *consideración* de las reglas que establece, se deriva de que es el último tribunal de las controversias de constitucionalidad en el orden interno.

En esa dirección, en el caso “*Santín*”, el mismo Tribunal ha sostenido “Que tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquella y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (Const. Nacional, art. 100) [hoy Art. 116 de la Ley Suprema]. Que ello impone *ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia* –

¹⁵ Cf. GARAY, Alberto F. –*La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*- Prólogo de Alejandro. M. Garro. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2013. Pág. 3. Sin duda, el atenerse al precedente constituye una protección de la Corte contra las presiones externa, pero no la inmuniza en contextos de fragilidad institucional con administraciones poderosas y ciudadanos indiferentes.

susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales –*el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida*”.¹⁶ Y en una secuela de este conflicto, el Tribunal consideró que la interpretación que efectuó la Corte Suprema en otros precedentes tiene autoridad no sólo moral, sino también institucional.¹⁷ Sin embargo y pese a la contundencia de esas afirmaciones, el Tribunal morigeró el deber de seguimiento de su propia doctrina en la hipótesis en la que la “singularidad del caso hiciese inaplicable lo decidido en la jurisprudencia de la Corte...[o] *se intente reabrir, en recto ejercicio de la libertad de juicio que es en principio propia de los jueces, la dilucidación del punto sobre el que dicha jurisprudencia se pronuncia*”.¹⁸

La regla enunciada en los párrafos anteriores, en dos fallos de la Corte Suprema relacionados entre sí -como se verá- es *una* regla del Tribunal. Está allí, dentro del total de la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema y puede emplearse en el futuro. Sin embargo, resulta necesario tener presente los conflictos resueltos en los casos “*Santín*” y “*García Rams y Herrera*” y la etapa de la Corte Suprema, el *tiempo político* en el que se los dictó.

Por la primera sentencia, la Corte revocó la decisión de Cámara que había estimado contraria a la Constitución la aplicación de una multa por incumplimiento de un impuesto creado por decreto de un gobierno de facto. La Corte Suprema consideró que “...el gobierno de facto pudo establecer el impuesto de que trata el juicio con arreglo a reiterada jurisprudencia [del Tribunal]” y, además, apercibió a los jueces de Cámara que no siguieron su doctrina alegando, esos magistrados, nada menos que “su deber de aplicar la Constitución” -¿por sobre el precedente de la Corte?-.¹⁹ La sentencia es breve, denota el malestar del Tribunal con los jueces de grado al apercibirlos y dio lugar a un planteo de los camaristas a fin de que se dejara sin efecto la sanción disciplinaria impuesta por la Corte. Pero el Tribunal rechazó el planteo en “*García Rams y Herrera*” en los términos arriba transcritos. Los dos fallos se emitieron en 1948 por el Tribunal que se integró luego del primer juicio político de la historia argentina que destituyó a tres de los integrantes de la Corte Suprema, desarrollado entre los años 1946-1947. El decreto cuestionado que validó la Corte Suprema revocando la sentencia de Cámara había sido dictado por el gobierno de facto iniciado en 1943, *origen político* del democrático que entonces estaba en ejercicio.²⁰

¹⁶ Cf. “*Santín Jacinto c/Impuestos Internos*”, *Fallos* 212: 51 (1948). (Bastardillas agregadas).

¹⁷ Cf. “*García Rams Horacio y Herrera Carlos*”, *Fallos* 212: 251 (1948).

¹⁸ Cf. “*García Rams Horacio y Herrera Carlos*”, *Fallos* 212: 251 (1948). Bastardillas agregadas.

¹⁹ Cf. “*Santín Jacinto c/Impuestos Internos*”, *Fallos* 212: 51 (1948)

²⁰ Las sentencias en los casos “*Santín*” y “*García Rams y Herrera*” fueron firmadas por los jueces Tomás D. CASARES, Felipe S. PÉREZ, Luis R. LONGHI y Justo L. ALVAREZ RODRÍGUEZ. El juez CASARES había sido designado por el presidente de facto Edelmiro J. FARREL. Los restantes, por el presidente Juan Domingo PERÓN quien pudo, así, conformar la mayoría del Tribunal luego de las destituciones que él promovió y decidió el Senado de la Nación como tribunal del juicio político. En el gobierno de facto de 1943-46 tuvo importantes funciones el presidente que fue elegido en las elecciones de 1946.

Sin embargo y en otro contexto, esos fallos tuvieron su secuela. Después de la restauración del sistema democrático la Corte integrada en 1983, en “*Cerámica San Lorenzo*” (1985), consolidó el valor de la doctrina precedente, declarando arbitraria una sentencia que había ignorado la interpretación dada por el Tribunal a una norma que resultaba aplicable a la controversia, invocada por la parte y que lucía conducente para la solución del conflicto. En palabras del Tribunal, esa circunstancia bastaba para descalificar la decisión, porque “...no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas [sentencias]. De esa doctrina... emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte *sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal*, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”.²¹ Como se advierte un criterio similar a los empleados en “*Santín*” y “*García Rams y Herrera*”.

La pauta pareció afianzarse más tarde y con otra integración del Tribunal, en el caso “*ARTEAR*”. En el primer voto en este fallo e implícitamente en la disidencia conjunta, se consolidó el valor vinculante de las sentencias del Tribunal; la «autoridad institucional» para ella misma en su calidad “de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia” -cuando se trata de sentenciar casos sustancialmente análogos- y para los tribunales anteriores a la Corte.²² No obstante, la Corte reiteró la viabilidad de su propio cambio de doctrina sobre la base de “causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio”. Además de que la constatación de cuán similares son los casos, claro, corre por cuenta del Tribunal.

Por otro lado y acentuando el valor que daba a sus precedentes en caso análogos, en “*ARTEAR*” se declaró que “la autoridad doctrinal [de las sentencias de la Corte] se extiende a todas las partes en un caso judicial que intentaren promover la apertura de la jurisdicción revisora federal y extraordinaria...quien pretenda del Tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trate deberá exponer con la *mayor rigurosidad* los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable”.²³

²¹ Cf. Consid. 2º de “*Cerámica San Lorenzo S.A.*”, Fallos 307:1094. (Bastardillas agregadas).

En la Corte Suprema integrada entonces por cinco jueces, suscribieron esta regla cuatro de ellos. El juez Fayt concurriendo a la decisión por su propio voto, hizo mérito del *deber moral* de los jueces de las demás instancia de ajustar sus decisiones a lo resuelto por la Corte Suprema en fallos análogos, excepto que el magistrado fundase la inconveniencia o inaplicabilidad de ese criterio en el caso concreto. (Cf. consid. 4º). Examiné este caso y los alcances del valor de los precedentes de la Corte Suprema en GELLI, María Angélica –*La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema (A propósito de “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.” y la libertad expresiva)*. La Ley, Suplemento Constitucional. Buenos Aires, 10 de abril de 2014. Abril 2014. Nº 2.

²² Cf. “*Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/Estado nacional –JGM -SMC s/amparo*”. CS. A. 925. XLIX (2014).

²³ Cf. consid. 7º del primer voto en “*ARTEAR*” y concurrencia de la jueza HIGHTON de NOLASCO. (Bastardillas agregadas). La severa y justa advertencia de la Corte, en este punto, se fortalece porque, como el Tribunal lo señala, la parte recurrente es la misma –el Estado Nacional-

Acerca del seguimiento de las sentencias de la Corte Suprema por ella misma, Garay registra un antiguo fallo –“*Thomás Tomkinson*” en el que el Tribunal cita su propio precedente considerándolo enteramente idéntico y de la misma naturaleza que el que tiene que resolver.²⁴ Este criterio se había reiterado en precedentes anteriores a “*ARTEAR*”,²⁵ manteniendo la discrecionalidad eventual del Tribunal para mudar su jurisprudencia, como lo sostuvo en el caso “*Barreto*”, a propósito de la competencia originaria de la Corte.²⁶

Examinanda la cuestión desde otra perspectiva, debe tenerse en cuenta que la ley procesal habilita a la Corte Suprema –mediante lo que se denomina el *certiorari argentino* de los Art. 280 y 285 del CPCyC de la Nación– a denegar un recurso extraordinario o la queja, ante la existencia, entre otras, de *cuestión federal insustancial*. Así, el Tribunal consideró comprendida en esa cuestión a la que se planteó «desprovista de fundamentos», o que con antelación había sido «suficientemente tratada y esclarecida» por la Corte o resultaba «baladí por no suscitar controversia seria».

Pero ya con anterioridad a la sanción de esas normas, en un antiguo precedente, el caso “*Juan Polizza*” (1942), la Corte había desestimado un recurso extraordinario “fundado en cuestiones manifiestamente inconsistentes y excluidas de toda controversia seria, *por reiteradas y uniformes decisiones de la Corte Suprema*”.²⁷ Las cuestiones *insustanciales* o

cuyos planteos fueron rechazados en una causa análoga, la de “*Editorial Perfil*” (en el caso se trataba de la distribución de la pauta publicitaria del Estado). De su lado, la disidencia, al declarar inadmisibles el recurso interpuesto por el Estado, indirectamente refuerza la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte para las partes en un proceso que ya han litigado en otro caso similar. Lo hace al señalar que la apelante *insiste* invocando genéricas potestades discrecionales sin dar razones concretas que justifiquen su conducta. Cf. consid. 4º de la disidencia conjunta en “*ARTEAR*”. Puede verse el examen más amplio a este fallo en GELLI, María Angélica –*La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema (A propósito de “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.” y la libertad expresiva)*. comentario citado en nota 21.

²⁴ Cf. “*Thomas Tomkinson y Compañía*”, *Fallos* 1: 156 (1864). Según estima Garay es el primero en ese sentido. Cf. GARAY, Alberto F. –*La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*– Prólogo de Alejandro. M. Garro. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2013. Pág. 19/20.

²⁵ Cf. “*Barretta, Miguel c/ Provincia de Córdoba s/ repetición*”, *Fallos* 183: 409 (1939).

²⁶ Cf. “*Barreto, Alberto*” (2006) C.S. B. 2303. XL. (2006). Dijo el Tribunal que es “*deseable y conveniente* que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos. Más con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y el error, de la experiencia y de la reflexión. Por cierto, para que ello suceda...tienen que existir «causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio» o es necesario que «medien razones de justicia al efecto» entre las cuales se encuentran el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido”.

²⁷ Cf. “*Juan Polizza*”, *Fallos* 192: 240 (1942). (Bastardillas agregadas).

baladíes son aquellas –conviene reiterarlo- sobre las cuales “pesa una *reiterada y clara jurisprudencia* de la Corte Suprema que desmerece la tesis de la recurrente”.²⁸

Así, pues, por varias vías la Corte está en posición de imponer su criterio precedente a los tribunales anteriores a ella y a los litigantes a fin de resguardar la “seguridad ciudadana”, tal como lo señaló en “ARTEAR”, sin por ello perder sus atribuciones discrecionales para mantener o no sus precedentes.

