

REFLEXIONES SOBRE EL ROL INSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA Y SU RELACIÓN CON EL PODER POLÍTICO, A RAÍZ DE LA JURISPRUDENCIA SENTADA EN LOS CASOS "SMITH", "SAN LUIS" Y "BUSTOS"

*Por Sebastián Sancari **

"...un mal ordenamiento jurídico no incluye la manera de poder canalizar los humores nocivos que se producen en los hombres, sin recurrir a procedimientos excepcionales"

(Maquiavelo. "Discursos sobre la primera década de Tito Livio")

SUMARIO

1. ENFOQUE ANALÍTICO Y PLANTEO GENERAL DE LA CUESTIÓN.
2. LA SALIDA DE LA CONVERTIBILIDAD Y EL FIN DE LA "MAYORÍA AUTOMÁTICA".
3. TRES CASOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA "LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA".
4. LA DEBILIDAD POLÍTICO-INSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA.
5. CONCLUSIONES FINALES.

* Abogado (UBA), Lic. en Ciencia Política (USAL) y Mágister en Ciencia Política (UNSM).

I- ENFOQUE ANALÍTICO Y PLANTEO GENERAL DE LA CUESTIÓN

El eficaz proceso de destitución de ministros de la Corte Suprema (en adelante CS) concretado por el gobierno de Kirchner conduce hacia el replanteo de algunas cuestiones medulares que hacen al rol político-institucional del Alto Tribunal y su relación con el poder político, desde un enfoque politológico y sociológico.¹

Destacados constitucionalistas han evaluado positivamente el accionar histórico de la CS en su función de mayor gravedad institucional, vale decir, el ejercicio del control de constitucionalidad de los actos de los otros poderes, utilizando como atenuante el contexto y circunstancias del cambiante proceso político;² Por otro lado, hay quienes han puesto el énfasis en el módico poder de control y veto que ha tenido la CS respecto de aquellas decisiones

¹ Nosotros aquí seguimos las directrices trazadas en Bercholz, Jorge O.: "La Independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)". Ediar, Bs. As., 2004. Sin perjuicio de ello, dedicaremos los últimos párrafos del trabajo para integrar nuestras reflexiones normativo-axiológicas a las conclusiones arribadas.

² Vgr., Oyhanarte, Julio: "Historia del Poder Judicial". Revista "Todo es Historia", n° 61, 1972, quien además desde un enfoque sistémico reconoce a la CS como el poder "más débil"; Bidart Campos, Germán: "Tribunal de garantías constitucionales. Tribunal y poder. Supremacía y control de la constitución. La Corte Suprema y las épocas de facto. ¿Un poder con "mas poder" que los otros poderes?", en "La Corte Suprema", Ed. Ediar, 1984; Boffi Boggero, Luis María en: "Tres centenarios de la Corte Suprema de Justicia". Ediciones Pizarno, Bs. As., 1979 y "La teoría de la separación de los poderes y el gobierno de los jueces", El Derecho, T° 12; Bercholz, Jorge O.: "Independencia de la Corte...", ob. cit.; Ekmekdjian, Miguel Angel: "Breves reflexiones sobre el poder judicial". Lecciones y Ensayos, 2000-75, La Ley, Bs. As., pp- 5 a 13; y Bianchi, Angel Alberto en: "Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Tesis doctoral. UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1988, y "Dinámica del Estado de derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias". Ed. Depalma, Bs. As., 1996.

gubernamentales sensibles a los poderes del momento.³ Dejando sentado que excede los objetivos perseguidos en este escrito realizar un examen crítico de la actuación histórica de la CS como tutora de derechos constitucionales,⁴ consideramos que sólo desde una perspectiva que la considere como un poder "débil" y condicionado por el proceso político es factible entender el reciente caso "Bustos" que ha avalado la pesificación. En efecto, sostenemos que el mismo *no hubiese sido posible sin un previo y eficaz proceso de destitución y recambio de ministros de la CS por parte del Poder Ejecutivo.*

Es por ello que centraremos el análisis en el viraje interpretativo operado en el control de constitucionalidad realizado sobre la normativa resultante de la emergencia económica, en el lapso iniciado a partir de la imposición del "corralito financiero" -cuyo máximo punto de conflicto se produce luego de la asunción de Duhalde- y que ha tenido en "Bustos" su última manifestación jurisprudencial.

Este ejercicio de control de constitucionalidad por parte de la CS se enmarca en una práctica institucional que ha sido recurrente a lo largo de la historia política del país: la "legislación sobre emergencia". Este tipo de legislación generalmente ha sido acompañada por una serie de "decretos de

³ Desde esta perspectiva: Spiller-Tommasi: "La toma de decisiones judiciales en ambientes de inestabilidad, 1935-1998. En "Conferencia sobre Reforma Política y funcionamiento de las instituciones en Argentina", 2000; Smulovitz, Catalina: "Constitución y Poder judicial en la nueva democracia argentina. La experiencia de las instituciones". En Acuña, Carlos (comp.): "La Nueva Matriz Política Argentina". Nueva Visión., 1995; Carrió, Alejandro: "La corte suprema y su independencia: un análisis a través de la historia". Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996; Rogers, William y otros: "La corte suprema de justicia y la seguridad jurídica". Ed. Ábaco, Bs. As., 1995; Dalla Vía, Alberto: "Transformación económica y seguridad jurídica". Librería Editora Plantense; La Plata, 1994; y en Badeni, Gregorio: "Tratado de Derecho Constitucional". Tomo II, págs. 1307 y subs., Ed. La Ley, 2004.

⁴ Un estudio sistemático y exhaustivo al respecto se puede encontrar en Bercholz, Jorge. Op. Cit.

necesidad y urgencia" que regulan un amplio espectro de materias sensibles al funcionamiento de la maquinaria estatal.⁵

La consideración de situaciones de emergencia económica como legitimadoras de alteraciones en las relaciones jurídicas preexistentes, ha sido aceptada por la CS desde principios de siglo en fallos de trascendencia institucional como, por ej.,: "Avico c/De la Pesa" o "Cine Callao". En el caso *sub examine* se ha traducido en una profusión normativa, principalmente mediante la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, y los decretos 1570/01 y 214/02, referentes a la restricción en la extracción de depósitos bancarios -"corralito financiero"- y de reordenamiento del sistema financiero -pesificación de las obligaciones de dar sumas de dinero-, respectivamente. El control de constitucionalidad de estas normativas de emergencia provocó un hecho inédito desde la primera presidencia de Perón: la coexistencia de un gobierno democrático (Duhalde) con una Corte de tipo hostil.⁶

Es claro que para evaluar el tipo de relación entre el poder político y la CS debemos acudir a aquellas sentencias que refieran a temas políticamente relevantes y ponderar si sus contenidos son armónicos con relación a las

⁵ De los numerosos trabajos sobre el tema véase Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo: "Gobernar la emergencia. Uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia (1989-1993)". Revista Agora, n° 3, 1995. Bidart Campos, Germán J.: "Los decretos de necesidad y urgencia y el control de constitucionalidad". La Ley, 1998-B, pág. 287; Canda, Fabián O.: "¿Retrocede el reloj jurídico de la corte suprema en materia de control de los decretos de necesidad y urgencia?", en Santiago, Alfonso (h) y Alvarez, Fernando (coordinadores): "Función política de la corte suprema". Ed. Ábaco, Bs. As., 2000; Dalla Vía, Alberto Ricardo, op. cit.; Trigo Represas, Félix (director): "Contrato y emergencia económica", ed. La Ley, Septiembre 2002; y Lorenzetti, Ricardo L.: "La emergencia económica y los contratos". Rubinzal - Culzoni Editores; Bs. As., 2002.

⁶ En términos de Santiago, Alfonso (h), ob. cit., una Corte hostil es aquella que en el ejercicio de sus funciones aparece abiertamente enfrentada a los poderes políticos, y pretende actuar como tercera cámara legislativa con derecho de veto sobre las decisiones adoptadas por los otros poderes.

principales políticas públicas implementadas. Renuncias, juicio político y consiguiente recambio de miembros mediante, las sentencias motivo de nuestras reflexiones, que han suscitado hondamente el interés de los medios de comunicación y que excedieron acabadamente el marco de las controversias concretas, son las conocidas como: "Smith", "San Luis" y "Bustos". Para tener una acabada noción de la sobrecarga de pretensiones a las que mediante estos pronunciamientos se intentó dar una resolución, sólo en el año 2002 ingresaron a la Corte 22.000 causas referentes a amparos por las restricciones financieras.⁷

La etapa de máximo conflicto con el poder político ha quedado cristalizada en los dos primeros fallos:⁸ el primero de ellos centrado en el "corralito financiero" -"Smith"- y el segundo en la pesificación -"San Luis"-. El cambio jurisprudencial inaugurado por la nueva CS en "Bustos", con el consiguiente impacto político y jurídico que ha provocado, nos parece relevante para reflexionar sobre el significado político de la actuación del Alto Tribunal.

