



Acceda **sin cargo** al portal de noticias jurídicas **TRLaLey**, escaneando el siguiente **código QR**.

SESIONES DEL SENADO DURANTE LA EMERGENCIA POR EL CORONAVIRUS



Sesiones del Senado en la pandemia

Posibilidad de sesionar de forma remota. Planteo presentado ante la Corte Suprema. Estado de emergencia sanitaria. Pandemia de COVID-19. Cuestión no justiciable. Labor parlamentaria. Reglamentos internos de cada Cámara. Principio de colaboración interpoderees. Rol constitucional del Senado.

- 1.- El Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción declarativa de certeza incoada.
- 2.- El llevar adelante las sesiones del Senado bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional forma presencial orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo, referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley.
- 3.- Desarrollar las sesiones del Senado bajo una modalidad remota no configura *per se* riesgo alguno de interferencia en las atribuciones de los demás poderes del Estado.
- 4.- Que los miembros del Senado sesionen de forma remota o presencial no supone en sí mismo una posible invasión del Poder Legislativo al ámbito de competencias que la Constitución asigna a los demás poderes del Estado.
- 5.- La posibilidad de que el Senado sesione de manera remota no interfiere con el modo en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones. En efecto, la Constitución regula ciertos aspectos del modo en que debe funcionar el Poder Legislativo, pero nada indica respecto a la modalidad física o remota de sus sesiones.
- 6.- La parálisis causada por la pandemia de COVID-19 exige de las instituciones de la República el desarrollo de los mecanismos que sus autoridades consideren necesarios para asegurar la permanencia de sus tareas.
- 7.- Es precisamente en contextos de emergencia —como el de la pandemia de COVID-19— que sacuden a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente, que sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos.
- 8.- Las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho; y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina.
- 9.- Las diversas excepciones a la deferencia que el Poder Judicial guarda respecto de las facultades privativas de otros poderes del Estado se sintetizan en dos supuestos. La Corte Suprema, en primer lugar, debe velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere; y, en segundo lugar, debe velar porque ninguno de esos poderes al ejercer esas facultades que la Constitución

NOTA A FALLO

¿Separación y colaboración entre poderes?

El modo de sesionar del Senado durante la emergencia en el planteo de “Fernández de Kirchner”

María Angélica Gelli 2

La judicialización de la política como causa y consecuencia

Adrián F. Ambroggio 5

Sesión remota vs. sesión presencial... y una Corte que inaugura la acción consultiva de determinación de incumbencia

Roberto J. Boico 8

La corte rechazó la acción La presidenta del Senado consiguió la certeza

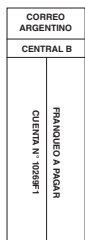
Jorge A. Diegues 10

El fallo “CFK”: la Corte Suprema como Poder del Estado y la democracia digital

Andrés Gil Domínguez 13

La exigencia del “caso judicial” y un peligroso precedente

Emilio A. Ibarlucía 15



les asigna de forma exclusiva se desvíe del modo en que esta autoriza a ponerlas en la práctica.

10. - La Constitución, al poner en cabeza de cada una de las cámaras del Congreso el dictado de su propio reglamento en el art. 66, reconoce a cada una de ellas la autonomía necesaria para regular su propio funcionamiento y por ende regular los mecanismos para facilitar la realización de su función legislativa en estas circunstancias; ello siempre que en su diseño e implementación no ignoren las restricciones constitucionales que sí existen y se cumplan con los recaudos que la Ley Fundamental establece respecto del procedimiento de deliberación y sanción de las leyes.
11. - El Congreso, como los otros poderes del Estado, tiene autonomía para regular su modo de funcionamiento, de acuerdo al art. 66 de la CN, y no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes —se pretendió debatir la validez de una sesión remota del Senado—.
12. - Como tribunal de justicia y Poder del Estado, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación custodian

la Constitución, siempre insertas en una realidad histórica.