Ahora bien, desde la visión jurídica, las sentencias de la Corte Suprema –como las de todo juez o tribunal- son importantes por lo que deciden y por los fundamentos sobre los que se sostiene esa decisión. Dado que la Corte es un Tribunal colegiado que debe decidir por mayoría absoluta de sus integrantes, el modo en que se conforma esa mayoría a través de los fundamentos de los votos que se emiten, hará que el fallo constituya –o no- un precedente con valor para resolver en el futuro, por las reglas que elabore. De lo contrario, si no existen mayorías netas en los fundamentos, los respectivos votos podrán ser citados por las convicciones de autoridad, la calidad persuasiva de la argumentación o de modo retórico.

Toda sentencia –lo exige la garantía de la defensa en juicio de la persona y los derechos- debe de estar motivada en los hechos de la causa y fundada en el derecho vigente.²⁹ En la fundamentación por la cual se decide el pleito puede distinguirse el *holding*, es decir, el argumento que sostiene esa decisión que, si se lo suprime, hace perder consistencia a la resolución; aquello que hace que la decisión sea lo que es y ninguna otra. Del *holding*, si surge de la mayoría requerida para fallar, emana la regla que se constituye en precedente para el futuro en sentido fuerte.

En cambio el argumento que no está conectado directamente con la resolución, emitido a mayor abundamiento, el denominado *obiter dictum*, no resulta decisivo para crear un precedente, aunque puede convertirse en *holding* en un caso futuro según las peculiaridades de los hechos de la controversia. En ocasiones, los *obiter* constituyen metamenjases para las partes, los otros poderes del Estado, o la sociedad en su conjunto. Pueden –aunque no debieran- tomar la forma de justificaciones argumentativas o de autoridad del Tribunal para resguardarse a sí mismo ante decisiones controversiales o de independencia dudosa. En el último caso –es decir, con argumentos de autoridad- por ejemplo, recurriendo a citas de jurisprudencia extranjera, regional o internacional.³⁰

²⁸ Cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro *-Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*. 4º edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 2002. Tomo I. Pág. 578.

²⁹ Como bien señala Laplacette, no siempre resulta necesario distinguir motivación de fundamentación, por ejemplo en materia de arbitrariedad de sentencia. Cf. LAPLACETTE, Carlos José *-Recurso extraordinario federal por arbitrariedad d sentencia-* Hamurabi. Colección Procesos Constitucionales. Dirección Pablo L. MANILI. Volumen 10. Buenos Aires, 2015. Pág. 75 y ss.

³⁰ Me he referido a esta cuestión en GELLI, María Angélica *-La dimensión institucional de la Corte Suprema y la etapa comunicacional mediática del Tribunal-* Comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 25 de junio de 2014. Academia

La importancia de los fallos, más allá de los intereses y derechos de las partes- surge de la decisión que se toma, de cómo se resuelve el conflicto, tanto como del *holding* del fallo, del fundamento que valida lo sentenciado. Los fundamentos de las sentencias pueden desarrollar principios de largo alcance, interpretaciones destinadas a mantenerse en el tiempo pese a las diferentes integraciones del Tribunal. Su supone que estas distintas integraciones se producen de modo natural, no por decisiones arbitrarias de los poderes políticos emergentes de las elecciones populares o por quiebres en la institucionalidad democrática.³¹ El mantenimiento de los precedentes no implica inmovilismo en el Tribunal pues pueden modificarse gradualmente por la evolución interpretativa del derecho; los cambios sociales, manteniendo los valores del sistema, sin rupturas súbitas, consecuencias de intereses partidarios que buscan imponerse, de contiendas *politizadas*.

La fuerza vinculante o persuasiva de una sentencia de la Corte Suprema a futuro depende, además, de la mayoría que el Tribunal haya logrado acerca de los fundamentos de la decisión. Si el conflicto que se resuelve tiene aristas ríspidas o es muy controversial para la sociedad, una mayoría robusta en los fundamentos de la decisión le otorga mayor perdurabilidad.

Si en el conflicto que se plantea ante los tribunales se desafían intereses públicos estatales del gobierno en ejercicio que se identifica con ellos, la decisión puede hacerse más difícil por las consecuencias del eventual fallo, por ejemplo para la economía o las finanzas del país, en un momento determinado, o por las presiones que está dispuesto a aplicar el oficialismo en el poder. En estos casos, una integración inestable del Tribunal puede suscitar desconfianzas acerca de qué se resuelve y por qué se lo hace. En consecuencia de esos posibles efectos se hace necesario -por partida doble- la obediencia estricta a las reglas del sistema institucional argentino en la selección de los jueces y en la inamovilidad de los magistrados judiciales en sus cargos, *mientras dure su buena conducta* (Art. 110 de la Constitución Nacional). La estabilidad de los jueces en general y de la Corte Suprema en especial resulta crucial para la credibilidad de la magistratura y, sobre todo, para la garantía de los justiciables. Acerca de la estabilidad de la Corte Suprema, el sistema institucional argentino posibilita que un presidente de la Nación transcurra todo su mandato sin haber nombrado, siquiera, un solo integrante del Tribunal.³²

El diseño institucional previsto en la Constitución -y la suma de garantías de la judicatura para defensa de los justiciables y del estado de derecho- fue quebrantado en nuestro país

Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires. República Argentina, septiembre de 2014.

³¹ Por ejemplo, los juicios políticos a los integrantes de la Corte Suprema; las presiones desembozadas para producir renunciadas, o golpes de estado en los que se destituye a los jueces sin cumplir formalmente con los procedimientos institucionales, anulados por el mismo gobierno de facto, conllevan la intención de controlar las decisiones del Tribunal. Y provocan fisuras en la doctrina de la Corte Suprema.

³² En el período de restauración democrática en la República Argentina, iniciado en 1983 y hasta lo que esto escribo, solo el presidente Fernando de la Rúa (1999-2001) no designó ni intervino de modo crucial en el nombramiento de un ministro de la Corte Suprema o en la destitución de jueces de este Tribunal.

por los golpes de Estado, la ruptura de la legitimidad constitucional y el proceso de *desconstitucionalización* que se inició en la República Argentina en 1930. En los períodos de *facto*, aunque en algunos de ellos no se haya destituido a los integrantes del Tribunal, se afectó la confianza en la Corte Suprema y, al fin, el prestigio de la institución.

1.4. La inconclusa transición judicial en la restauración de la democracia

Desde que fue integrada por primera vez y comenzó a ejercer sus atribuciones y competencias en 1863, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pasó por diferentes etapas; coexistió con autoridades de *iure* y de *facto*; convalidó el control del poder militar y policial detentados por los respectivos gobiernos que usurparon el poder, tildándolos de «autoridades de hecho» mediante sendas Acordadas en 1930 y 1943, idénticas en su contenido, palabra por palabra. La integración del Tribunal fue alterada sin seguir los procedimientos constitucionales; se criticó por la doctrina jurídica su excesiva deferencia a los motivos del legislador, quien con medidas de emergencia o en ejercicio del denominado poder de *policía de bienestar*, restringía irrazonablemente derechos y garantías constitucionales o se reconocieron los aportes pretorianos debidos a la Corte Suprema en la azarosa historia del país, por ejemplo en materia de amparo.

Dado que los integrantes de la Corte Suprema son designados por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado, esa selección es política aunque no debiera ser exclusivamente partidaria. Desde 1994, la mayoría para aprobar los pliegos de los jueces de la Corte por parte del Senado se estableció en dos tercios de los miembros presentes – desde luego respetando el *quórum* para sesionar- y en audiencia pública. La mayoría agravada que se requiere a la Cámara, favorece los acuerdos que no tengan en mira sólo perfiles partidarios de los nominados. Ello se hace posible cuando se postula un candidato por vez, ante vacancias que normalmente se dan de a una. Pero cuando la selección opera luego de quiebres en la integridad y estabilidad del Tribunal, pueden prevalecer acuerdos de distribución partidista en las nuevas designaciones judiciales. Del mismo modo, la destitución de los jueces del Tribunal está en manos de actores políticos, la Cámara de Diputados como acusadora y el Senado como tribunal.

La anomalía de la designación de varios ministros de la Corte Suprema al mismo tiempo, en ocasiones para establecer un perfil monocorde en el Tribunal, se vio favorecida en el mediano y largo plazo por dos hechos traumáticos en la institucionalidad de la República – replicados más tarde, cada uno de ellos- que afectaron a la Corte Suprema.

Dos de esos episodios fueron protagonizados por la Corte. Los otros dos se abatieron sobre el Tribunal. Ya han sido recordados aquí. En 1930 y en 1943 se produjeron dos golpes de Estado en la República Argentina. Pero quienes detentaron el poder no destituyeron a los integrantes de la Corte Suprema y obtuvieron de ella las acordadas de reconocimiento de esas asonadas militares. En apariencia, se mantenía la independencia y la legitimidad de la judicatura, por lo menos de la Corte Suprema.³³ Fueron esas acordadas

³³ Sin embargo, se afectó la estabilidad de los jueces anteriores a la Corte Suprema.

–la famosa, del 10 de septiembre de 1930, y la de 1943– las que pusieron en duda la independencia del Tribunal a futuro.³⁴

Los otros acontecimientos fueron los juicios políticos que desintegraron al Tribunal en 1946/47 y, mucho más tarde, entre 2003 y 2006. El juicio político de 1946/47 hirió de muerte la independencia de la Corte Suprema porque permitió al presidente electo conformar la mayoría del Tribunal y resolver de esa manera los enfrentamientos que había tenido con la Corte durante el anterior gobierno de *facto*. El proceso de inestabilidad de la Corte se puso en marcha y su debilidad institucional como autoridad de equilibrio y control, también. Tal circunstancia le valió a la Corte de ese período el que su jurisprudencia, en bloque, fuera ignorada por las Cortes que le sucedieron.³⁵ Finalmente, la reparación sucedió en términos de invocación de los precedentes de ese lapso que se consideraron valiosos y aplicables.

A partir de ese juicio político, destituidos tres jueces de la Corte y el Procurador General en 1947, los golpes del Estado que se sucedieron removieron a los integrantes del Tribunal y los gobiernos constitucionales que les siguieron estuvieron en posición de nombrar a todos los miembros del Tribunal. Con algunas excepciones relativas.³⁶

La recuperación democrática en 1983 abrió espacios para la transición hacia una institucionalidad fuerte y estable. Pero, según lo interpreto, solamente se logró concluir la transición democrática.³⁷ Las emergencias económicas y financieras, la gran crisis de 2001-2002, lapsos con liderazgos autoritarios que no impidieron, de todas maneras, el traspaso reglado de poder a través de elecciones libres y relativamente competitivas, signaron de diferentes formas, la aspiración por *dominar la Corte*, conformando su integración.

³⁴ Hemos examinado con la profesora Cayuso el contexto en el que se dictó la Acordada de 1930; las escasas repercusiones que tuvo la decisión; el contenido y la semántica del texto y lo que consideramos sus efectos en CAYUSO, Susana –GELLI, María Angélica –*Ruptura de la Legitimidad Constitucional -La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930-*. Cuadernos de Investigaciones N° 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1988.