Estos pronunciamientos son indicadores válidos para medir la relación de la CS con el poder político en el período analizado, puesto que en los tres el Estado Nacional es parte demandada;⁹ los tres refieren a normas nacionales: "San Luis", sobre normas nacionales contemporáneas, es decir, sancionadas durante el gobierno contemporáneo a la Corte que realiza el control de

⁷ Datos reproducidos en "Corte Suprema de Justicia: su necesaria reforma". CEPES, Bs. As., 21/5/04, pág. 12.

⁸ El fallo que abrió la crisis interpoderees ha sido "Tobar", en el que se dejó sin efecto el recorte salarial realizado al sector público. Por otra parte, la CS ha confrontado con el poder político merced a otros pronunciamientos que si bien refieren a cuestiones estrictamente procesales, han obstaculizado el accionar gubernamental. Vgr., "Ministerio de Economía s/ per-saltum en: Diglio, Betina E. y otro c. Estado nacional y otro". La Ley, 2003-B, 254; y "Mondino, Eduardo R. (Defensor del Pueblo de la Nación)". La Ley, 2003-F, 343.

⁹ Es aquí donde se produce la función de mayor gravedad institucional de la CS, por cuanto una declaración de inconstitucionalidad en un caso donde el Estado nacional es parte implica una decisión contraria al mismo.

constitucionalidad; en "Smith" y "Bustos" si bien la normativa objeto del control no es contemporánea trata sobre temas sensibles al interés del gobierno de turno. En el primer caso, una declaración de inconstitucionalidad del "corralito financiero" obstaculizaba notoriamente la salida de la convertibilidad prevista por Duhalde. En el segundo, la CS debía pronunciarse nuevamente sobre la constitucionalidad del modelo económico pesificador consolidado durante la presidencia de Kirchner. Por otra parte se observa coincidencia en los tres casos entre la Corte y el procurador: en "Bustos" la CS resuelve de conformidad con lo dictaminado por el nuevo procurador -Righi-. El anterior - Nicolás Becerra- había dictaminado en favor de la inconstitucionalidad del corralito y la pesificación.

En términos generales, cabe preguntarse cuál es el espacio de poder concreto de la Corte Suprema en relación a los otros poderes del Estado; cuál es su rol dentro del sistema político, y qué grado de perdurabilidad puede tener una Corte que no posea homogeneidad ideológico-programática con el poder político y que por tanto sea percibida por éste como una amenaza para la prosecución de políticas públicas centrales en su agenda.¹⁰

Nuestra historia institucional ha demostrado alta inestabilidad de la CS en relación con las crisis político-institucionales acaecidas en nuestro país en el último medio siglo. Habiendo una marcada correlación entre los cambios en la composición de la CS y los sucesivos gobiernos cívico-militares.

Luego del juicio político del primer peronismo hacia la CS, el poder político ha tenido un indiscutible poder de control y veto sobre el ejercicio de las facultades concretas que le cabe a la CS según nuestro diseño institucional. Tal injerencia se ha traducido en la búsqueda, tanto por parte de

¹⁰ Cfr. Sagüés, Néstor: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los conflictos de poderes" DJ, 1998, 2; pág. 511; aquí se encuentra el origen del llamado "conflicto de poderes."

gobiernos de facto como de iure, de un alto nivel de coincidencia programática con los integrantes del alto tribunal.¹¹

Una vez producida la apertura institucional democrática, la esfera de influencia del poder judicial se ha ensanchado a partir de la necesidad del recupero de la legalidad. De hecho, se reconoce que una de las novedades de la política posterior a 1983 ha sido la irrupción de un actor que se presenta en la política como ciudadano, en un contexto de *judialización de demandas políticas y sociales*. Este actor es portador de una legitimidad de petición que se encuentra fuera del vínculo representativo y que apunta a limitar la arbitrariedad y trasgresión de los gobernantes.¹²

Es por ello que, atinadamente, se ha destacado que la actual etapa de estabilidad democrática -al menos a nivel de régimen político- hace más pertinentes los debates en torno de la cuestión de la legitimidad democrática del Poder Judicial y de la búsqueda de procedimientos más transparentes en el nombramiento de los integrantes del Poder Judicial.¹³ Es en este marco en donde el rol de CS adquiere trascendental importancia para aquellos que sienten que sus derechos han sido vulnerados por los otros poderes del Estado.

El fenómeno de judicialización puede ser definido como un ciclo de transferencia del proceso de toma de decisiones sobre derechos desde los

¹¹ Cfr. Spiller-Tommasi. Op. Cit. En esta misma línea argumental véase vgr., Pellet Lastra, Arturo: "Historia política de la Corte (1930-1990)" Ed. Ad-Hoc. Bs. As., 2001; pág. 30 y subs.; Resnik, Mario: "Estado y política. Una aproximación sistémica". Ed. La Ley, 1997; y "Primer diagnóstico sobre la independencia judicial", www.poderciudadano.com.ar.

¹² Este tema ha sido planteado por Catalina Smulovitz, en: "Constitución y Poder Judicial..." (Op. Cit.) y en "El debate político". Revista Iberoamericana de Análisis Político. Verano de 2004.

¹³ Cfr. Bercholc, Jorge O.: "Temas de Teoría del Estado". Ed. La Ley, Bs. As., 2003, capítulo II; Smulovitz, Catalina (Op. Cit.); y citas n° 42 y 50 del presente trabajo.

órganos políticos a los judiciales,¹⁴ que conlleva mayores demandas de tutelaje hacia el poder judicial -y en especial la CS- como un espacio institucional para la obtención de legitimidad de las pretensiones esgrimidas. Esta expansión de la intervención judicial responde primariamente a una necesidad ciudadana que otras instituciones políticas no han satisfecho adecuadamente. Así sostuvo Landi que "en el marco de una gran crisis social y afectada la credibilidad en la palabra política, el juez funciona simbólicamente como un ordenador legítimo de la sociedad desquiciada, *como una palabra autorizada que se solicita más allá de las expectativas que se pueda tener en que la justicia pueda hacer justicia*" (el destacado es nuestro).¹⁵

El aluvión judicial que se generó a partir del establecimiento del corralito financiero -el "festival de amparos" según lo dicho por el voto mayoritario de "Bustos"- es un claro ejemplo del redescubrimiento de la judicatura en la resolución de conflictos político-sociales.

La judicialización se ha proyectado sobre el discurso jurídico mismo. El nuevo integrante de la CS Eugenio Zaffaroni afirma que "no existe la técnica jurídica escéptica sino lo que se hace desde la doctrina es proyectar una jurisprudencia que se convertirá en decisión política". Los jueces se reconocen como actores sociales cuyas argumentaciones constituyen un discurso jurídico que es político (el subrayado es nuestro) porque, en definitiva -dice Zaffaroni-

¹⁴ Cfr. Torbjon Vallinder en "International Political Science Review (1994), Vol. 15, N° 2. Cit. Smulovitz, Catalina (Op. Cit.). Conviene aclarar que esta acepción es análoga a la que comúnmente se utiliza para explicar el proceso de "judicialización de la política", es decir, la utilización del Poder Judicial como regulador o contenedor de conflictos políticos y sociales. Se distingue del término "politización de la justicia" en que éste último refiere a un copamiento del órgano jurisdiccional por el poder político del momento para obtener decisiones favorables. Véase Duhalde, Eduardo Luis: "Poder, política y derecho". Le Monde Diplomatique (Edición Cono Sur). N° 32, Febrero de 2002.