13. - Si bien la presidenta del Senado refiere enfáticamente a lo largo de su escrito de demanda que la pretensión deducida no debe ser meramente consultiva o especulativa, sino que debe existir un “acto, en ciernes”, no identifica en ningún momento cuál sería el acto que revestiría tal virtualidad, generando una relación jurídica entre quien quiere producirlo y quien se niega a que se produzca; y planteando la controversia que habilitaría la intervención del Poder Judicial (Del voto del Dr. Rosatti).
14. - La inédita situación planteada, esto es, la imposibilidad de una reunión presencial del Senado de la Nación, como consecuencia de la proyección de la pandemia de COVID-19 hacia la vida institucional del país, amerita que la Corte Suprema de Justicia de la Nación formule algunas consideraciones, invocando el principio de colaboración interpodere. (Del voto del Dr. Rosatti).
15. - La gravedad de la situación que se plantea en el caso —posibilidad de sesiones remotas del Senado— no deviene de la hipotética discusión sobre una ley tributaria que no ha sido aún presentada, que —por mandato constitucional— de-

bería ser impetrada en la Cámara de Diputados (art. 52, CN) y que es, por tanto —al menos hasta el presente—, de existencia conjetural, sino de la alegada falta de funcionamiento de una Cámara del Congreso. Si una Cámara no sesiona, no puede adoptarse ninguna ley formal; y no solo la sanción de leyes quedaría trunca, sino también la función de control sobre los otros dos poderes del Estado, que es una función esencial del Senado (Del voto del Dr. Rosatti).

16. - Al regular el funcionamiento del Congreso, la Constitución no previó el trabajo no presencial de sus integrantes en el marco de las sesiones —solución posible—, pero de esa circunstancia no se deriva la inconstitucionalidad de tal sistema, dado que no podría pedírsele a los constituyentes (originarios o reformadores) que imaginaran un futuro (o este futuro) tecnológico, respectivamente (Del voto del Dr. Rosatti).
17. - Lo máximo que la Corte Suprema puede decir, respecto de la posibilidad del Senado de reunirse de manera remota, dada la pandemia de COVID-19, es que no le incumbe expedirse sobre la forma en que el Senado debe resolver su trabajo en el futuro, en los siguientes dos sentidos: a) si de modo presencial o no presencial; y b) y si

a partir de la interpretación o de la modificación de su Reglamento; tareas ambas que —por obedecer a su modo y forma de organización y funcionamiento— corresponden a la exclusiva competencia de la Cámara (Del voto del Dr. Rosatti).

18. - La pretensión de la presidenta del Senado, relativa a que la Corte Suprema se expida sobre la validez de una posible reunión remota del Senado, debe ser rechazada *in limine*, puesto que no constituye acción o recurso alguno que, con arreglo a los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, habilite la intervención que se pretende de la Corte Suprema. Resulta manifiesto el carácter puramente consultivo de la solicitud y la inexistencia de un “caso” o “controversia” (Del voto en disidencia parcial del Dr. Rosenkrantz).

122.578 — CS, 24/04/2020. - Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza.

[Cita on line: AR/JUR/13959/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

¿Separación y colaboración entre poderes?

EL MODO DE SESIONAR DEL SENADO DURANTE LA EMERGENCIA EN EL PLANTEO “FERNÁNDEZ DE KIRCHNER”

María Angélica Gelli (*)

SUMARIO: I. El planteo y la vía procesal elegida por la actora. — II. Un rechazo atenuado del tribunal. — III. Una perspectiva distinta y una prevención muy oportuna en la concurrencia. — IV. El diseño de la Constitución: ¿poderes separados y colaborativos? Una lección sobre el papel de la justicia en circunstancias excepcionales.

I. El planteo y la vía procesal elegida por la actora

El planteo que llegó a la Corte Suprema en “Fernández de Kirchner” era fácil de resolver, por la cuestión planteada y por la vía elegida que se instrumentó para llegar al tribunal.

La actora, en una presentación directa ante la Corte Suprema, había formulado una pregunta al Tribunal: ¿Es constitucionalmente posible que, tal como lo establece el art. 30 del Reglamento, la H. Cámara de Senadores sesione por medios digitales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID-19?, respondiéndose a sí misma que “la sesión remota a través de medios electrónicos, en donde se garantice la identificación y la voluntad de los legisladores y legisladoras, como así también el número establecido por el régimen de mayorías y minorías, es absolutamente válida”.

Hasta allí el desarrollo de la presentación discurrió por carriles jurídicos pero, inmediatamente, se introdujo una fundamentación político-valorativa —a juicio de la presentante, esa situación ameritaba la consulta a la Corte— acerca de conductas que, en el pasado, habrían existido en la Argentina, que la petición de la actora considera, con un alto grado de generalidad, “maniobras de todo tipo —incluidas las judiciales— tendientes a impedir la aplicación de leyes que afecten intereses de grupos económicos”. Por fin y en consecuencia de las afirmaciones que anteceden requirió del Tribunal “un pronunciamiento urgente, claro y concreto”, a fin de obtener certeza sobre la cuestión que presentó en forma de interrogante específico (1).