³⁵ Cf. OYHANARTE, Julio –*Historia del Poder Judicial*. Revista Todo es Historia. 61. (1972).

³⁶ He señalado las etapas por las que atravesó el Tribunal en su integración, luego de las destituciones de 1946/47 en GELLI, María Angélica –*La dimensión institucional de la Corte Suprema y la etapa comunicacional mediática del Tribunal-* Comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 25 de junio de 2014. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires. República Argentina, septiembre de 2014.

³⁷ Las elecciones nacionales que se sucedieron a partir de 1983 fueron libres y transparentes, aunque relativamente competitivas por los excesos propagandísticos de los titulares del poder en algunas etapas de la restaurada democracia. Sin embargo, puede afirmarse que quienes ejercen los cargos electorales están allí porque allí los han puesto los ciudadanos. Debe celebrarse que aún en las crisis económicas, financieras, sociales más graves, el conflicto político se resolvió –con sus más y con sus menos– de acuerdo a las reglas constitucionales.

La primera Corte nombrada en la recuperación democrática de 1983 por el presidente Alfonsín, exhibió el equilibrio entre los idearios político- institucionales prevalecientes en la sociedad y, debe decirse, tomando en cuenta el resultado de las elecciones.³⁸

Luego de ello y en medio de una gran controversia se amplió el número de integrantes del Tribunal, de cinco a nueve, al mismo tiempo en que se emprendían políticas de reforma del Estado y estatizaciones de servicios públicos; un nuevo cambio por dos renunciaciones y dos nuevas designaciones en la Corte Suprema se produjeron en el marco de la reforma constitucional que finalmente se concretó en 1994; en la crisis de 2001-2002 se promovieron juicios políticos a todos los integrantes del Tribunal que no prosperaron en la Cámara de Diputados. En su consecuencia uno de esos magistrados renunció y el entonces Presidente de la Nación elegido por la Asamblea Legislativa nominó y obtuvo la aprobación por el Senado para un candidato.³⁹

Por último, el presidente Néstor Kirchner se propuso -y lo consiguió- modificar la mayoría del Tribunal. Se sucedieron tres renunciaciones -Nazareno, Vázquez, López- y dos destituciones por juicio político -Moliné O'Connor y Boggiano. De esas cinco vacantes de completaron cuatro. Aunque las nuevas designaciones de magistrados que se sucedieron fueron bien recibidas por la opinión pública y la opinión publicada, el consenso no llegó hasta el quinto juez que se requería nombrar. Por ello, el oficialismo en el Senado propuso y obtuvo la modificación de la ley que determinaba del número de integrantes del Tribunal que pasó de nueve a cinco en la disposición normativa aunque, en los hechos, el Tribunal quedó integrado por siete magistrados. Dos fallecimientos y una renuncia posterior dejaron a la Corte Suprema con cuatro integrantes, en 2014. El intento del oficialismo por nombrar al juez de remplazo no logró -hasta lo que esto escribo, fines de junio de 2015- obtener el acuerdo del Senado para su candidato.

Los duros hechos de la realidad, indicados en prieta síntesis, hablan por sí solos. La estabilidad de la Corte Suprema ha sido una quimera. Los avatares sobre el Tribunal no han cesado y las presiones del poder, tampoco. Es difícil aunque no imposible, en ese encadenamiento de inicios auspiciosos y retrocesos en la integración del Tribunal a lo largo de su historia en el país, que la doctrina de la Corte luzca consolidada en todas las materias y surja de mayorías robustas. Con un problema adicional que emerge en los casos en que directamente se desobedece un fallo de la Corte. En este sentido ya constituye un caso célebre el que generó la destitución del Procurador Sosa, en la Provincia de Santa Cruz por el procedimiento de suprimir el cargo que ejercía, modificando la ley. Varias sentencias de la Corte Suprema dieron la razón al funcionario pero ninguna de ellas se cumplió por los gobernadores de la Provincia ni por el Congreso a quien la Corte Suprema

³⁸ Los primeros integrantes de la Corte Suprema en 1983 fueron Genaro CARRIÓ -reemplazado por Jorge A. BACQUÉ en 1985, ante la renuncia del primero- Carlos FAYT, Augusto C. BELLUSCIO, Enrique PETRACCHI y José Severo CABALLERO.

³⁹ El renunciante fue Gustavo BOSSERT. Lo reemplazó Juan Carlos MAQUEDA. He examinado los episodios y la crisis desatada en GELLI, María Angélica -*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*- La Ley. Cuarta Edición ampliada y actualizada. 6º Reimpresión. Buenos Aires, 2013. Tomo II, p. 9. Pág. 48/53.

dio traslado del último fallo que dictó, con expresa invocación del Art. 6° de la Constitución Nacional para que el Poder Legislativo arbitrara la solución.⁴⁰

Esa historia de la Corte Suprema y el escaso acompañamiento que la defensa de la independencia judicial suscitó en la sociedad en los momentos más ríspidos para la estabilidad de los jueces inició, quizás, lo que podría calificarse de etapa comunicacional mediática del Tribunal. Es decir, la etapa en que la Corte Suprema buscó legitimidad por fuera de la Institución, apoyos sociales que sostuvieran sus decisiones.

1.5. La etapa comunicacional mediática del Tribunal

El papel de la Corte Suprema y los debates que suscitaba en los operadores del derecho el control de constitucionalidad aplicado o inaplicado por el Tribunal no fue conocido por las grandes audiencias. Tal vez pueda considerarse impropio hasta el uso de la expresión «audiencias» desde que en el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX los medios de comunicación electrónicos no habían adquirido la masividad que tuvieron después. Por otro lado, el *recato* de los jueces para comunicarse con el gran público era notorio y la Corte resultaba una desconocida para la opinión pública, pero ello no sucedía con la opinión publicada aunque con matices.⁴¹ Esa circunstancia mudó con el regreso a la democracia en 1983 y se intensificó en la década de 1990. Desde entonces, la Corte Suprema, su actuación institucional y el accionar jurídico de sus integrantes pasaron a ser objeto de análisis frecuente por parte de los medios de comunicación.

Pero no sólo lo decidido por el Tribunal ocupó cada vez más el interés de los medios escritos y electrónicos de comunicación. Las presidencias que se inauguraron a partir de 2003 dieron una importancia superlativa a la comunicación, a fin de construir la agenda política, responder las críticas y expandir el propio mensaje más allá de la radio y la televisión públicas que, en rigor acentuaron su carácter gubernamental, problema de

⁴⁰ Para el análisis de la controversia judicial, de las sentencias que dictó la Corte Suprema y la reacción de la Cámara de Diputados liderada por la legisladora Graciela CAMAÑO Cf. HERNÁNDEZ, Antonio María –*El incumplimiento de sentencias de la Corte Suprema de Justicia por la provincia de Santa Cruz y la posibilidad de la intervención federal*- La Ley. Buenos Aires, 30 de marzo de 2011 y GELLI, María Angélica –*El «leal acatamiento» a los fallos de la Corte Suprema y la defensa de los derechos constitucionales (En el caso Sosa)* La Ley Actualidad, 14 de octubre de 2010.

⁴¹ Si se compara la difusión y el tratamiento de la primera Acordada de la Corte Suprema reconociendo a un gobierno de facto en 1930, con el impacto en la prensa escrita de entonces del primer juicio político a miembros de la Corte argentina en 1946/46 se advertirá el interés crítico sobre éste episodio por la prensa escrita de entonces y la poca repercusión del primero, en este caso, incluso, en la doctrina especializada. Cf., recíprocamente, PELLET LASTRA, Arturo –*Historia Política de la Corte (1930-1999)*- Ad. Hoc. Buenos Aires, República Argentina, 2001. Pág. 112 y 123/24. El autor cita a los periódicos Crítica, La Prensa, La Nación y Clarín en tanto cubrían los acontecimientos y la defensa de Alfredo Palacios del Juez Sagarna, y CAYUSO, Susana – GELLI, María Angélica -*Ruptura de la Legitimidad Constitucional -La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930-*. Cuadernos de Investigaciones N° 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1988. Pág. 77/80 y 82/8.

antigua data en el país exacerbado sin medida en el período. Así, la etapa ficcional en términos de Derrida ahondó sus raíces en la política argentina como un reforzamiento de la presencia y el poder presidencial y un debilitamiento de la división de poderes y de los controles.⁴²

En ese contexto -¿y a causa de ello?- en el período que va desde 2004 a mediados de 2015 la Corte Suprema fue trazando un perfil comunicacional mediático a fin de obtener respaldo social y justificar su jurisprudencia constitucional. El tribunal tan cuestionado en algunas de las etapas de la historia argentina, buscó consenso social para sus decisiones, sobre todo en los temas controversiales que dividen aguas en la sociedad.

Las rupturas de la estabilidad en la integración de la Corte –destituciones mediante y ampliación y reducción del número de sus miembros- afectaron su independencia y *la imagen que se construyó sobre su independencia*. Sólo a título de ejemplo señalo las críticas a la jurisprudencia laboral del Tribunal –en especial al caso “Gorosito” (2002) sobre indemnización por infortunios laborales- que expandieron el calificativo de «mayoría automática» en el Tribunal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si se afirma la existencia de una «mayoría automática» en la Corte Suprema, siempre dispuesta en toda circunstancia a decidir en favor de los intereses del oficialismo debiera reconocerse, al mismo tiempo y en un juego de espejos, la existencia de una «minoría automática», tan nociva para el estado de derecho, de existir, como la primera. Por cierto, no estoy afirmando la existencia de esta última sino señalando la inconsistencia que supone esa crítica.⁴³

En la etapa que se abrió en 2004 y cuyo registro en esta exposición llega hasta fines de junio de 2015 se ha incluido por el Tribunal la apertura del debate jurisdiccional a los actores y organizaciones sociales que quisieran participar, mediante distintos instrumentos. Se crearon, entonces, los *Amigos del Tribunal* a fin que pudieran argumentar, en un sentido u otro, en los casos más controversiales; se organizaron las Audiencias Públicas a fin de oír a las partes en los procesos, con asistencia de público y medios periodísticos y la comunicación de todo ello por la misma Corte Suprema, con un sesgo que juzgo de justificación. El programa se completó con la creación del Centro de Información Judicial (CIJ) dependiente de la Corte Suprema, de presencia relevante en el contenido de la información institucional y en la difusión de ese logo.

Se procuró transmitir una imagen de transparencia en las decisiones de la Corte Suprema mediante la difusión de sus sentencias y acordadas. En este sentido, la publicidad de los

⁴² Según Derrida “Por más singular, irreductible, testaruda, dolorosa o trágica que sea la «realidad» a la cual se refiere la «actualidad» ésta nos llega a través de una hechura ficcional”. Cf. DERRIDA, Jacques/STIEGLER, Bernard –*Ecografías de la televisión*- Entrevistas filmadas. Eudeba, Buenos Aires, 1998. Pág. 15.