¹⁵ Landi, Oscar: "Devórame otra vez. Qué hizo la TV con la gente. Que hace la gente con la TV". Ed. Planeta, Bs. As., 1992, pág. 45. Sobre la crisis de representación política, véase Abal Medina (h), Juan: "La muerte y la resurrección de la política". Ed. FCE, Bs. As., 2004.

cada propuesta de la dogmática jurídica es una propuesta de efectivo ejercicio de poder.¹⁶

Contextos de disolución social y económica, mayores demandas de democratizar el sistema político, creciente uso de medidas de "necesidad y urgencia", son alguno de los factores que han incidido en la evolución y cambio de la relaciones entre los poderes del Estado. A este proceso también se refiere otro miembro de la CS, Carlos Fayt,¹⁷ cuando le reconoce a la CS una mayor intervención en la dimensión político institucional, en su función de control de constitucionalidad de los actos estatales y de intérprete final de la Constitución Nacional. A consecuencia de ello *la Corte amplía su jurisdicción abordando el conocimiento de los temas constitucionales derivados de las cuestiones políticas trascendentes.*

El punto crítico que reviste el control judicial de temas políticos guarda íntima relación con otra de las dimensiones del proceso de judicialización, vale decir, la *creciente mediatización de casos judiciales*: el complejo entramado de relaciones a que da lugar el espacio mediático tiende a provocar una fusión del ámbito judicial con las fórmulas del espectáculo tecnologizado,¹⁸ en un escenario que comprende tanto el uso que de él hacen los actores sociales en conflicto como el condicionamiento del ámbito jurídico por las presiones del poder político. No es casual que desde las esferas gubernamentales se haya utilizado una estrategia de mediatización para fagocitar la renovación de la CS -vgr., el pedido de enjuiciamiento a la "mayoría automática" formulado por el Presidente en un mensaje al país, o la publicación a página completa de los antecedentes de los miembros propuestos en los principales medios gráficos-

¹⁶ Revista "Derecho al día". Universidad de Buenos Aires. Año 3, n° 52, pág. 7.

¹⁷ Fayt, Carlos: "Nuevas fronteras del derecho constitucional. La dimensión político institucional de la CSJN". Ed. La Ley, Bs. As., 1995, pág. 85 y subs.

¹⁸ Véase González, Horacio (prólogo) en Rodríguez, Esteban: "Justicia mediática. La administración de justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo". Ed. Ad-Hoc. Bs. As., 2000.

a los efectos de instalar el tema como relevante en la agenda pública. Dejaremos para futuras investigaciones la tarea de comparar el espacio brindado por los medios masivos de comunicación a los fallos de la CS en contextos análogos de "emergencia económica": en especial "Peralta", por un lado, y los casos objeto del presente, por otro.

Cabe referirnos, como paso previo al abordaje de los casos antes anunciados, al proceso de recambio de miembros de la CS iniciado y concretado bajo los gobiernos de Duhalde y Kirchner, respectivamente.

II- LA SALIDA DE LA CONVERTIBILIDAD Y EL FIN DE LA "MAYORÍA AUTOMÁTICA"

Numerosas son las voces que sostienen que partir del aumento de ministros de la CS impulsado por el gobierno menemista, se produjo un fuerte deterioro en la credibilidad y confiabilidad de la justicia, con el consiguiente menoscabo en la protección de ciertos derechos constitucionales.¹⁹ No es nuestra intención realizar en esta oportunidad un examen axiológico sobre la pertinencia de este tipo de interpretación; sino que más bien nos dedicaremos al análisis de los factores políticos y programáticos relevantes que pudieron haber desencadenado el avance del poder político sobre determinados jueces del alto tribunal.

¹⁹ Existen numerosos trabajos periodísticos sobre el tema, desde el clásico libro de Verbitsky, Horacio: "Hacer la corte". Ed Planeta, Bs. As., 1993, hasta el reciente trabajo de Lanata, Jorge: "ADN. Mapa genético de los defectos argentinos". Ed. Planeta, Bs. As., 2004. Ambos representativos de un amplio espectro mediático. Del ámbito académico, véase, vgr., Rogers D. William, y otros (op. cit.); Carrió, Alejandro (op.cit.); Santiago, Alfonso (h) y Alvarez, Fernando (coordinadores): "Función Política de la Corte Suprema". Ed. Ábaco, Bs. As., 2000; Resnik, Mario (op. cit.); y Spiller-Tommasi (op. cit.)

Desde esta perspectiva podemos advertir en el origen del proceso de enjuiciamiento y destitución de los jueces "menemistas" el impulso estratégico iniciado por el gobierno de Duhalde, luego ratificado y profundizado por Kirchner, tendiente a la erosión de los cimientos de la concepción neoliberal de la administración Menem, centralmente mediante la salida de la convertibilidad y la consiguiente pesificación. Es evidente que una "custodia legal" armónica o de acompañamiento del paradigma económico proyectado por el poder político no era la que hubiese podido brindarle una CS conformada mayoritariamente por exponentes del modelo que se pretendía finiquitar.

Recientemente y a colación del caso "Bustos" el propio Duhalde ha hecho una aplicación *sui generis* de la doctrina sistémica de Oyhanarte ²⁰ al señalar que así como era lógico que la Corte "menemista" estuviera de acuerdo con el modelo económico instaurado en los años '90, hoy es natural que el cambio de modelo productivo sea acompañado por la nueva Corte, a través de la denostación económico-jurídica del pilar sobre el que se asentaba el modelo anterior -es decir, la ley de convertibilidad- y del aval a la pesificación. ²¹

Los casos "Smith", "San Luis" y "Bustos" son de algún modo la expresión jurídica del choque de poderes subyacente en el seno del partido político gobernante y permiten evaluar hasta qué punto las estructuras políticas han politizado la justicia. La sobrecarga de crítica económico-política que trasunta el voto mayoritario de "Bustos" quizás sea la expresión inequívoca de

²⁰ Según la doctrina esbozada por Oyhanarte cuando se produce un cambio en las orientaciones políticas predominantes, los jueces deben decidir conforme a criterios "sistémicos y armónicos" en función de evitar el conflicto institucional y la consiguiente parálisis de la maquinaria estatal. La base de esta argumentación fue desarrollada en dos obras: "Historia del poder judicial" (op. cit.) y "Poder político y cambio estructural en Argentina". Ed. Paidós, Bs. As., 1969.

²¹ Declaraciones reproducidas por "Página/12". 28/10/04, pág. 4.

la actuación de jueces que están cada vez más politizados y presionados por el poder político.

Antes del caso "Bustos", tanto desde el propio discurso del poder político como desde grandes emporios mediáticos afines al proyecto oficial, se pretendía instalar la idea que los temas concernientes al corralito y la pesificación aún necesitaban de una resolución,²² cuando la CS ya había declarado la inconstitucionalidad de ambos de manera contundente en "Smith" y -más tardíamente- en "San Luis", respectivamente.²³

El desconocimiento oficial del valor institucional de la jurisprudencia sentada, en especial en "Smith", puede ser contextualizado en el proceso de judicialización mencionado en el apartado anterior: cuando se observa una judicialización de conflictos como los concernientes al desquicio económico desatado en los últimos tramos del gobierno de la Alianza, que combinan alta resonancia en los medios, avalancha de casos y enfrentamiento con las iniciativas del poder político, es esperable verificar una serie de medidas tendientes a soslayar, suspender u obstruir resoluciones judiciales controvertidas.²⁴ Desde el oficialismo se atacó públicamente a la CS luego de

²² En realidad lo que se buscaba era una resolución de tipo político. El caso "Smith" no hizo sino fomentar el conflicto suscitado por el "corralito financiero". El Presidente Kirchner en un mensaje al país pronunciado a poco de asumir sostuvo que "no estamos dispuestos a negociar el resultado de cuestiones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación *tiene que resolver* y que largamente exceden las cuestiones económicas que se explicitan para confundir a los ciudadanos" (el destacado es nuestro) (www.presidencia.gov.ar). En el mismo sentido, el Secretario General de la Presidencia Aníbal Fernández, solicitó públicamente que la CS tome una decisión política "ante el estado de emergencia en que se encuentra el país". Y basó su pedido en que "las cortes toman decisiones políticas en todos los lugares del mundo" (Diario "La Prensa", 31/7/02).

²³ Con la particularidad que aquí se trata de un conflicto entre un Estado provincial y el Estado nacional. Pretendiendo éste avalar jurídicamente medidas confiscatorias sobre los fondos de un Estado Provincial, con el consiguiente impacto negativo en la relación federal..