Así pues, la demandante preguntó, se respondió, afirmó y evaluó críticamente conductas

que en el pasado habrían exhibido medios de comunicación y la judicatura, y solicitó un perentorio pronunciamiento. Todo esto, concurriendo directamente ante la Corte Suprema e intentando una acción declarativa de certeza constitucional.

La cuestión, como se indicó al comienzo, era sencilla de resolver, al menos por tres razones, dos de ellas según inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema: a) de la demanda no emergía caso específico, ni controversia entre partes adversas —aunque la actora había indicado de modo nominal al Estado Nacional en calidad de contradictor, tal como se lo señaló en la disidencia parcial (2)—; b) subsidiariamente —como bien lo señaló en su dictamen el procurador general interino— la petición no era de competencia directa y exclusiva del tribunal, conforme a lo establecido por el art. 117 de la CN (3); y c) la duda —que no era tal para la presentante, sino para los eventuales impugnadores de una sesión del Senado realizada en forma virtual— implicaba, en realidad, una respuesta acerca de las atribuciones de la Cámara a fin de proveer a su funcionamiento interno.

Sin embargo, conforme al art. 66 de la CN, la Cámara tiene plena autonomía, desde luego sujeta a control posterior si, por ejemplo,

al dictar el reglamento pertinente cercenara derechos de las minorías, de algún senador o de eventuales ciudadanos afectados. Dicho de otra manera, el funcionamiento de la Cámara, en principio, constituiría lo que en añeja jurisprudencia de la Corte Suprema se denominó *cuestiones políticas no justiciables* o, más cerca en el tiempo, falta de legitimación para demandar por carencia de agravio (4).

Pero a más de esas tres razones para justificar el rechazo de la acción intentada, surge el problema de la legitimación para demandar de la actora, quien invocó su calidad de presidenta del Senado según el art. 57 de la CN y varias disposiciones del Reglamento del Senado que describen “las facultades, atribuciones y actuación” derivadas de esa posición institucional (5). Y, ello, en el caso hipotético en que pudiera alegar un agravio concreto contra una parte adversa, en un conflicto en el que el Poder Judicial estuviera atribuido para resolver conforme al sistema jurídico.

El tratamiento del tema en el fallo de la Corte Suprema resulta curioso. Si no he contado mal, la expresión “legitimación” fue empleada cuatro veces en la sentencia, computando los tres votos que se emitieron, aunque solamente dos jueces recurrieron a ese término.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogada (UBA), especialista en Sociología Jurídica (UBA). Profesora de Derecho Constitucional en posgrados (UBA). Directora del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Premio Konex. Diploma al Mérito en Derecho Constitucional.

(1) Cf. consid. 1º del voto en concurrencia del juez Rosatti y de la disidencia parcial del juez Rosenkrantz en “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de

certeza”, AR/JUR/13959/2020. El primer voto, que constituye la decisión de la Corte Suprema, se integró con los jueces Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti.

(2) Cf. consid. 3º; también en la concurrencia del juez Rosatti. Cf. consid. 7º, párr. 2º.

(3) Tal como se indicó, la doctrina nacional coincidió mayoritariamente en la improcedencia de la acción intentada. Cf. DIEGUES, Jorge A., “El fallo de la Corte, la sangre y las razones”, *Infobae*, 25/04/2020, además, con una singular crítica aportada por el autor. El título, que podría desconcertar, se aplicó en contraste entre el voto

de la mayoría y de la disidencia parcial en “Fernández de Kirchner” y refiere a las insólitas y muy desafortunadas expresiones que la letrada que patrocinó la demanda en análisis formuló antes de que se emitiera el fallo, dirigidas a la Corte Suprema, por una red social. Para quien se interese por una interpretación más general del perturbador episodio que, según entiendo, hace comprensible ese desvarío aunque de ningún modo lo justifica, cf. QUETGLAS, Fabio J., “Sangre o razones, una verba que es herencia de tiempos violentos”, *La Nación*, 24/04/2020.

(4) Me he referido a esta cuestión, entre otros textos, en GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. II, 5ª ed. amp. y act., 1ª reimp., ps. 637-642.

(5) Según surge de la sentencia, la demandante hizo mérito de los arts. 15, 20, 25, 27, 29, 32 y 36 del Reglamento de la Senadores. Cf. Resultando I de la concurrencia del juez Rosatti y consid. 1º de la disidencia parcial del juez Rosenkrantz. Estas normas refieren, expresamente, a las atribuciones del presidente del Senado acerca del llamado a sesiones; a las que tiene

La concurrencia del juez Rosatti le dedicó al problema un considerando en dos párrafos breves. En el primero de ellos expresó que la presentante “está legitimada para recurrir en nombre del H. Senado de la Nación ante este Tribunal” y que “la prerrogativa surge de manera expresa e incontrovertible del art. 57 de la CN en cuanto establece que el vicepresidente de la Nación será presidente del Senado” (6) y del art. 36 del Reglamento de esa Cámara en tanto dispone que “solo el presidente habla en nombre del Senado” (7).