⁴³ Como defensores, con Marcelo Sancinetti, en el juicio político que se le siguió al entonces juez de la Corte Suprema, Antonio BOGGIANO, pusimos de relieve esa consecuencia. Cf. GELLI, María Angélica –SANCINETTI, Marcelo A. –*Juicio Político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano*- Hamurabi. Buenos Aires, 2005. Pág. 59 y ss.

fallos en el sitio de Internet del Tribunal es muy eficiente y de gran utilidad para los operadores del derecho. El presidente del Tribunal, ha insistido en innumerables ocasiones sobre la existencia de Políticas de Estado en materia judicial y ha procurado explicar el sentido de las decisiones de la Corte. Ello más allá de señalar las incógnitas y cuestionamientos que genera el alcance de la expresión “Políticas de Estado”, referidas a la materia judicial.⁴⁴ Ese *activismo hacia fuera del Tribunal* puede interpretarse como una determinación firme en la búsqueda de aceptación y sostenimiento social, ante eventuales decisiones difíciles que implicaran la imposición de límites al poder político.

Ahora bien, ¿qué nos dice el contenido de la jurisprudencia de la Corte y el alcance del control de constitucionalidad que ejerció en el período 2004-fines de junio de 2015? Acerca de las decisiones que tomó el Tribunal pueden detectarse dos grandes líneas jurisprudenciales.

2. Las líneas jurisprudenciales en la etapa, según las materias tratadas. Dilemas y deferencia al poder político

Hasta donde llega este análisis y en una primera apreciación general, pueden constatarse que varias de las líneas jurisprudenciales desplegadas por la Corte Suprema en el período indicado, han sido concordantes con los idearios y las políticas públicas diseñadas por las administraciones de 2003-2015 o, implicando un progreso social en alguna medida expreso o implícito, no han interfiriendo con esas políticas, en especial cuando las decisiones de las controversias pueden tener efectos económicos o afectar las cuentas públicas. Por ejemplo, en “*Candy S.A.*” la Corte admitió el ajuste por inflación de los balances empresarios a los fines del pago del impuesto pertinente. Pero lo hizo para el caso concreto, *pues se había probado que resultaba confiscatorio*, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma que prohibía todo tipo de actualización monetaria.⁴⁵

En varios casos relevantes que podían generar resistencias o dificultades en el poder político, la Corte resolvió el dilema dictando sentencias tipificadas como declarativas y exhortativas, con impacto jurídico y social innegable, pero que no obtuvieron concreción inmediata y concreta. El hecho de que el liderazgo ejecutivo asumiera perfiles rupturistas o totalizadores, por lo menos en las declaraciones públicas, pudo dificultar en exceso el ejercicio de la magistratura judicial. La eventualidad de un conflicto entre poderes puede resultar –y eso resultó en algunos casos- en una excesiva prudencia judicial. Tal el caso “*Badaro*”, sobre actualización de haberes jubilatorios en el que la Corte resolvió a la

⁴⁴ Ver nota 5.

⁴⁵ Cf. consid. 11,12, 13 y 14 del voto de mayoría integrado por los jueces LORENZETTI, HIGHTON e NOLASCO, FAYT y MAQUEDA, en autos “*Candy S.A. c/ AFIP y otro*”. C.S. C.866. XLII (2009). La Corte Suprema reiteró la regla en “*Swaco de Argentina S.A. (T.F. 23453-I c. D.G.I.*” C.S. S. 591. XLV (2012).

manera de un Tribunal Constitucional, reconociendo el derecho y *exhortando* a los poderes políticos a hacerlo efectivo.⁴⁶

Cuando las sentencias de la Corte Suprema sí afectaron las decisiones oficiales –en materia previsional, de distribución de la pauta publicitaria o en la reposición del Procurador de la provincia de Santa Cruz- el Tribunal no ha podido obtener de modo inmediato y cabal el leal acatamiento a sus fallos o ha sido desobedecida, parcial o totalmente por los poderes políticos. Respectivamente en los casos “*Badaro*” II⁴⁷, “*Editorial Perfil*”⁴⁸ y “*Sosa*”⁴⁹

2.1. Doctrina sobre cuestiones institucionales: seguimiento deferente y controles

Un modo de restringir el control de constitucionalidad ha sido la invocación de las “cuestiones políticas no justiciabas”. La expresión fue severamente criticada por la doctrina al interpretar que, implícitamente, se trataba de una deferencia extrema a los motivos del legislador o a las decisiones discrecionales de la administración. En la década de 1990 esa expresión fue dejando paso al “*control estricto de la legitimación*”.

La modificación semántica tuvo en la etapa que se analiza su consagración en “*Ianuzzi*” (2008). En el caso, el actor –vecino de la Provincia de Buenos Aires- solicitó que inaudita parte se ordenara a la presidente de la Nación y al gobernador de la provincia de Entre Ríos “el inmediato desbloqueo de la Ruta 136, a fin de permitirle el libre tránsito por el Puente Internacional General San Martín (Gualedguaychú-Fray Bentos), afectado por el conflicto de la instalación de La planta de producción de insumos para papel, en el Uruguay. La Corte Suprema rechazó *in limine* la acción, por inexistencia de interés específico, concreto y atribuible al litigante, debatido entre partes adversas. Con cita del juez *Scalia*, miembro de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el Tribunal argentino condicionó la legitimación de las partes a que éstas *demonstraran* la existencia de un “interés especial” en el proceso; a que los agravios alegados la afectaran de forma “suficientemente directa” o “sustancial”, esto es, a que el agravio tuviera “suficiente concreción e inmediatez”. Según

⁴⁶ Cf. “*Badaro, Adolfo Valentín c/Administración Nacional de Seguridad Social*”. C.S. B. 675. XLI. (2006);

⁴⁷ “*Badaro, Adolfo Valentín c/Administración Nacional de Seguridad Social*”. C.S. C.S. B. 675. XLI (2007). Este caso suscitó resistencias expresas de los funcionarios que llevaron a la Jueza ARGIBAY a explicar públicamente que la decisión lo fue para el caso concreto y no suscitaba aplicación en todos los demás. Finalmente el Congreso dictó una ley estableciendo actualizaciones periódicas de las jubilaciones, de acuerdo a determinados parámetros.

⁴⁸ Cf. “*Editorial Río Negro c/ Neuquén, Provincia del s/acción de amparo*”, Fallos 330: 3908 (2007). Votaron por mayoría de fundamentos los jueces LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO Y ZAFFARONI. Concurrencia del juez FAYT. Disidencia conjunta de los jueces PETRACCHI y ARGIBAY. En disidencia, por su voto, el juez MAQUEDA.

⁴⁹ En la última sentencia de la saga, la Corte comunicó la decisión al Congreso Nacional exhortándolo a poner remedio a la situación. Cf. consid. 7º de “*Sosa, Eduardo Emilio c/Provincia de Santa Cruz*”. C.S. S. 2083. XLI (14/9/2010). Decisión unánime de quienes votaron, jueces LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI y ARGIBAY.

el Tribunal, el peticionante no había proporcionado ningún elemento de convicción, ni ofrecido hacerlo, que justificara un interés como el indicado. En suma, para la Corte Suprema, el actor no había fundado un agravio diferenciado del de todos los demás habitantes del país.⁵⁰

La regla, como se advierte es estrecha para medir el agravio. Proporciona a la Corte Suprema la llave para abrir o cerrar el control de constitucional mediante la exigencia estricta de la legitimación, reconociéndola, solamente, si se alega y acredita un agravio concreto. El criterio se amplió en “*Thomas*”, al desconocer la legitimación que había invocado un legislador por la violación del procedimiento de sanción de la ley de Servicios de Comunicación Audiovisuales, establecido en el Reglamento de la Cámara de Diputados. A más, la Corte argumentó que en el caso al impugnarse la totalidad de una ley por violación del debido proceso adjetivo, “*se comprometía el sistema de control de constitucionalidad*” vigente en la República Argentina.⁵¹

Por el contrario, la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos mostró a la Corte Suprema en la etapa 2004-2015 muy atenta al valor y aplicación en el orden interno de la «jurisprudencia internacional». Uno de esos tratados –la Convención Americana de Derechos Humanos habilitó el sometimiento de los Estados parte a la jurisdicción regional de la Comisión Americana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en los que fueran reconocidas por los Estado firmantes de la Convención, reconocimiento efectuado por la República Argentina.⁵²

Aunque resulta indefinida qué disposiciones comprende la «jurisprudencia internacional» y qué órganos la emiten, después de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictara sentencia en el caso “*Almonacid Arellano vs. Chile (2006)*”, la Corte argentina hizo mérito del deber de los jueces de los Estados parte en la Convención de ejercer “una especie de control de convencionalidad” entre el derecho interno y la Convención Americana, más allá del deber de respetar el principio de legalidad que el tribunal regional reconoció a los jueces nacionales. En “*Almonacid Arellano*” el tribunal regional sostuvo que “La Corte [Interamericana de Derechos Humanos] es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los

⁵⁰ “*Ianuzzi c/ Entre Ríos, Pcia. de y otro (Estado Nacional) s/ medida cautelar autónoma*”. I. 149. XLIV (2008). Votaron los jueces votaron HIGHTON de NOLASCO, FAYT, PETRACCHI y MAQUEDA.

⁵¹ Cf. “*Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo*”. C.S. T. 117. XLVI (2010). Examiné la sentencia en GELLI, María Angélica -*El control estricto de la legitimación y el debido proceso democrático en el caso “Thomas”*- Jurisprudencia Argentina. Suplemento. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 27 de octubre de 2010.

⁵² Cf. Arts. 45 y 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Mediante la ley 23.054 (B.O. 27/3/1984) la República Argentina aprobó la Convención y reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, bajo condición de reciprocidad.

efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.⁵³

La mayoría de la Corte argentina hizo suya la doctrina de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad en el caso “Mazzeo” y se consideró obligada de un modo fuerte por la jurisprudencia internacional. No obstante conviene tener presente que el Tribunal argentino aplicó esa doctrina en la ríspida cuestión de la inconventionalidad de un indulto pasado en autoridad de cosa juzgada y para sostener una decisión que diluía las garantías del derecho penal liberal, establecidas en el Art. 18 de la Constitución. Según lo interpreto, como una manera de dar legitimidad externa a una cuestión muy controversial.⁵⁴

De acuerdo a lo que dispone el Art. 67 de la Convención Americana, el fallo de la Corte Interamericana es “definitivo e inapelable”, para las partes en el proceso. Según lo establecido en el Art. 68 de ese Pacto, “Los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte”. Desde esas disposiciones el Procurador General en el caso “Acosta” interpretó que el deber del juez era el de considerar si la regla del precedente regional –en el que no era parte– resultaba aplicable o no en el derecho interno, en virtud de la identidad o analogía sustantiva de los hechos del caso que se debía decidir. La Corte argentina, al resolver el caso “Acosta”, sin modificar su doctrina que había aplicado en “Mazzeo”, acerca de la inconstitucionalidad de un indulto pasado en autoridad de cosa juzgada,⁵⁵ sostuvo que no seguía el dictamen del procurador en el punto, pero utilizó el mismo criterio que éste para sentenciar.⁵⁶

⁵³ Cf. párrafo 124 del fallo “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. CIDH, 26/9/2006. Serie C. N° 154.