²⁴ En este sentido, Smulovitz, Catalina. Op. Cit., pág. 99.

conocidos los dos fallos que declararon inconstitucional la normativa de emergencia. Veamos a modo ilustrativo la respuesta oficial en cada caso:

a) "Smith": el mismo día que salió publicado -1/2/02-, el presidente Duhalde tenía previsto anunciar el sistema monetario tendiente a lograr una "salida ordenada de la convertibilidad", según sus propios términos. El discurso nunca se pronunció, por el contrario, desde el Poder Ejecutivo se dijo que la CS intentaba frenar, entorpecer la obra de gobierno hasta allí realizada. Con sólo revisar declaraciones de la época se podrá fácilmente apreciar que oficialmente se entendió que con un pronunciamiento de este tipo, se perseguían desde sectores afines al menemismo dos objetivos principales: desestabilizar aún más a un gobierno jaqueado por presiones de distintos sectores (ahorristas, bancos, grandes empresas, organismos de crédito internacionales, etc.) y evitar el juicio político de los miembros identificados con la "mayoría automática".²⁵

De todos modos la respuesta gubernamental fue rápida y contundente: en el marco jurídico que le proporcionaba la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, el PEN emite, dos días después de conocido el fallo "Smith", el decreto 214/02, como una demostración clara de poder²⁶ en el sentido que un fallo de la CS no retrasaría la ejecución del modelo económico previsto. En efecto, el primer considerando del mencionado decreto ratifica el rumbo económico iniciado en los últimos tramos del gobierno de la Alianza mediante el decreto 1570/01 que fuera declarado inconstitucional en el caso "Smith", en estos términos: "que atento a la gravedad de la situación económica que afecta el país (...) se dictó el Decreto nº 1570/01 procurando evitar el colapso de dicho sistema, *sin que tal medida fuese acompañada por*

²⁵ En este sentido véase Bonelli, Marcelo: "Un país en deuda. La Argentina y su imposible relación con el FMI"; Ed. Planeta. Bs. As., 2004, págs. 233 y subs.

²⁶ Tal como expresó el propio Duhalde: "yo no soy un presidente débil, cuento con la autoridad que me da la democracia argentina". Diario "Clarín", 2/2/02, pág. 6.

*otras decisiones de Estado Nacional orientadas a revertir la crisis económica y social existente" (el destacado es nuestro).*²⁷ Claro está que esa falta de acompañamiento es una obvia referencia a la actuación de la CS.

El decreto 214/02 inició un proceso económico que en términos fácticos atenuó en gran medida los efectos del caso "Smith". Allí se paralizó la actividad de la CS en la materia, hasta el retrasado fallo "San Luis", trece meses después y con un contexto económico más favorable, que lo declararía inconstitucional.²⁸

b) "San Luis": en efecto, aquí la reacción de un gobierno con mayor margen de gobernabilidad y favorecido por los indicadores macroeconómicos fue la de *soslayar*, quitarle entidad jurídico-política a lo dicho por los jueces. La expresión de la esposa del Presidente Duhalde -que manifestó estar "asqueada" por el pronunciamiento- marcó en su justa medida el sentimiento oficial hacia una CS que seguía conformada por una mayoría hostil al poder político. Más allá de las declaraciones de rigor del Presidente en el sentido que el dictamen correspondía sólo al caso de la provincia de San Luis y que, por tanto, no era extensible a los demás ahorristas que reclamaban sus depósitos en moneda de origen -argumento que, como veremos enseguida, no guarda relación con lo expresado en el mismo pronunciamiento-, el oficialismo se encargó de aclarar públicamente que el fallo no alteraría el programa económico ni el programa monetario.²⁹ El propio el presidente de la CS, Nazareno, en una entrevista se refirió al valor equivalente a cero que le otorgó el gobierno al caso "San Luis": al negar irónicamente que se hayan provocado

²⁷ www.calz.org

²⁸ Esta prolongada demora en la emisión del fallo "San Luis" puede ser interpretada como un acto de prudencia por parte de la CS en cuanto a dejar decantar el proceso político y emitir un pronunciamiento meditado, pero nos parece más apropiado entenderla como un indicador más de la debilidad de la CS frente a los otros poderes del Estado, por cuanto resultó a las claras un fallo extemporáneo y por ello carente del impacto jurídico pretendido.

²⁹ Declaraciones del Ministro de Economía Lavagna (diario La Prensa, 6/3/03).

rechazos desde el poder por el tenor del mismo, expresó: "ya ha visto lo que dijo el ministro de Economía, que con este fallo no se cambia nada".³⁰

Este carácter estratégico que el Ejecutivo fue asumiendo a medida que se sucedían los pronunciamientos condenatorios en todas las instancias al paquete de medidas restrictivas del derecho de propiedad, se asentó principalmente en una férrea voluntad política de llevar a cabo el programa económico aun a costa de obviar las obligaciones y limitaciones que provenían del Poder Judicial.

La cuestión medular a destacar es que, en definitiva, *el caso "San Luis"* -aparte de las atendibles razones argumentales esgrimidas por los actores en pugna-, *certificó que ninguna relación estable y duradera sería posible entre la CS y el poder político, en tanto y en cuanto no se alterara la composición del Alto Tribunal o se produjese un cambio ideológico en la conducción gubernamental.*

Una vez que el menemismo se retira de la contienda electoral y la lucha por el poder se resuelve en favor del duhaldismo, desde una posición de fuerza el gobierno encabezado por Kirchner logra el recambio de magistrados que su antecesor había conseguido sólo parcialmente,³¹ en la búsqueda de una reversión jurisprudencial que únicamente podía producirse mediante una recomposición del Alto Tribunal. Será oportuno ver ahora cuál fue la línea argumental seguida en los fallos "Smith", "San Luis" y "Bustos".

³⁰ Diario Clarín, 6/3/03.

³¹ El objetivo de Duhalde de enjuiciar a todos los miembros de la CS no pudo concretarse y terminó con la renuncia de Gustavo Bossert, el juez menos cuestionado, y su reemplazo por el legislador oficialista Maqueda.

III- TRES CASOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA "LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA"

A) "Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: "Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo". CSJN -01/02/2002,

El antecedente inmediato de este pronunciamiento es el caso "Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/Solicita se declare estado de emergencia económica", con fecha 28 de diciembre de 2001 (conocido como "caso Kiper"). En él, la Corte evita el conflicto en base a un criterio procesal restringido respecto del otorgamiento de una medida cautelar de devolución de los fondos depositados, argumentando que convalidar tal medida en favor del accionante implicaría hacer lugar a la demanda y ejecutar la sentencia, cuando la demanda aun no se había iniciado, lo cual configuraría un claro exceso jurisdiccional.

Distinta es la circunstancia en la que se resuelve el caso "Smith", en la que ya existe un claro conflicto inter-poderes y en el que comienza a gestarse el enjuiciamiento y/o renuncia de varios integrantes del tribunal. Quizás como respuesta a este proceso de desprestigio público propiciado desde las esferas gubernamentales, la CS decide pronunciarse sobre el fondo del litigio, con idénticos argumentos procesales que los utilizados en "Kiper".³²

En el caso "Smith" la CS debía entender respecto del pedido formulado por un Banco de dejar sin efecto una medida cautelar que ordenaba la devolución a su vencimiento y por el total, de los depósitos a plazo fijo que el actor había solicitado con fundamento en la inconstitucionalidad del decreto 1570/01. Es de destacar la posición activista asumida por la CS, al interpretar

³² En referencia al caso "Smith" el Presidente Duhalde dijo que "la decisión de la Corte fue tomada casualmente 48 horas después que el Congreso habilitara el juicio político". Diario Clarín, 2/02/02, pág. 6.

que su competencia "no queda circunscripta al estrecho marco cognoscitivo de la cautela sino que se extiende a lo que ha sido también *el tema de fondo, esto es, al planteo concreto sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada...*" (considerando 3º; el destacado es nuestro).

De modo que la CS decide entender sobre el tema de fondo, esto es, el examen acerca de la constitucionalidad de la norma en cuestión. Pero además advierte que durante el transcurso del proceso se han dictado nuevas normas sobre la materia objeto de la litis de las cuales no es posible prescindir en cuanto su inteligencia.