Ahora bien, las atribuciones del presidente del Senado le son otorgadas por la Cámara mediante la sanción del Reglamento que el cuerpo puede, no obstante, reformar, ampliando, limitando o derogando esos cometidos. Si se lee en su integridad el art. 36 del Reglamento de la Cámara, se advierte que la norma dispone, efectivamente que “solo el presidente habla en nombre del Senado, e informa a este, en la primera sesión que se realice, de toda resolución que dicte o comunicación que expida en representación del cuerpo” (8). Pues bien, ¿esta norma faculta al presidente de la Cámara a decidir por sí mismo la presentación de una demanda judicial de este tenor o de cualquier otro? ¿Antes, incluso, de haberlo propuesto al Senado y recibido la aprobación del cuerpo legislativo para hacerlo? ¿O de considerar la cuestión en la Comisión de Labor Parlamentaria?

Estos interrogantes no se despejaron en la sentencia en “Fernández de Kirchner”. Ni tampoco se registró allí que la presidenta del Senado hubiera o no transitado ese camino o indicado, a lo menos, que lo recorrió o citado alguna otra norma sobre el punto. A cambio de alguna indicación en ese sentido, en el segundo párrafo del considerando en que la concurrencia reconoció expresamente la legitimación de la actora, se acudió —para admitirla— a un argumento *a contrario sensu* que emanaba de un precedente judicial, el caso “Dromi” (9). De este precedente la concurrencia mencionó el consid. 13 en el que se desconoció la legitimación de un legislador para demandar en representación de la Cámara. En el considerando mencionado, el tribunal dijo: “Que, de igual modo, no confiere legitimación al Sr. Fontela, su invocada ‘representación del pueblo’ con base en la calidad de diputado nacional que inviste. Esto es así, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus Cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la CN y los reglamentos del Congreso. Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legi-

tima para actuar en ‘resguardo de la división de poderes’ ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes sancionadas por el Congreso toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio” (10).

Sin duda, el papel institucional del vicepresidente de la Nación en su calidad de autoridad del Senado es relevante. Eduardo Menem, quien ha acreditado una extensa experiencia como miembro de esa Cámara, ha dado un paso más para subrayar la importancia de ese cometido. En tal línea, ha sostenido que aunque la CN no lo diga de modo expreso, el presidente del Senado “encabeza y representa al Poder Legislativo de la Nación” y que “esa elevada situación institucional se pone de manifiesto cada vez que se reúne la Asamblea Legislativa, presidida en todos los casos por el funcionario de referencia, como así también en todos los actos y ceremonias oficiales de recepción de Jefes de Estado y altos dignatarios extranjeros en el Congreso de la Nación” (11). Estos ejemplos, claro, no son asimilables a la legitimación de ese funcionario para demandar, sin más —si es que así fue por su propia y única iniciativa, es decir sin conocimiento ni autorización de la Cámara.

II. Un rechazo atenuado del tribunal

Aunque en los medios de comunicación se informó que la Corte Suprema había desestimado por unanimidad la acción declarativa de certeza constitucional efectuada en “Fernández de Kirchner”, lo cierto es que el voto que encabezó la decisión elaboró un rechazo atenuado de la acción porque en un *obiter* terminó por responder a la consulta formulada (12).

El tribunal comenzó recordando las reglas de admisibilidad de esas acciones y “con igual énfasis”, según dijo, las “que hacen al cumplimiento de las funciones de la Corte como tribunal de justicia y Poder del Estado” (13). Es decir, que la Corte Suprema anotició acerca de que su decisión resolvería un problema planteado ante un tribunal y lo haría como juez y poder, calidad que, en cualquier caso, siempre tiene.