⁵⁴ Cf. consid. 21 del voto de la mayoría en “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad” CSJN M. 2333. XLII (2007). La disidencia de la jueza ARGIBAY rechazó la inconstitucionalidad del indulto pasado en autoridad de cosa juzgada con un argumento notable: “...ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado...o la diferente concepción de la equidad o la justicia...que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos”. Cf. consid. 6 de este voto.

⁵⁵ Cf. “Mazzeo”, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”. C.S. M. 2333 XLII (2007).

⁵⁶ Cf. Dictamen del procurador general Esteban RIGHI, en “A., J. E. y otro s/recurso de casación” (C.S. A. 93, L XLV), emitido el 10 de marzo de 2010. Exp. 93/2009. T 45 L. A. tipo REX. Examiné este dictamen en GELLI, María Angélica -El valor de la jurisprudencia internacional a

El empleo del control de convencionalidad en el orden interno, su alcance y límites constituye una cuestión abierta en la República Argentina tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema como en la doctrina. A las impugnaciones del control de constitucionalidad por ser “contramayoritario”, sin legitimidad democrática directa, se suma la eventual sumisión de la Corte y su eventual pérdida de supremacía en el orden interno.⁵⁷

Y tan abierta es la cuestión del control de convencionalidad en Argentina y su alcance que, por un lado, la Corte Suprema consideró aplicable el control de constitucionalidad de oficio en “*Rodríguez Pereyra*”⁵⁸ en base a que de lo contrario sería inconsistente con el control de convencionalidad de oficio aplicado por la Corte Interamericana.⁵⁹ y, por el otro, en el caso “*Aparicio*”, sobre inconstitucionalidad de la designación de conjueces para la Corte Suprema, el Tribunal *regresó* al antiguo criterio acerca del cual “la jurisprudencia [de la Corte Interamericana de Derechos Humanos] debe servir de *guía para la interpretación* de los preceptos convencionales de orden internacional”.⁶⁰ De todas

propósito del caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación-Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, 1 de junio de 2010. Publicado, también, en Europeanrights.eu. Osservatorio sui rispetto dei diritti fondamentali in Europa. 01-06-2010.

Cf. “*Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación*”. C.S. A. 93. XLV. (8 de mayo de 2012). Examiné la sentencia en GELLI, María Angélica –*El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso “Acosta”)*- Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires. República Argentina, lunes 30 de agosto de 2012. Tomo 2012-D.

⁵⁷ El problema no es sólo de la República Argentina. Varios países de América se han alzado directa o indirectamente contra sentencias de la Corte Interamericana que condenaban a esos países. Examiné esta cuestión en GELLI, María Angélica –*Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional*- En VVAA. Capaldo/Sieckmann/Clérico (Directores), Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional. 1ª edición. Buenos Aires. EUDEBA, Fundación Alexander von Humboldt, Buenos Aires, diciembre de 2012.

⁵⁸ Cf. “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios*”. C.S. R. 401. XLIII (2012). Analicé esta sentencia en GELLI, María Angélica –*La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcance. (en el caso “Rodríguez Pereyra”)*. Revista Jurídica La ley. Buenos Aires, 19 de diciembre de 2012.

⁵⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo la aplicabilidad del control de convencionalidad de oficio en “*Trabajadores cesados del Congreso (Aguado, Alfaro y otros) vs. Perú*”. Cf. CIDH, 24/11/2006. Serie C. N° 158. párr. 128. (2006) en la que expresó que “esta función [del control de convencionalidad] no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes”. Criterio que el tribunal regional reiteró en “*Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*” CIDH, 23/11/2009. Serie C. N° 209. Párr. 339.

⁶⁰ Cf. consid. 18 de “*Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN – CSJN – Consejo de la Magistratura – Art. 110 s/empleo público*”. CSJ 1095/-A-CS1. La Corte Suprema cita en este considerando la decisión de *Fallos* 321: 3555 (1998) y de *Fallos* 328: 1491 (2005). Las dos integraciones de la Corte Suprema que emitieron esas sentencias difieren entre sí y con la actual composición. El segundo fallo fue emitido en el caso “*Llerena, H.L*” C.S. L. 486 XXXVI y resolvió el problema de la *imparcialidad judicial objetiva*. En rigor, el criterio acerca de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana que debe de servir de guía de interpretación, es sostenido por el juez MAQUEDA en “*Llerena*”.

maneras, ya antes, en “*Videla*”, el Tribunal había sostenido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una *insoslayable pauta de interpretación* para los poderes constituidos argentinos, en el ámbito de su competencia.⁶¹

Pero además, suscita debate el valor vinculante que la Corte argentina reconoció –y reconocerá en el futuro- a los Informes de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dos precedentes deben considerarse. En primer lugar el emitido en el caso “*Carranza Latrubesse*”.⁶² En segundo término, en el caso sentenciado en “*A., Alfredo Manuel*”.⁶³

“*Carranza Latrubesse*” es un caso típico de la jurisprudencia de un tribunal colegido, tal como se explicó en los párrafos finales del punto 1.3 de este análisis. Si la fuerza vinculante, obligatoria -o, en cambio, persuasiva- de una sentencia de la Corte Suprema a futuro depende de la mayoría que el Tribunal haya logrado acerca de los fundamentos de la decisión, “*Carranza Latrubesse*” genera interrogantes acerca de su valor como precedente en sentido estricto. En el caso, un ex magistrado judicial había demandado al Estado Nacional por el incumplimiento de una *recomendación definitiva* de la Comisión Americana de Derechos Humanos que instaba al Estado a indemnizar al denunciante, a quien se le había impedido la obtención –en el orden interno- de una decisión sobre la legitimidad de su destitución como juez. La sentencia del Tribunal convalidó la decisión de Cámara que había ordenado la indemnización por cuatro votos contra tres. Pero los fundamentos sobre el valor vinculante de las recomendaciones definitivas de la Comisión Americana (Art. 51 del Pacto de San José) fueron de mayor a menor. En el primer voto se sostuvo la «obligatoriedad» para el Estado, de esas recomendaciones, pues ello responde mejor a los principios de «buena fe» y de «efecto útil» del sistema regional.⁶⁴ En cambio, en las concurrencias separadas se hizo mérito de las diferencias entre los fallos de la Corte y las recomendaciones de la Comisión. En ese sentido para una de ellas, si bien esas recomendaciones no tenían idéntico valor obligatorio que el fallo de la Corte Interamericana, el Estado debía de tener en cuenta su contenido, por el principio de buena fe.⁶⁵ Para la otra concurrencia, aunque las recomendaciones no son ejecutables, el Estado debe de realizar los mejores esfuerzos para implementarlas. Por lo demás para este voto, pese al tiempo transcurrido el Estado no había alegado algún impedimento, que por otro lado no se advertía.⁶⁶

⁶¹ Cf. consid. 8º de “*Videla*”. C.S.V 281 XLV (2010).

⁶² Cf. “*Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional*”. C 568 XLIV – C 594 XLIV (2013). Votaron por la mayoría de fundamentos los jueces FAYT y ZAFFARONI. Concurrieron por sus respectivos votos los jueces PETRACCHI y MAQUEDA. Disidencia de la Jueza ARGIBAY. Disidencia conjunta de los jueces LORENZETTI y HIGHTON de NOLASCO.

⁶³ Cf. “*A., Alfredo Manuel*” C.S. A. 917. L. XLVIII (2014). La mayoría de la Corte Suprema, integrada por los jueces HIGHTON de NOLASCO, FAYT y ZAFFARONI, siguieron el dictamen de la Procuradora General.

⁶⁴ Cf. consid. 11 y 18 de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces FAYT y ZAFFARONI en “*Carranza Latrubesse*”.

⁶⁵ Cf. consid. 12 de la concurrencia del juez PETRACCHI en “*Carranza Latrubesse*”.

⁶⁶ Cf. consid. 11 de la concurrencia del juez MAQUEDA en “*Carranza Latrubesse*”.

Y son precisamente esas circunstancias –que el Estado no haya alegado impedimento para cumplir las recomendaciones o que existan esos impedimentos- las que la mayoría de la Corte –siguiendo el dictamen de la Procuradora General- tomó en consideración en “*A., Alfredo Manuel*” para medir otra vez, el valor de las recomendaciones de la Comisión.⁶⁷

Así, pues de esas dos sentencias no emerge una regla precisa acerca del valor vinculante, en todos los casos y circunstancias, de las recomendaciones de la Comisión Americana y ello más allá, de que la mayoría alcanzada en “*A., Alfredo Manuel*” se integró con un ministro que ya no forma parte de la Corte Suprema.

En materia de atribuciones se emergencia se emitieron, en el período analizado, dos sentencias relevantes desde los principios constitucionales aunque, en los hechos, no implicaron para la administración en curso costos económicos sustantivos. Por cierto, la doctrina constitucional expresada es valiosa y puede emplearse en el futuro. En el primero de esos fallos, “*Colegio Público de Abogados*” se estableció doctrina decisiva acerca de la excepcionalidad de la delegación y el control estrictos que merecen los decretos delegados cuando las bases de delegación están formuladas «en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado». ⁶⁸ En la segunda sentencia, emitida en “*Consumidores Argentinos*”, la Corte declaró inconstitucional un DNU constatando que no existieron las circunstancias excepcionales de habilitación de esos decretos dado que las disposiciones de emergencia no traducían una decisión de tipo coyuntural, sino que revestían el carácter de normas permanentes, destinadas a adecuarse a los cambios producidos en el mercado de seguros.⁶⁹

No obstante en una sentencia emitida algunos años más tarde en “*Camaronera Patagónica*”, en apariencia de importante trascendencia económica tal como fue presentada, la Corte, pese al control que efectuó sobre las delegaciones en materia de retenciones, dispuso límites temporales para la inconstitucionalidad que declaró. Y puso en evidencia, según lo entiendo, una gran flexibilidad por parte de la mayoría del Tribunal para reconocer las eventuales aprobaciones posteriores, por parte del Congreso, de impuestos establecidos hasta por una resolución ministerial. A más, el fallo fue emitido con una mayoría de fundamento de sólo tres jueces.⁷⁰

⁶⁷ Cf. P. III del dictamen de la Procuradora que hizo suyo la mayoría de la Corte integrada por los jueces HIGHTON de NOLASCO, ZAFFARONI y MAQUEDA en “*A., Alfredo Manuel*” C.S. A. 917. L. XLVIII (2014)

⁶⁸ Cf. consid. 12 del voto de la mayoría en “*Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/Estado Nacional PEN –ley 25.414 – dto. 1204/01 s/amparo*”. C.S. C. 2701, L. XL (2008). Examiné la sentencia en GELLI, María Angélica - *Control estricto de la delegación legislativa. En el caso “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”*. Suplemento La Ley Constitucional. Buenos Aires, 22 de diciembre de 2008.