Sostiene que la limitación fijada por las sucesivas normas en examen "muestran un ejercicio carente de razonabilidad de la facultad normativa tendiente a conjurar el trance. Ello es así pues tal restricción implica una violación a los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional en tanto desconoce el derecho de las personas de disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio". (Considerando 10º)

La CS se coloca en franca hostilidad con el gobierno, trascendiendo el estrecho marco procesal planteado, al fallar sobre el fondo del asunto, declarando la inconstitucionalidad del decreto 1570/01 fundándose en la ley 25.466 (intangibilidad de los depósitos), trasuntando una dura crítica a la restricción de la extracción de depósitos, la que juzga como responsable de una situación basada en un evidente desconocimiento de los derechos adquiridos y una profunda e injustificada lesión al derecho de propiedad.

Un encuadre de este fallo en el modelo de revisión judicial argentino, lo ubicaría como un hito fundamental en la actuación de la CS como poder del Estado y en perfecta sintonía con el engranaje de frenos y controles establecidos constitucionalmente.³³ Pero desde una perspectiva politológica,

³³ Tal perspectiva "republicana" fue trazada, entre otros, por Carlos E. Colautti en su comentario del caso "Smith" (La Ley 2002, A). Similar tratamiento tuvo el caso "San Luis" por Antonio María Hernández (h.) (La Ley 2003, C, sec. doctrina)

cabe decir que los alcances fácticos de la judicatura de la CS terminan en cuanto existe un conflicto axiológico entre sus integrantes y el poder político.

Como expresáramos más arriba, el caso "Smith" es un claro ejemplo de la actuación de una Corte de tipo hostil, carente de afinidad ideológica con el poder político y cuyo posterior recambio de integrantes fue previsible a partir de la asunción de Kirchner, hecho político que marca no sólo la retirada definitiva del menemismo en el esquema de poder actual, sino también la consolidación del modelo económico instaurado por su antecesor.

B) "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo" - CSJN 5/3/2003.

En abierta oposición con un poder político en transición hacia un *ballottage* con el menemismo, la CS emite un fallo en el que considera que la "pesificación" de las imposiciones financieras provoca el aniquilamiento del derecho de propiedad, toda vez que el inc. 2 del decreto 214/02 (conversión de US\$ 1 a \$ 1,40) es un grave agravio al derecho de propiedad por la disparidad existente con el precio de mercado de la divisa extranjera. Lo encuadra en una compleja trama de "pesificación asimétrica", puesto que "el medio empleado ha provocado un menoscabo mucho más significativo para el depositante que para la entidad bancaria, con obvia lesión de los derechos patrimoniales de aquél" (considerando 45).

El considerando 41 reitera lo establecido en el caso "Smith": si bien el Estado puede reglamentar el derecho de propiedad, el ejercicio de esa facultad no puede conducir a disminuir sustancialmente el valor de una cosa.

Si bien se ha sugerido³⁴ -como adelantáramos más arriba- que este fallo no tiene la trascendencia institucional del anterior puesto que en el

³⁴ Para confrontar distintas perspectivas respecto de este fallo, véase "Tutela constitucional de los depósitos bancarios (estudios del fallo 'Prov. de San Luis')". Badeni, Gregorio (Director); La Ley, Abril de 2003.

considerando 21 la CS manifiesta que "todo lo que resuelva se circunscribirá exclusivamente a la situación planteada", lo que indicaría una clara intención de no involucrarse en el fondo de la cuestión, pensamos que tal interpretación es incorrecta. Por dos razones centrales: en primer lugar, en el mismo apartado aclara que no es posible dar una solución jurídica y homogénea a todas las hipótesis, por causa de la profusión de normas sujetas a veloces y bruscos cambios. Este cuadro de situación vislumbra, según su examen, una deficiente técnica legislativa. Con lo cual resulta imposible encontrar una respuesta apropiada y oportuna sobre la cual basar alguna certeza jurídica. En segundo lugar, porque la CS es consciente del efecto *erga omnes* y la trascendencia político-institucional de esta sentencia, y así lo dice en el apartado 52: "es deber de este Tribunal señalar que la controversia que subyace en este proceso se ha visto reiterada en más de cien mil causas que tramitan ante los tribunales de todo el país...de allí que *la conclusión a que se arriba, parte de una cabal comprensión de las responsabilidades derivadas del rol institucional que es la esencia de esta Corte Suprema resolver en tanto titular de uno de los departamentos del Gobierno Federal*" (el destacado es nuestro)

C) "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/amparo"

- CSJN - 26/10/2004

Con el aval de los tres jueces que votaron en disidencia en "San Luis", vale decir, Belluscio, Maqueda y Boggiano (éste último según su voto), más el voto de Zaffaroni y Highton de Nolasco -sólo votó en disidencia Fayt-, la CS emite un pronunciamiento favorable a las pretensiones estatales -recordemos que el Estado Nacional es parte en el juicio- en favor de la constitucionalidad de la pesificación, cuestionando liminarmente la jurisprudencia que anteriormente la había calificado como confiscatoria del derecho de propiedad. Explícitamente se califica a "Smith" como un "funesto precedente" del que -

considera el voto mayoritario- derivó un descomunal trastorno económico-financiero y aun judicial, y que dio lugar a numerosos casos de corrupción (considerando 15).

El fallo se puede resumir en seis factores importantes, todos impregnados de una fuerte e inusual carga político-económica:

1) Es necesario poner fin definitivamente a la cuestión (considerando 6). Es decir, buscar un criterio aplicable al sub lite y, en general, a todos los reclamos deducidos por depositantes contra los bancos o contra el Estado Nacional (considerando 10).

2) La devaluación de la moneda nacional era una medida ineludible frente a la grave emergencia resultante del desfase de valor con el dólar estadounidense y el comienzo de una importante corrida bancaria. (considerando 9)

3) Del considerando 9: "La supuesta propiedad de los dólares no era más que una gran falacia." "Nadie ignora que se compraban en el mercado de cambios a precio vil." "No está probado que la actora hubiera efectuado el depósito en dólares efectivamente ganados como tales." ³⁵

4) De la crisis del 2001 nadie ha salido indemne (considerando 13) ³⁶

5) Hacer justicia aunque se caiga el mundo, en rigor no es hacer justicia sino destruir las bases mismas de las relaciones en las cuales se persigue hacer valer la llamada justicia (considerando 14).

6) No puede dejarse de señalar la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores

³⁵ Afirmaciones de este tipo son las que hacen trizas todo atisbo de seguridad jurídica. ¿Desde qué parámetro de razonabilidad se puede afirmar que hay que probar ahora que efectivamente se ganaba en dólares estadounidenses para que hubiera quedado perfeccionada su adquisición?.

³⁶ Esta es una de las afirmaciones de índole económica más controvertidas. Véase Muchnik, Daniel: "El fallo de la Corte Suprema sobre la pesificación tiene varias caras". Diario "Clarín"2/11/04.

cuyas medidas cautelares "autosatisfactivas" provocaron un notable trastorno económico (considerando 15).

Como es sabido, Zaffaroni propone investigar penalmente a los responsables de la ley de intangibilidad ³⁷, y que además se considere el menor poder económico de aquellos que reclamen hasta US\$ 70.000 de valor nominal original, y que las entidades bancarias hagan entrega inmediata a sus titulares del importe necesario para adquirir dólares en el mercado libre. La cifra es relevante por cuanto, según han reflejado los medios de comunicación, representa cerca del 92% de los ahorristas, con lo cual el tema no está cerrado en modo alguno. En efecto la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF) ya ha emitido dos pronunciamientos contrarios a la doctrina establecida en aquél, invocando el voto de Zaffaroni ³⁸

No nos ocuparemos aquí de analizar la catarata de objeciones de índole jurídica y económica que ha merecido este pronunciamiento.³⁹ De acuerdo al enfoque analítico que pretendemos darle al tema es relevante señalar que ante la evidencia que indica que *el conflicto de intereses en disputa no ha tenido una resolución jurídica sustentable en ninguno de los tres pronunciamientos estudiados*, parece atinado preguntarnos -tal como manifestáramos al

³⁷ Lo relevante de este planteo es su cuestionamiento de la aplicación en el caso del concepto mismo de emergencia, puesto que ésta no sería ya provocada por un hecho externo que afectaría temporalmente al cuerpo social, sino que su origen se encontraría en la adopción de sucesivas medidas políticas. En este sentido, es el único juez de los firmantes en los fallos aquí analizados que menciona expresamente la necesidad de investigar responsabilidades en el origen de la crisis económica.

³⁸ Casos: "Joaquín Nélide c/En M° Economía Dtos. 1570/01 y 214/02 s/amparo ley 16986"- CNACAF - Sala IV- 10/11/04; y "Roger Martín Raúl c/En -PEN – Dtos. 1570/01 y 214/04 - Ley 25561 s/Amparo Ley 16.986 -CNACAF -Sala I- 9/11/04.

³⁹ En otro fallo contrario a la doctrina "Bustos", la CNACAF en la causa "Pagan de Boglietti María Nieves c/PEN- Ley 25561 Dto. 1570/01, 214/02 s/ Amparo Ley 16.986" -Sala V- 20/12/04, ha basado tal rechazo en que los fundamentos jurídicos esgrimidos por la mayoría de "Bustos" se encuentran equiparados con argumentaciones de naturaleza económico-financiera y sociales.

comienzo- sobre el rol político e institucional de la CS y su relación con el poder político. A ello nos dedicaremos en la parte final del trabajo.

IV- LA DEBILIDAD POLÍTICO-INSTITUCIONAL DE LA CS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

En primer lugar, aparece la similitud entre esta nueva CS con la propia del primer gobierno justicialista: en los dos casos la Corte anterior fue objeto de enjuiciamiento y descrédito público. Y en ambos parece haber una nueva mayoría con un comportamiento "sistémico" o armónico con las necesidades de un poder político con claras tentaciones hegemónicas.⁴⁰

Si bien algunos analistas creyeron vislumbrar en el horizonte de alguno de los dos primeros pronunciamientos un intento de acopio político de las decisiones judiciales que eclipsaría las decisiones de los otros poderes,⁴¹ o bien un avance de intereses emparentados con las "políticas jurídicas" por sobre aquellos reservados al ámbito de las "políticas públicas",⁴² lo cierto es que vista la cuestión más allá de los postulados de la doctrina del control judicial, y atendiendo a lo que la realidad muestra, parecen incontestables los argumentos en favor de la existencia de un "gobierno de los jueces" o que consideren analíticamente el control constitucional que la CS ha realizado de la "legislación de emergencia" bajo un prisma prescriptivo e ingenuo, sin atender

⁴⁰ En "Los intelectuales y el país de hoy". La Nación, Bs. As. , 2004, diferentes académicos debaten, entre otras cuestiones, sobre la manera de ejercer el poder del actual presidente. Un dato insoslayable a considerar es que en seis años y medio Menem dictó 98 decretos de necesidad y urgencia, en tanto que en un año y cinco meses Kirchner superó los 70, incluso -y a pesar de las disidencias internas del justicialismo- teniendo mayoría en ambas Cámaras del Congreso.

⁴¹ Vgr., Zuleta Puceiro, Enrique: "La Corte ratifica su protagonismo en la nueva estructura de poder en la Argentina". Diario "El Economista", Bs. As., 23/8/02, pág. 16.

⁴² Cfr. Vanossi, Jorge: "El mar no perdona", en Badeni, Gregorio, op.cit.

a los límites y condicionamientos que le ha impuesto el proceso político. Por cuanto entendemos que los casos "Smith" y "San Luis" han dejado en evidencia el escaso poder de subsistencia y de *self restraint* de la CS frente a un Poder Ejecutivo con mayoría legislativa y altos índices de consenso.⁴³ De hecho, el caso "Smith" fue firmado por Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt (según su voto), Boggiano, López, y Vázquez. A la fecha, hoy sólo subsisten Fayt y Boggiano.⁴⁴ En tanto que de los jueces que votaron a favor de la inconstitucionalidad en "San Luis", vale decir, Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, López, y Vázquez, transcurrido sólo un año de este pronunciamiento sólo continúa en su cargo, como quedó dicho, Fayt.⁴⁵

Párrafo aparte merece la actuación de este último juez. Históricamente, algunos cambios en la composición de la CS -especialmente ampliaciones numéricas- han sido realizados con el objeto de mermar la influencia de algunos ministros. Sucedió con Boffi Boggero cuando se produjo el aumento llevado a cabo bajo el gobierno de Frondizi, y con Petracchi, Fayt y Belluscio,⁴⁶ con el propio del menemismo. Vale decir que jueces que anteriormente integraban el voto mayoritario, luego son relegados a la minoría. Esta parece

⁴³ Véase Spiller, Pablo: "La Corte y la gran depresión". Diario "El Cronista". 26/9/02. También ver "Spiller, Pablo; y Tommasi, Mariano: "Las toma de decisiones judiciales en ambientes de inestabilidad, 1935-1998. Ponencia. En Conferencia sobre Reforma política y funcionamiento de las instituciones en Argentina, 2000.

⁴⁴ En el marco de su escandalosa renuncia, el juez Vázquez emitió un comunicado de prensa en el que señala que el 1º de Febrero de 2002, luego de firmar con los otros ocho jueces centenares de causas relativas al corralito, el juez Petracchi fue presionado por el Gobierno para no suscribir la declaración de inconstitucionalidad del caso "Smith". Vázquez manifestó que la CS está subordinada y moldeada a medida de los lineamientos trazados por el poder político (diario Clarín, 25/8/2004)

⁴⁵ Vale destacar que los jueces que han votado en disidencia en "San Luis", es decir Belluscio, Boggiano y Maqueda (éste último, ex legislador de gran parte de la normativa cuestionada), han permanecido en sus cargos. Actualmente, Boggiano está suspendido en sus funciones y Belluscio ha anunciado su renuncia.

⁴⁶ Véase Bercholz, Jorge O.: "La independencia...". Op. Cit., págs. 146 y subs.

ser nuevamente la situación en que ha quedado Fayt: luego de la recomposición de ministros efectuada por el gobierno de Kirchner, el sentido de su voto -que formaba parte de la mayoría en "Smith" y "San Luis"- es hoy marginal.

También es destacable el viraje jurisprudencial operado en Boggiano: de ser parte de la mayoría de "Smith", pasa a votar en disidencia en "San Luis" y llamativamente, integra la mayoría en "Bustos", de algún modo avalando que el caso "Smith" por él suscripto fuera calificado de "funesto precedente" que diera lugar a "numerosos casos de corrupción". Atendiendo a las circunstancias fácticas producidas en el contexto político, es de destacarse que este medular cambio en su ideología y subjetividad coincide con un cambio de gobierno; en efecto, en el caso "San Luis" este juez decide acompañar jurídicamente el modelo económico impulsado a partir de la presidencia de Duhalde. Este viraje bien puede ser entendido como una clara muestra de autopreservación. Por otra parte, recordemos la peculiaridad que este juez es el último que subsiste de la llamada "mayoría automática". Actualmente se encuentra suspendido en su cargo y avanza su enjuiciamiento en el Congreso Nacional.

No huelga repetir que el reciente recambio de jueces identificados con la "mayoría automática" en pos de un proclamado saneamiento institucional y en favor de un concepto de justicia independiente,⁴⁷ tiene su raíz en el enfrentamiento ideológico y programático entre la rama menemista y duhaldista del justicialismo. Y que el proceso de "saneamiento" impulsado por un pretendido nuevo estilo de construcción de poder no viene sino a ratificar aun con mayor intensidad el soporte sobre la cual se construye la relación de la

⁴⁷ Especialmente, mediante el decreto 222 (19/6/03) reglamentario del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, que estableció un marco jurídico que pretendió hacer más creíble y transparente el procedimiento de selección de candidatos a la CS. Sobre este tema, véase: Comadira, Rodolfo: "Selección de jueces y control judicial". Revista de Derecho Público, 2004-1; pp 15-24.

CS con el poder político: *inevitablemente, tal como lo ha demostrado la experiencia política, la CS termina siendo parte de toda coalición política nacional que gana la mayoría en las elecciones.*

Como mencionáramos más arriba, el caso "Bustos" no hubiese sido posible sin un previo y eficaz proceso de destitución y recambio de ministros de la CS por parte del Poder Ejecutivo, puesto que haber conservado la conformación anterior implicaba el mantenimiento de la inconstitucionalidad en la materia.