⁶⁹ Cf. consid. 14 del voto por mayoría de fundamentos de los jueces LORENZETTI y FAYT en “*Consumidores Argentinos c/EN – PEN*”. C.S. C. 923. XLIII (2010.)

⁷⁰ Cf. consid. 10 del primer voto por mayoría de fundamentos de los jueces LORENZETTI, FAYT y MAQUEDA en “*Camaronera Patagónica S.A. c/Ministerio de Economía y otros s/ amparo*”. C.S. C. 486. XLIII (2014). La concurrencia de ZAFFARONI hizo pie en que “*lo que aquí se*

Por fin y referidos a los controles que la Corte ejerció en materia institucional pueden señalarse dos sentencia que debían resolver cuestiones directamente relacionadas con la independencia del poder judicial y afectaban, por ende, del sistema institucional argentino. En la primera controversia -que desató un debate intenso en la judicatura, en la abogacía y en los medios de comunicación y suscitó varios planteos judiciales- el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley 26.855 denominada «democratización de la justicia». La Corte interpretó que al “reescribir indebidamente el Art. 114 de la Constitución”, esa ley obligaba al juez que aspirara a ser miembro del Consejo de la Magistratura a optar por un partido político para presentarse a elecciones populares por ese cargo. Con ello, dijo la Corte, todo atisbo de independencia e imparcialidad desaparecerán irremediablemente.⁷¹ A más, el Tribunal hizo un señalamiento certero, no muy transitado en las innumerables y diversas críticas que recibió la ley 26.855, al advertir que “...a lo largo de la historia política de nuestro país, no se registran antecedentes en los que el Poder Legislativo haya creado un cargo de autoridades de la Nación adicional a los que se establecen en el texto constitucional, sometiéndolo al sufragio universal”.⁷²

Por otro lado, en el ya citado caso “*Aparicio*”, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las designaciones de conjueces ante el Tribunal, interpretando que los acuerdos respectivos debían emitirse por el Senado con los dos tercios de los miembros presentes del Cuerpo, igual que los miembros titulares de la Corte Suprema.⁷³

resuelva respecto de la resolución 11/2002, en definitiva, no debería repercutir significativamente macroeconómicamente (sic) en el país.”. Cf. consid. 12 de este voto.

Formulé la crítica a esta sentencia en GELLI, María Angélica –*Las delegaciones legislativas y la incógnita de “Camaronera Patagónica”*– Suplemento La Ley Constitucional. Buenos Aires, julio, 2014. N° 4.

⁷¹ Cf. consid. 22 y 33 del primer voto de la mayoría integrada por los jueces LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO, MAQUEDA y FAYT en “*Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho s/acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar)*”. C.S. R. 369. XLIX (18/6/2013). Concurrieron en voto conjunto los jueces ARGIBAY y PETRACCHI. Votó en disidencia el juez ZAFFARONI.

⁷² Cf. consid. 26 del primer voto por la mayoría en “*Rizzo*. La ley 26.855 dispuso también una mutación en el sistema de mayorías para resolver en el Consejo de la Magistratura. Una de las modificaciones más graves para la independencia judicial establecía la mayoría absoluta del total de miembros del Consejo para acusar y para suspender un magistrado, a fin de someterlo a juicio político. Tal como llegó el caso a la Corte Suprema la norma que modificaba el Art. 7° de la ley anterior pudo ser declarada inconstitucional de oficio. Sin embargo, en el caso “*Rizzo*”, esa declaración no resultada imprescindible porque el Art. 29 de la Ley 26.855 había dispuesto que el nuevo régimen de mayorías entraría en vigencia una vez que se integrara el nuevo Consejo. Como ello no sucederá, esa reforma tampoco entrará en vigor. Por cierto, si la embestida contra el Poder Judicial continúa y se sanciona una nueva reforma insistiendo en el mismo régimen de las mayorías, los sólidos fundamentos en defensa de la independencia judicial desplegados en el caso “*Rizzo*”, prestarán sostén a una nueva inconstitucionalidad. Cf. el análisis de la sentencia en GELLI, María Angélica -*Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial*. Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, 26 de junio de 2013.

⁷³ “*Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN – CSJN – Consejo de la Magistratura –Art. 110 s/empleo público*”. CSJ 1095/-A-CS1.

2.2. Doctrina sobre derechos y garantías: las «políticas de Estado» y los perfiles «progresistas»

En materia de los derechos y garantías constitucionales diría que al comienzo de la etapa, 2004-junio de 2015, las sentencias del Tribunal fueron en línea con del ideario que declaraba sostener la Administración en materia de delitos de lesa humanidad –con algunas disidencias de Fayt y Argibay- por lo que no se produjeron colisiones notorias con los poderes políticos. En materia penal se puso en evidencia una divisoria de aguas. Se morigeraron las garantías clásicas del derecho penal del Art. 18 de la Constitución Nacional y se las enunció como “Políticas de Estado” en materia de Derechos Humanos. Los tres casos paradigmáticos son “*Arancibia Clavel*”, sobre imprescriptibilidad de los crímenes de *lesa humanidad*; ⁷⁴ “*Simón*”, sobre inconstitucionalidad de las leyes de «punto final» y «obediencia debida» y el deber el Estado de no aplicar la prescripción de modo que impida la investigación y la responsabilidad penal en esos delitos; ⁷⁵ y “*Mazzeo*”, acerca de la inconstitucionalidad de un indulto por un crimen de ese tenor, pasado en autoridad de cosa juzgada. ⁷⁶

Al mismo tiempo que se atenuaban las garantías clásicas en materia de delitos de *lesa humanidad* y se afianzaba el control de constitucionalidad y convencionalidad en esos conflictos -aunque con diferente énfasis argumentativo acerca del valor de la *jurisprudencia internacional*, según se vio en el caso “*Videla*”- se vigorizaron esas garantías en la dirección de un mayor progreso en su aplicación a todos los demás delitos.

Así las seguridades del Art. 18 de la Constitución Nacional y de los Art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos se aplicaron y ampliaron en los fallos de la Corte Argentina. La Jurisprudencia es abrumadora y comenzó –es justo señalarlo- ante de la integración del Tribunal en el período analizado. ⁷⁷ No obstante, y dado los límites de este texto, considero necesario referirme a tres sentencias de la Corte Suprema. La primera, ya citada más arriba, el caso “*Llerena*” (2005) en el que se examinó pormenorizadamente el alcance y se aplicó la garantía del juez imparcial, la garantía de *imparcialidad objetiva*, sentencia que hizo escuela aunque con dificultades. La segunda, en el caso “*López*” (2007) se extendieron todas las garantías constitucionales y convencionales al *derecho penal*

⁷⁴ Cf. “*Arancibia Clavel, Enrique L.*” Fallos 327: 3312 (2004). Examiné los diferentes votos de esta sentencia a propósito de la interpretación del Art. 75, inc. 22 en GELLI, María Angélica -*El alcance de la irretroactividad penal y las fuentes del ordenamiento jurídico en el caso “Arancibia Clavel*. La Ley, 2004-F.

⁷⁵ “*Simón, julio H. y otros*”, Fallos 328: 2056 (2005). Primer voto del juez PETRACCHI, Concurrieron en votos separados los jueces BOGGIANO, MAQUEDA, ZAFFARONI, HIGTON de NOLASCO y LORENZETTI. En disidencia votó el juez FAYT.

⁷⁶ Cf. “*Mazzeo*” (C.S. M. 2333 XLII. 2008). Esta sentencia fue referida más arriba a propósito del deber de los jueces de efectuar una especie de control de convencionalidad.

⁷⁷ He registrado esa jurisprudencia y explicado brevemente sus alcances en el análisis del Arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional en GELLI, María Angélica - *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*- La Ley. Cuarta Edición ampliada y actualizada. 6º Reimpresión. Buenos Aires, 2013. Tomo T. Pág. 276/ 306 y Tomo II, Pág. 232/234.

militar diferenciándolo del *derecho disciplinario militar*.⁷⁸ Este fallo tuvo influencia decisiva en la modificación del Código Militar –no abro juicio acerca de ello- llevada a cabo por el Congreso de la Nación.

La tercera sentencia merece párrafo aparte y fue emitida en el caso “*Lariz Iriondo*”. En esta controversia, el Tribunal excluyó de la caracterización de delitos de *lesa humanidad* al terrorismo practicado por personas –aunque integraran asociaciones que le disputaran al Estado el uso de la fuerza armada- en el caso de un etarra a quien España requería por el procedimiento de extradición. Si bien es cierto que la Corte argentina no comprendió esos delitos de *terrorismo* dentro de la categoría de *delitos políticos*, lo cierto es que ignoró la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otros Convenios Internacionales al respecto.⁷⁹

En materia de derechos laborales y sindicales el avance fue notorio, sobre todo en los primeros años de la etapa. En la protección contra el despido arbitrario se declaró la inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios por despido, para el caso concreto, en “*Vizzoti*”. La Corte declaró que el trabajador es sujeto de preferente tutela y aplicó un control de razonabilidad por ponderación.⁸⁰ En “*Aquino*”, se protegió al trabajador por infortunios laborales luego de la larga disputa que desató el caso “*Gorosito*” acerca de lo que se entendió como un límite inconstitucional a la reparación integral por accidentes laborales.⁸¹ En torno a los despidos discriminatorios y el problema de la igualdad en el *empleo privado* en “*Álvarez*” y “*Pellejero*”, ambos sentenciados en 2010, luce una regla que puede expresarse de esta manera: *no todo despido sin causa es discriminatorio, ni el hecho que los despedidos tengan alguna relación con la representación sindical, por sí misma, convierte al despido en discriminatorio*.⁸² Acerca del empleo público, el caso paradigmático es “*Madorrán*” que consagró la estabilidad propia de esos empleados, en

⁷⁸ Cf. “*López, Ramón Ángel s/recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar*” C.S. L. 358. XXXVIII (2007).

⁷⁹ Cf. Resolución 51/210 A/RES/51/210 del 6 de enero de 1966. “Medidas para eliminar el terrorismo internacional”. Citado en el punto V del dictamen del Procurador General ante la Corte Suprema argentina en “*Lariz Iriondo, Jesús María s/solicitud de extradición*”. C.S. L. 845. XL. 10 de mayo de 2005). Ver, también sobre el punto, consid. 17 a 20 de la única disidencia, la del juez BOGGIANO, en el caso “*Lariz Iriondo*. Examiné críticamente esta sentencia en GELLI, María Angélica -*El terrorismo y el desarrollo progresivo de un delito internacional. (Los interrogantes de “Lariz Iriondo”)*. La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional. Buenos Aires. 20 de Septiembre de 2005 y en Publicado en UNED. Revista de Derecho Político. Nº 68. Madrid, 2007. Pág. 365.