Con nuevos integrantes, la CS ha impulsado un cambio de la jurisprudencia de los fallos "Smith" y "San Luis", al cuestionar primero -en el caso "Falcón"- los argumentos que se utilizaron para criticar la pesificación, y luego avalar su constitucionalidad en "Bustos". Tal como en algunos períodos del pasado, hoy parecen vislumbrarse decisiones destinadas a acompañar el accionar del poder político. Si bien tal extremo puede ser interpretado de manera sistémica; es decir como un engranaje indispensable para el armonioso funcionamiento de la maquinaria estatal -como ha hecho Oyhanarte-, también puede invitar a un necesario trabajo de ingeniería institucional que conduzca a una *revisión de la idea tradicional de división de poderes y que contemple el cambio del actual modelo de revisión judicial difuso por uno de tipo concentrado*,⁴⁸ en función de preservar la composición, funcionamiento y *capacidad de disenso* del máximo tribunal constitucional ante eventuales cambios en el ámbito político. Esta es la opción que, según

⁴⁸ Si bien no debe desconocerse que es procesalmente complejo de llevar a cabo, y que implica esencialmente un cambio en la cultura jurídica -véase Carnota, Walter F.: "Curso de derecho constitucional"; Ed. La Ley, 2001, pág. 46 y subs.; y Bidart Campos, Germán J. y Carnota, Walter F.: "Derecho constitucional comparado"; Ed. Ediar, 2000; pág. 141 a 142- es importante señalar que es un tópico sobre el que desde hace largo tiempo se ha venido trabajando, tanto desde el ámbito académico como desde el judicial. Un buen compendio de los cambios propuestos para un mejor funcionamiento de la Corte es: "Corte Suprema de Justicia; su necesaria reforma". CEPES, Ob. Cit.

entendemos, se ajusta mejor a la mecánica de un sistema político democrático consolidado.

Pensamos que nuestra propuesta es compatible con la de aquellos que sugieren la posibilidad de conformar un tribunal cuya facultad para declarar inconstitucionalidades se restrinja a determinados tópicos; esto es, que no tenga que ocuparse de un amplio espectro de materias, sino sólo de algunas.

⁴⁹ Así se evitaría la sobrecarga a que conduce el sistema de revisión actual, en el que la Corte funciona como una especie de tercera instancia para todo tipo de juicios.⁵⁰

⁴⁹ Parte de la doctrina ha recomendado que sean los referentes a los derechos e intereses inherentes al proceso democrático. Vale decir, un cuerpo que centralice su función en ser guardián de derechos sociales o públicos en pos del funcionamiento y desarrollo del sistema político democrático. Véase Dahl, Robert A. en: "La democracia y sus críticos". Ed Paidós, Bs. As., 1991; Miller, Jonathan: "Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia". El Derecho, Tº 12; Bercholz, Jorge: "Independencia de la Corte...", Ob. Cit., cáp. VI. En análogo sentido se ha manifestado el integrante del Consejo de la Magistratura Humberto Quiroga Lavié, por cuanto considera que la Corte debe intervenir solamente en cuestiones de gravedad institucional y no para resolver casos donde estén en juego intereses y derechos privados, sin gran impacto social e institucional (en "Corte Suprema de Justicia: su necesaria reforma", ob. Cit., pág. 29). Por otro lado, es destacable la recomendación de Eugenio Zaffaroni, en el sentido de establecer un *sistema de doble control*: el de todos los jueces (que sólo hace que la norma violatoria no se aplique al caso), y el que decide el tribunal constitucional (que le hace perder vigencia), estando integrado éste último por jueces de nombramiento plural, con mayores requisitos de idoneidad y con mandatos no vitalicios. (Página/12, 4/2/02).

⁵⁰ En "Una Corte para la democracia I" (infoabogados@poderciudadano.org) se ha dicho que: "es necesario devolver a la Corte el poder que debe tener. Este poder no necesariamente se recupera con el conocimiento de un número mayor de causas, sino con la restricción de su competencia a aquellas causas relevantes para el funcionamiento de la democracia constitucional. *La expansión de la jurisdicción y el consiguiente aumento de causas propicia más oportunidades para el tráfico de influencias.*" (el destacado en nuestro). En el mismo sentido, Zaffaroni ha destacado que "es una simpleza creer que cambiando personas todo se resuelve y que la reducción de cuatro salarios incide sobre el presupuesto judicial, cuando la Corte ha hipertrofiado su funcionamiento y ha deformado el modelo originario norteamericano,

Más aún cuando la virtualidad del tradicional "efecto cascada" de las sentencias de la CS al que se refiere la doctrina, que ha operado no obstante el modelo formal de revisión judicial difuso, parece no ser tenido en cuenta en esta trascendente oportunidad por los tribunales inferiores.⁵¹ Basta con ver el escaso acatamiento jurídico que el fallo "Bustos" ha tenido en los mismos: a la semana siguiente de su publicación, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF) ha emitido dos pronunciamientos (op. cit.) considerando los precedentes "Smith" y "San Luis", trasuntando una severa crítica por el tenor de los dichos de la mayoría de "Bustos". Lo propio ha hecho la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata ⁵² y el Juzgado Federal de Primera Instancia a cargo de Silva Garretón en la causa "Killian, Héctor Julio..." (9/11/2004). Y este parece ser el inicio de un ciclo en el que se seguirá produciendo este "efecto cascada" a *contrario sensu*.

La circunstancia que cualquier juez, sea de tribunal inferior o superior, pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma en contradicción con la jurisprudencia establecida por la CS, tiene por resultado que queden sin solución jurídica los conflictos de trascendencia económica y social, creándose así una situación de peligro colectivo permanente.

erigiéndose en una tercera instancia que, incluso, interviene cuando quiere." (Diario Página/12, op. cit.)

⁵¹ Recordemos que si bien nuestro sistema de control constitucional está basado en el de Estados Unidos, en esta materia hay una diferencia sustancial, por cuanto en aquél país el precedente es obligatorio. En cambio, en nuestro sistema sabido es que se decide para el caso, siendo todos los jueces intérpretes de los Códigos y de la Constitución. Véase Highton, Elena en "Corte Suprema de Justicia: su necesaria reforma". Op. Cit., pág 35. En el mismo documento otro juez de la Corte, Eugenio Zaffaroni, explica que "la Corte Suprema norteamericana emite jurisprudencia obligatoria y nosotros no. El 'stare decisis' le permite seleccionar (las causas trascendentes), porque cumple con ello la función de orientar la vigencia de la Constitución respecto de los temas que la Corte considera fundamentales. Como no se nos reconoce ese poder, la selección en el caso argentino, sería mera arbitrariedad". Pág. 46.

⁵² "Di Matteo, Marcos c/ PEN s/amparo". CFed. de La Plata - Sala II, 4/11/04.

Temas de alta significación política y sociológica como los concernientes al "corralito" y a la pesificación, que exceden el ámbito jurídico, no pueden ser resueltos institucionalmente con pronunciamientos aislados con capacidad de "poner fin definitivamente" -como ha sido la intención de la mayoría en el caso "Bustos"- al debate de estas complejas cuestiones, planteadas en un descomunal número de causas pendientes de resolución.

"Smith" y "San Luis" no dieron lugar a una jurisprudencia sustentable. El mismo camino parece seguir "Bustos".

Por otra parte, sería inapropiado hacer una analogía entre nuestro control de constitucionalidad y el voto de confianza o de censura propio de los sistemas parlamentarios europeos, puesto que la Corte no posee el tipo de legitimidad ni de responsabilidad pública a la que están sometidos los otros poderes.⁵³

Creemos, entonces, imprescindible que la cúspide jurídica esté ocupada por un cuerpo creíble y eficaz en la resolución de conflictos de envergadura económico-social.

Con razón se ha advertido que no parece plausible pedirle a nuestra CS el diseño y/o resolución de políticas públicas a través de su poder de control y veto; menos factible es aún la coexistencia con un tribunal en permanente debate con el poder legitimado para tomar decisiones políticas.⁵⁴ A través de la actuación de la anterior CS en los casos "Smith" y "San Luis" *puede verificarse empíricamente el carácter necesariamente político que debe tener este órgano en nuestro modelo de revisión*, como quedara expresado en la "doctrina Oyhanarte": partiendo de la premisa que la CS cumple una función materialmente política: "si hay conflicto con el poder político la Corte comienza actuando como una súper legislatura y atribuyéndose facultades equivalentes

⁵³ Véase Gargarella, Roberto: "Crítica de la constitución. Sus zonas oscuras". Cap. III. Ed. CI TXT. Bs. As., 2004.