⁸⁰ Cf. “*Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A.*”, Fallos 327 :3677 (2004)

⁸¹ Cf. “*Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/7 Accidente*”, Fallos 327: 3753 (2005).

⁸² Cf. “*Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo*”. C.S. A. 1023.XLIII (2010) y “*Pellejero, María Mabel s/amparo s/ apelación*”. C.S. P. 1697. XLI (2010). Analicé ambas sentencias en GELLI, María Angélica -*El principio de igualdad y la aplicación de la ley contra la discriminación en las relaciones de empleo privado. (Los casos “Álvarez” y “Pellejero”)*. Jurisprudencia Argentina. Suplemento. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 30 de marzo de 2011.

*principio y en las particulares circunstancias del caso, es decir, ante un despido injustificado, irrazonable o incausado, decidido sin previo sumario administrativo.*⁸³

Con la reticencia de los sindicatos con personería gremial, la Corte fue ampliando la representación de los gremios que llegó hasta el cuestionamiento del Art. 41 de la ley de Asociaciones Profesionales. En “*Asociación Trabajadores del Estado*” sostuvo que los sindicatos con simple inscripción (personería jurídica) pueden también elegir delegados de personal.⁸⁴ En “*Rossi*” declaró la inconstitucionalidad del Art. 52 de la ley 23.551 en tanto esta disposición excluye a los directivos de un sindicato simplemente inscripto de la tutela sindical, concluyendo en que esos directivos no deben ser objeto de sanciones disciplinarias ni despedidos sin el previo juicio de exclusión de aquella tutela, del mismo modo que los que pertenezcan a un sindicato con personería gremial.⁸⁵ En una nueva controversia planteada por la Asociación Trabajadores del Estado, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del Art. 31 inc. a de la ley 23.551 en tanto impedía a ATE representar los intereses colectivos -en un juicio, reclamando la inconstitucionalidad de un decreto provincial que alegando emergencia había rebajado los salarios municipales- por constituir una asociación sindical con personería jurídica y no con personería gremial.⁸⁶ En estos tres precedentes se consideró que el derecho a la libertad sindical tiene una dimensión personal y social y fue resistido en público y privado por varios grandes sindicatos que resistían la modificación del modelo sindical, establecido a partir de la década de 1940.

El reconocimiento de las *acciones de clase* también suscitó reparos, pero de algunos sectores económicos por el impacto que esas acciones pueden generar. En “*Halabi*” se caracterizaron los *derechos individuales homogéneos* -afectados por una causa común, fáctica o jurídica- y su protección jurisdiccional a la par que se los diferenciaron de las otras acciones que derivaban de los tipos de amparo establecidos en el Art. 43 de la Constitución Nacional.⁸⁷ En esa línea, en “*PAVEC*” se amparó el derecho de los afiliados

⁸³ Cf. consid. 7º, 8º, 9º 10 y 11 de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces LORENZETTI, FAYT y PETRACCHI y consid. 5º del la concurrencia conjunta de los jueces HIGTON de NOLASCO y MAQUEDA. Para la evolución del principio y sus aplicaciones puede verse la importante obra de IVANEGA, Miriam -*Las relaciones de empleo público*. P´rologo de Domingo SESIN. La ley. Buenos Aires, 2009.

⁸⁴ Cf. “*Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales*”. C.S. A. 201 XL (2008).

⁸⁵ Cf. “*Rossi, Adriana María c/Estado Nacional –Armada Argentina*” C.S. R. 1717. XLI. (2009)

⁸⁶ Cf. “*Asociación Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad*”. C.S. A. 598. XLIII (2013)

⁸⁷ Cf. “*Halabi, Ernesto c. P.E.N. – ley 25. 673. dto.1563/04 s/amparo*” C.S. H. 270. XLII (2009). Sin, embargo, en la concurrencia de los jueces *Petracchi* y *Argibay*, la aplicación del efecto general del fallo al colectivo de usuarios de comunicaciones telefónicas y por Internet, se sostiene en la necesidad de reconocer un derecho que resulte operativo en los hechos, desbrozando los eventuales impedimentos fácticos y jurídicos que deterioren, hasta anular, la garantía. En ese sentido, se advirtió que declarar la inconstitucionalidad de normas que habiliten la intromisión irrazonable en las comunicaciones del actor, sin hacer lo propio con las que él pueda recibir, afectaría su intimidad de modo indirecto. Es decir, el agravio deriva de los *eventuales* que podrían recibir terceras personas. Cf. consid. 7º, de este voto. Comenté esta sentencia y examiné las

a un servicio de medicina prepaga, cuya protección procuraba la asociación de consumidores, considerándose de incidencia colectiva, referente a *intereses individuales homogéneos*, en tanto se cuestionaba el contrato tipo que suscriben quienes se afilian a la entidad de medicina prepaga por incluir, ese convenio, el derecho a modificar unilateralmente el precio mensual del servicio. Esa situación generaba un hecho único susceptible de causar agravio a todo el colectivo de afiliados.⁸⁸

El antiguo criterio de examinar la eventual violación de la igualdad, hacia dentro de la categoría creada por una norma -es decir, evaluando si todos los que debían estar incluidos en la categoría, reconociéndoles derechos, lo estaban en realidad- se mantuvo en la etapa, Pero al mismo tiempo, la Corte usó un análisis de razonabilidad más estricto de la pauta de diferenciación entre categorías, empleando, además, el estándar de las *categorías sospechosas* de diferenciar arbitrariamente, creado por la Suprema Corte de los Estados Unidos. En este sentido, el examen de la violación de la igualdad se ligó, de modo directo, al examen intenso de la razonabilidad en la denegación de derechos, a fin de controlar el criterio de selección de las categorías que diferenciaban. Tales los casos “*Hoof*”⁸⁹ y “*Gottschau*”,⁹⁰ sobre pautas de selección por la nacionalidad. En el primero se denegaba a un *argentino naturalizado*, quien ya era juez, el derecho a postularse como magistrado de segunda instancia. El Tribunal entendió que el Estado -en este caso, provincial- debía probar, lo que no hizo, que no existía una alternativa menos restrictiva para los derechos en juego. En la segunda sentencia, se examinó la validez constitucional de una diferenciación entre nacionales y extranjeros para acceder a un cargo de funcionaria judicial, en este caso en la Ciudad de Buenos Aires. En ambas controversias, las inconstitucionalidades declaradas protegieron la *igualdad material*, un principio crucial en la evolución de la Constitución argentina, cuyo preámbulo histórico, en la invitación a “*todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*”, ya enunciaba la construcción de una sociedad abierta y plural.

La preocupación ambiental de la Corte Suprema en general y de su presidente en especial, se evidenció en varias sentencias –por ejemplo, en “*Mendoza*”, sobre contaminación del Río Matanza – Riachuelo⁹¹ y en “*Salas*”, sobre tala de árboles nativos-⁹² y en la *prédica verde* que se mantuvo y reiteró en el discurso público de la presidencia del Tribunal. En las

diferencias de los votos en GELLI, María Angélica - *La acción colectiva de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso “Halabi”*. Suplemento La Ley Constitucional. Buenos Aires, 30 de marzo de 2009.

⁸⁸ Cf. “*PAVEC c/SWISS MEDICAL S.A.*” C.S. P. 361. XLIII (2013)

⁸⁹ Cf. “*Hoof, Pedro C. F. c/provincia de Buenos Aires*”, Fallos 327: 5118 (2004). Para el análisis de esta sentencia puede verse TETTAMANTI, Adriana –*El caso «Hoof» una certera decisión acerca de la igualdad de trato*- La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 25 de julio de 2005.

⁹⁰ Cf. “*Gottschau, Evelyn Patrizia*”, C.S. G. 841. XXXVI (2006).

⁹¹ Cf. “*Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios*” C.S. (2006)

⁹² Cf. *Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional*. C.S. S (2008) y *Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional*. C.S. S 1144.XLIV (2009).

dos sentencias se suscitó una cuestión referida a la competencia originaria del Tribunal. En la primera, la Corte dividió esa competencia, asumiéndola a fin de resolver los problemas de la prevención, recomposición y resarcimiento del daño colectivo en la contaminación del curso de agua, y rechazándola en punto al resarcimiento de los daños individuales. En la segunda, emitió una medida cautelar para proteger los bosques nativos en la Provincia de Salta, pese a que se declaró incompetente para resolver la cuestión sustantiva. Repárese en la importancia de las medidas cautelares en esta materia y, por supuesto en muchas más, pese a los denuestos oficiales que recibieron esos remedios procesales.

En cuanto a los derechos personalísimos, dos fallos decidieron cuestiones muy controversiales y debatidas en la sociedad, con base en la privacidad asegurada en el Art. 19 de la Constitución Nacional. En “*Arriola*”, la cuarta sentencia sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal la Corte Suprema, invalidó la incriminación de esa tenencia, que si se realiza en condiciones tales que no traigan aparejadas un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, o a bienes *jurídicos* de terceros.⁹³ Pero no resulta claro en todos los votos en qué ocasiones y bajo cuáles circunstancias la tenencia de estupefacientes en pequeñas cantidades y para el propio uso constituye una acción privada, ni tampoco si la regla comprende cualquier tipo de droga. Dicho en otras palabras, queda la duda acerca de cuál es el tipo penal que subsiste, después de la sentencia en “*Arriola*” y, sobre todo, qué conductas deben desplegar las fuerzas de seguridad sobre el punto dado que surge indubitable que serán los jueces quienes determinarán, caso por caso, cuándo una tenencia de poca cantidad, alegada para consumo, constituye una conducta que no interfiere con derechos de terceros. Por otro lado, los jueces *Fayt* y *Argibay* descartaron que una tenencia *ostensible* constituya acción privada, pero fue la jueza quien con mayor amplitud examinó la cuestión y caracterizó, pormenorizadamente, casos que no constituirían acciones privadas, afirmando que si bien las acciones privadas “...no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración”.⁹⁴ La sentencia, en este caso, tiene también rasgos exhortativos pues se señalan los deberes de los poderes públicos en orden a adoptar una política de Estado a fin de educar para la disuasión del consumo y de instrumentar acciones contra el tráfico ilícito de estupefacientes. Esa exhortación, puso en mora a esos poderes y desnudó, cuando se dictó el fallo, la inoperancia que mostraron sobre la cuestión. Problema que se ha agravado dramáticamente, al momento en que esto escribo.⁹⁵

El otro caso se refirió a la *habilitación* del aborto conforme a la permisión legal del Art. 86, inc. 2 del Código Penal. La Corte Suprema en lo que considero una decisión regresiva en materia de protección del no nacido, en base a una interpretación de la norma penal

⁹³ Cf. consid. 36 del voto de los jueces HIGHTON de NOLASCO y MAQUEDA y consid. 18 del voto del juez LORENZETTI en “*Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080*”. C.S. A. 891. XLIV (2009).”.

⁹⁴ Cf. consid. 16 del voto del juez FAYT y consid. 13 de la jueza ARGIBAY en “*Arriola*”.