⁵⁴ Cfr. Bercholz. Op. Cit., pág. 34 y subs.

al veto, y termina siendo derrotada, con deterioro de su prestigio e independencia. Porque es el 'poder' más débil".⁵⁵

Si advertimos que la Corte, en el contexto del complejo proceso de judicialización, ha ampliado su jurisdicción abordando el conocimiento de los temas constitucionales derivados de las cuestiones políticas trascendentes, y que a la luz de lo acontecido, *ha quedado debilitada y desprestigiada*⁵⁶ *ante una ciudadanía cada vez más participativa y atenta al seguimiento de su desempeño*⁵⁷ se hace indispensable la conformación de un Tribunal Constitucional que contemple una redefinición en el mecanismo de selección de sus miembros, de su actividad jurisdiccional, del efecto de sus sentencias, y con periodicidad en los cargos.

En un esquema de revisión judicial como el nuestro, pensamos que la mejor manera de resolver cuestiones como las aquí estudiadas sería de modo administrativo entre las partes, con los elementos probatorios necesarios para que cada cual defienda su posición. Pero siendo realistas esperamos que la CS, más allá de ceder a las presiones políticas y fallar en casos

⁵⁵ Oyhanarte, Julio: "Historia del poder judicial". Op. Cit., pág. 90.

⁵⁶ Aún considerando lo difuso del concepto "opinión pública", cabe ilustrar lo dicho con dos recientes trabajos de investigación politológica y sociológica sobre la situación del Estado de Derecho en el país, que traslucen este rotundo descrédito: a) un estudio realizado por Ipsos Mora y Araujo en agosto de 2004 a pedido del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, indica que para el 60% de los argentinos el respeto a la ley no es un valor instalado en la sociedad, teniendo en cuenta cuestionados fallos judiciales y contradictorias posturas de las autoridades. b) En igual sentido, la politóloga Liliana De Riz ha señalado que en sus últimas investigaciones los ciudadanos, en abrumadora mayoría, reconocen como un problema grave del país que no se respete la ley si ésta no satisface los objetivos de los poderosos de turno (Laura Zommer: "Valores Jurídicos. La crisis del estado de derecho". Diario La Nación, 20/11/04). Véase también en este sentido Dalla Vía, Alberto Ricardo, op. cit.; y Badeni, Gregorio, op. cit., pág 1037 y subs.

⁵⁷ Este sería el tipo de "politización" positiva de la justicia a la que se refiere Smulovitz -Clarín, 22/2/04- en un tema que afecta directamente al común de los ciudadanos. Como acertadamente observara John Stuart Mill, la participación tiene un decisivo papel educador.

"institucionales" aislados, *entienda en tantas oportunidades como sea necesario*, realizando la compleja tarea de homogeneizar criterios según el grupo de intereses en pugna, y atendiendo a la vez a las especificidades de cada caso.

V- CONCLUSIONES FINALES

Aquí ya es pertinente ahondar en la consideración del tema desde el plano axiológico-normativo: es indiscutible que la consolidación del régimen político democrático⁵⁸ requiere necesariamente de instituciones que lo preserven ante actos de arbitrariedad o avasallamiento de derechos.⁵⁹ Es peligroso para la subsistencia misma de aquél la existencia de un tribunal superior constituido como ultima ratio que esté conformado por miembros cuya permanencia en sus cargos requiera de la toma de decisiones que reflejen los anhelos del poder político. Si, como bien se ha dicho, estamos en presencia de un órgano que ya en sus orígenes ha respondido a concretas necesidades

⁵⁸ Que debe contemplar con certidumbre las formas de canalización de los conflictos y las demandas. Un estudio exhaustivo del tema puede encontrarse en Munk, Gerardo L.: "La desagregación del Régimen Político. Problemas conceptuales en el estudio de la democratización". Revista Agora, n° 5, 1996.

⁵⁹ Como reza el documento denominado "Una Corte para la Democracia I" suscripto por un grupo de ONGs (Asociación por los Derechos Civiles, el Centro de Estudios Legales y Sociales, La Fundación Poder Ciudadano, La Fundación Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, y la Unión de Usuarios y Consumidores): "*la construcción de una democracia sólida y estable requiere para su funcionamiento un Poder Judicial legítimo, creíble, neutral respecto de los intereses particulares y capaz de realizar el valor justicia.*" (ob. cit). Este documento, junto con "Una Corte para la Democracia II" fueron presentados oportunamente al gobierno y obtuvieron una respuesta formal mediante el decreto 222 (ver nota n° 47).

políticas,⁶⁰ y cuyas funciones y resoluciones de mayor gravedad institucional son eminentemente políticas, no parecen encontrarse argumentos sólidos que avalen su continuidad en la cúspide jurídica del proceso político actual, ya que es improbable sostener que conflictos de la magnitud económico-social como los que motivaron la jurisprudencia aquí analizada puedan ser canalizados y resueltos de manera jurídica e imparcial por un tribunal político como la CS. Esta circunstancia atenta contra el establecimiento de algún parámetro mínimo de seguridad jurídica. Entendiendo por tal el cambio o modificación de los contenidos de las prestaciones debidas o de las sanciones aplicables. Generalmente ello sucede cuando se alteran las normas jurídicas vigentes en una sociedad sea por una modificación legislativa de las relaciones imputativas o por cambios en los precedentes jurisprudenciales.⁶¹ Los casos aquí analizados versan sobre un proceso político en el que se han producido muchos de estos extremos: origen incierto de las medidas confiscatorias de los depósitos bancarios, alteración asimétrica de la relación cambiaria por decreto a expensas de la Ley de Intangibilidad de los Depósitos (y del propio discurso del presidente Duhalde en el Congreso al momento de asumir el poder), turbulento recambio de miembros de la CS con el consiguiente viraje jurisprudencial, pronunciamientos de la CS que no sientan precedentes sustentables; todos estos factores conspiran contra el establecimiento de un espacio institucional propicio para mantener algún criterio mínimo de seguridad jurídica.⁶²

⁶⁰ Cfr. Spota, Alberto en: "origen político del control de constitucionalidad". En "Seminario sobre jurisprudencia de la CSJN, Educa, 1999; y "origen histórico del poder político de la corte suprema de los EEUU". En Santiago (h), Alfonso. Op. Cit.

⁶¹ Cfr. la definición brindada por Cueto Rúa, Julio C.: "Acotación Preliminar". En Rogers D., William y otros. Op. Cit.

⁶² Con lucidez, Bidart Campos expresó que "...si poco antes una ley declaró la intangibilidad de los depósitos, es muy difícil conciliar su suspensión e inaplicación, cuando la responsabilidad del cataclismo no ha sido de los particulares, sino de otros actores. ¿El Estado, los bancos, o

La verificación empírica de la doctrina sistémica de Oyhanarte es sumamente peligrosa para la garantía de la independencia de los jueces, puesto que trasluce que nuestro modelo de revisión judicial conduce a que la estabilidad en sus cargos dependa en última instancia de la adopción de un comportamiento armónico con el poder político. Lo que diluye la función primordial orientadora del sistema republicano, es decir, garantizar la existencia de jueces con capacidad de poner límites a cuanto signifique excesos, abusos o arbitrariedades del poder.⁶³ La razón de ser de la Constitución escrita es la limitación del poder y eso no puede ser incumplido bajo el disfraz de una nueva concepción del Estado, o el sostenimiento indefinido de situaciones de emergencia.

Pensamos, en definitiva, que tales consideraciones hacen impostergable el diseño de un Tribunal Constitucional con patrones funcionales menos dependientes de la ecuación resultante del proceso político. Como advirtiera O' Donnell,⁶⁴ el desafío actual es análogo al que Madison y sus aliados intentaron resolver: el de construir poderes capaces de refrenar posibles abusos de poder, que además sean aptos para propiciar gobiernos democráticos que no se olviden que la fuente de su legitimidad es el conjunto de los ciudadanos, y no sólo una porción de ellos.

quienes?. ¿A lo mejor operadores multinacionales, internacionales, extranjeros, o qué?". Artículo: "¿Qué decidirá la Corte?". En "Pesificación II", ed. La Ley, noviembre 2002, pág. 70.

⁶³ Cfr. Fayt, Carlos, ob. cit.

⁶⁴ O' Donnell, Guillermo: "Accountability Horizontal". Revista Agora, nº 8, 1998.