⁹⁵ Examiné esta sentencia y los fracasos del Estado sobre esa problemática en GELLI, María Angélica - *Privacidad e incriminación en el caso “Arriola”*. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Abeledo Perrot. Buenos Aires, marzo de 2010.

como si de ella emergiera un *derecho subjetivo* a abortar y con una hermenéutica estrecha del Art. 4º. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos emitió sentencia en el caso “*F., A. L.*”, pero reconoció que el fallo carecía de utilidad en el caso, porque el aborto ya se había realizado. Aunque con matices, debo decir que ninguna voz entre los jueces de la Corte Suprema se alzó para defender los derechos a la vida del no nacido.⁹⁶

A más de ello, esta sentencia es *declarativa con propósito de generalidad*; formula una serie de exhortaciones a las «autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual»; al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.⁹⁷ La afectación del federalismo y del acceso a la justicia –en caso de objeción de conciencia institucional, por ejemplo- es, casi, lo de menos ante esa exhortación *reglamentaria*.

En materia de derechos propietarios, las seguridades y garantías proporcionadas por la Corte Suprema se amortiguaron, pese a la declaración acerca de que los derechos contractuales tenían jerarquía constitucional. Se diría que la Corte fue muy prudente -¿demasiado?- en garantizar derechos propietarios que pudieran afectar las cuentas públicas. A los ya citados casos “*Candy*” sobre actualización de los balances a efectos del pago de ganancias, sólo si se acreditaba, caso por caso, la confiscación resultante, y “*Camaronera Patagónica*”, sobre control laxo en las delegaciones tributarias, si el Congreso las convalidaba,⁹⁸ pueden añadirse dos sentencias más.

Una de ellas, en el caso “*Grupo Clarín*”, en el que se discutió la constitucionalidad de cuatro artículos de la ley de Medios de Comunicación Audiovisuales por violentar la libertad expresiva –cuestión que dejo de lado aquí- se afectaron los derechos adquiridos de la licenciataria hasta el vencimiento de las licencias oportunamente otorgadas, si bien es cierto que con dos disidencias parciales que resolvieron a favor de esos derechos adquiridos y, en consecuencia, decidieron mantener las licencias hasta su vencimiento.⁹⁹

⁹⁶ Cf. “*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*” C.S. F. 259. XLVI (2012). El Art. 86, inc. 2 del Código Penal dispone: 2 El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: ...2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

⁹⁷ Cf. consid. 31 del voto de la mayoría. Analicé el fallo en GELLI, María Angélica - *Efectos regresivos de una sentencia en punto a la protección de la vida (El caso del aborto no punible)*. Jurisprudencia Argentina. Suplemento. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Coordinador: Alberto F. GARAY. Abeledo Perrot. 2012 – II. Buenos Aires 23/5/2012.

⁹⁸ Ver nota 70.

⁹⁹ Cf. “*Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo de la Nación y otros s/acción meramente declarativa*” C.S. G 439 XLIX (29/10/2014). A propósito de los derechos propietarios *diluidos* en los respectivos votos que conformaron la mayoría de cuatro jueces de la Corte Suprema en este conflicto, y la protección que recibieron en las disidencias parciales de los jueces ARGIBAY y

En la otra, “*Whirlpool Puntana*” la Corte, bajo el fundamento de que la parte afectada no planteó la inconstitucionalidad de una resolución en materia tributaria y manifestó –al apelar ante el Tribunal Fiscal- que “no estaban en discusión...las facultades del Poder Ejecutivo para establecer alícuotas «o bien para crear este tipo de impuestos [las retenciones]»”, inaplicó el precedente “*Camaronera Patagónica*” y, además, no usó su propia doctrina acerca del control de constitucionalidad de oficio. Lo que parece surgir de esta doctrina, según lo interpreto, es que existe una diferencia entre no alegar la inconstitucionalidad por parte del afectado y reconocer, expresamente, la validez legal del tipo de norma que se le aplica. En la primera cabría la declaración de inconstitucionalidad de oficio, en la segunda, no. Pero, además, en “*Whirlpool Puntana*”, el afectado impugnó esos derechos de exportación por violar las reglas del MERCOSUR sobre libre comercio establecidas en el Tratado de Asunción. La Corte fue también muy flexible al examinar ese objetivo que consideró *gradual, flexible y de equilibrio* y rechazó, en consecuencia, la demanda.¹⁰⁰

Por fin, debe señalarse la notable sentencia de la Corte en “*CIPPEC*”, sobre el derecho de acceso a la información pública, precedida, es cierto, por otro pronunciamiento que reiteró más adelante. En “*CIPPEC*”, la actora había pedido, en 2008, datos de los beneficiarios, de los intermediarios y de los distribuidores de planes sociales; la aplicación y ejecución de esos planes sociales en el presupuesto y el alcance territorial del programa. El Estado negó el acceso a los datos alegando que eras presuntamente sensibles *por el contexto*, susceptibles de generar estigmatización y discriminación en los beneficiarios. Con cita de documentos y jurisprudencia internacional la Corte señaló la dimensión individual y social del derecho a la información, información que pertenece a las personas y no es propiedad del Estado.¹⁰¹ Reiterando el principio convencional de *máxima divulgación* la Corte dijo que la publicidad debe de atravesar todas las etapas del obrar del Estado para prevenir la impunidad; que la negativa estatal asume cierta forma de «paternalismo». ¹⁰² La importancia del fallo radica, también, en el examen de razonabilidad por la ponderación entre intereses que realizó la Corte pues, según el Tribunal, lejos de estigmatizar, *el control social de la eficacia, eficiencia y razonabilidad contribuye a valorar la equidad de los planes sociales*.¹⁰³ Vale la pena transcribir una de las concurrencias, porque expresan mucho más que las garantías de la Corte en punto al derecho de acceso a la información, hacen foco en una de las deudas sociales más graves que no se pudieron saldar, pese a lo que a diario se afirma desde atriles oficialistas. “La vulnerabilidad de muchos conciudadanos es una experiencia cotidiana que lastima a quienes la sufren y a quienes

MAQUEDA Cf. AZZARRI, Juan Cruz –*Propiedad y derechos adquiridos. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*- La Ley. Buenos Aires, 12 de junio de 2014.

¹⁰⁰ Cf. Consid. 5º de *Whirlpool Puntana SA c/Dirección General de Aduana*”. CSJ 61/2008 (44 W) (2014).

¹⁰¹ Cf. consid. 7 del primer voto de LORENZETTI, FAYT y MAQUEDA en “*CIPPEC c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Social*” C.S. C. 830. XLVI (2014).

¹⁰² Cf. consid. 26 y 28 del primer voto en “*CIPPEC*”.

¹⁰³ Cf. consid. 30 del primer voto en “*CIPPEC*”.

son testigos de ella, de todos los días. Por el contrario, haciéndolos accesibles se facilita que las ayudas estatales lleguen a quienes tienen derecho a ellas”. “La transparencia, no la opacidad beneficia a los vulnerables. Ayudarlos no es ignominioso, la ignominia es pretender ocultar a quienes se asiste, pretendiendo que impere el sigilo en el ámbito de la canalización de los fondos públicos. Fondos que, parece innecesario aclarar, no son del Ministerio sino de la sociedad toda”.¹⁰⁴

3. Los estilos jurídicos de la Corte Suprema y los problemas de la certeza y la seguridad que deben aportar sus sentencias

Si entre las notas salientes de una república democrática se incluye la responsabilidad de los funcionarios toca a la Corte Suprema, *responder*, es decir, dar cuentas de sus decisiones, y dar cuentas es dar fundamentos, de la razonabilidad en la que se sostienen los fallos,¹⁰⁵ tanto si mantiene su jurisprudencia como si la muda. Ya se ha dicho al comienzo que no siempre existe mayoría de fundamentos en las sentencias de la Corte Suprema. Ello hace perder fortaleza a su doctrina y seguridad a los justiciables, acerca de qué criterio prevalecerá en el futuro.

No obstante, esa justificación no basta si los destinatarios directos de las sentencias o los afectados por ellas no las aceptan, las cuestionan o las desobedecen. También se ha recordado aquí la azarosa historia de la Corte Suprema –compartió y padeció las turbulencias de la política argentina- que han minado su estabilidad y, por esa vía, la autoridad y credibilidad en sus fallos, en ocasiones, injustamente.

Quizás por ello, en el período analizado la Corte Suprema buscó comprensión de su papel institucional y sostén en la sociedad para las decisiones que tomaba. En esa dirección instrumentó las Audiencias Públicas en los casos muy controversiales o de gran interés para amplios sectores de la comunidad. Algunos de sus miembros no rehuyeron el dar explicaciones sobre el alcance de las sentencias, ante los medios de comunicación. El tribunal emitió sentencias exhortativas, puso en mora a los poderes públicos estableciendo para ellos plazos razonables, pero no determinados y utilizó de modo peculiar el *obiter dictum*. Cito, por todos el caso “*Colegio de Abogados de Tucumán*”, que considero paradigmático sobre el punto.

La exigencia estricta de legitimación activa –la llave que abre o cierra el control de constitucionalidad- y el rechazo de toda acción popular en el orden federal, no fue impedimento para que en “*Colegio de Abogados de Tucumán*”, la mayoría de fundamentos de la Corte Suprema reconociera no estar “frente a un problema de legitimación corriente pues lo que se invoca [Por el Colegio de Abogados. cuestionando las reglas de la reforma

¹⁰⁴ Cf. consid. 6º de la concurrencia de los jueces ARGIBAY y PETRACCHI en “*CIPPEC*”.

¹⁰⁵ Clérico une la legitimidad de las sentencias en un estado democrático de derecho a cuán *convincientes* resultan las argumentaciones del Tribunal, cuando da razones acerca de lo que decide. Cof. CLÉRICO, María Laura –*Las ausencias argumentativas de la Corte Suprema en el caso “Franco”*: sobre las limitaciones a las concesiones de los registros públicos notariales provinciales- Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina. Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 25 de junio de 2003, pág.53/54.

constitucional de la Provincia de Tucumán] es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad”.¹⁰⁶ En esa dirección la Corte consideró que “*en estas situaciones excepcionalísimas en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la forma republicana de gobierno...la simple condición de ciudadano resultaría (adviértase el uso del condicional) suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés «especial» o «directo»*”.¹⁰⁷

Pese al uso del condicional y a que en el caso la legitimación invocada era la del Colegio de Abogados, que reconoció la Corte, el *obiter* -a comienzos de las agitaciones de 2015- entraña un metamensaje para quien quiera recogerlo y, tal vez, una promesa a la sociedad.

¹⁰⁶ Cf. consid. 9º del voto de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces LORENZETTI y MAQUEDA en “*Colegio de Abogados de Tucumán c/Honorable Convención Constituyente y otro*”. CAJ 22/2009 (45-C). Concita de votos del juez FAYT en línea con una legitimación amplísima, reconocida a los ciudadanos.

¹⁰⁷ Cf. consid. 9º del voto de la mayoría de fundamentos en “*Colegio de Abogados de Tucumán*”. (Bastardillas agregadas).