Acerca de las reglas de admisibilidad de la acción declarativa, no se apartó de la doctrina consolidada que exige existencia de caso justiciable, partes adversas que persigan la determinación de un derecho controvertido y que la causa no sea abstracta o prematura, citando, sobre el punto, el caso “Barrick” (14). Hasta allí su papel judicial pero, además, sigue la Corte,

debe ejercer ese papel como “guardián último de las garantías constitucionales, cabeza de un Poder del Estado y máximo intérprete de la Constitución” porque “Como tribunal de justicia y Poder del Estado, las decisiones de la Corte Suprema custodian la Constitución siempre insertas en una realidad histórica” (15). He aquí un mensaje. ¿Acerca del condicionamiento de las decisiones del tribunal a la que denomina “realidad histórica”? Y si ello es así, ¿hasta dónde llega ese condicionamiento? La cita que a continuación hace el tribunal de quien fue notable juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos —Oliver Wendell Holmes— a propósito de qué es la vida del Derecho —menos lógica que experiencia— parece describir lo que es pero, ¿es lo que debe ser siempre y en todos los casos? (16).

Y es que las realidades históricas son complejas, muy diversas entre sí, controversiales. No se afirma aquí que no deba considerarse las. Pero, aunque en algunas circunstancias las soluciones a las que se arriba son luminosas, en otras, en cambio, pese a partir de las “mismas premisas” resultan desatinadas para encontrar los cauces institucionales a fin de enfrentar los desafíos de las emergencias, en el caso “Fernández de Kirchner”, la provocada por la expansión del COVID-19. De los tres casos que cita la Corte en los que el tribunal intervino para asegurar “la existencia misma de la Constitución”, la garantía de los “derechos individuales” o “la subsistencia y continuidad del orden constitucional”, conviene detenerse en este último para advertir la ambivalencia de la premisa mencionada (17).

En efecto, en el conflicto planteado en “Pitto”, un ciudadano recusó a los jueces de la Corte Suprema y petitionó la reposición en el cargo del depuesto presidente de la Nación, Arturo Frondizi, derrocado por un golpe de Estado. La demanda fue rechazada bajo el argumento de que no le correspondía al tribunal examinar las causales de acafealía. El problema radicó en que en esta sentencia —como bien transcribió la Corte Suprema en “Fernández de Kirchner”— el tribunal dijo que su misión era “asegurar la subsistencia y continuidad del orden constitucional, única valla cierta contra la anarquía o el despotismo”. Sin embargo, el orden constitucional se había quebrado porque la entereza y la integridad de Frondizi lo llevaron a mantener su decisión de no renunciar a la presidencia, aunque eso implicara el encarcelamiento que sufrió. Aunque pueda considerarse que las causales de acafealía constitucional son en principio no justiciables, la destitución militar no se incluye entre ninguna de las previstas en la CN (18).

Lo admite la Corte en “Fernández de Kirchner”. Con aciertos y errores, en la construcción del moderno Estado constitucional tienen un papel relevante, con su capacidad o falta de ella, los tribunales constitucionales “en receptor y traducir imperiosas demandas en contextos históricos cambiantes y a veces, también imprevisibles” (19).

Que estos tiempos son imprevisibles y los contextos cambiantes, casi nadie lo duda. En estas circunstancias los poderes del Estado deben cumplir sus funciones esenciales. Las del Poder Legislativo, ya se conoce, son las de legislar —tarea *absolutamente esencial*, según sostuvo la Corte en “Fernández de Kirchner” (20)— y efectuar los controles pertinentes, dentro de sus atribuciones. Para ello, las Cámaras que deben sesionar en tiempos imprevisibles tienen autonomía para reglar el funcionamiento de cada una de ellas. No necesitan consultar a otros poderes del Estado. No obstante ello, el tribunal registró como válidos —y con ello respondió la consulta de la actora— un antecedente histórico en la Argentina en que las Cámaras sesionaron fuera de la sede del Congreso y la nutrida experiencia que surge de lo hecho por otros países y por las provincias argentinas a fin de garantizar el debate legislativo, pese a la pandemia en 2020. Según dijo la Corte, “entre esos modos legítimos de sesionar se incluyeron sistemas remotos, virtuales y teleconferencias, o combinaciones de sesiones presenciales y remotas a la vez” (21). Aunque en *obiter*, interrogante atendido. Ya se conoce, los *obiter* —argumentos para mayor abundamiento pero que no sostienen la decisión— encierran múltiples mensajes a sujetos políticos y ciudadanos diversos y hasta pueden convertirse en una regla jurisprudencial en el futuro.

Después de esas consideraciones sobre la relevancia del Poder Legislativo en el sistema de la república democrática, en el que anidan la voluntad popular y la representación de las provincias, la Corte Suprema hizo propia la necesidad de examinar la admisibilidad de la demanda a fin de determinar, en el planteo presentado, la existencia o no de *caso justiciable*. Porque, sigue el tribunal, la inexistencia de caso judicial deviene en la “abstención judicial” para preservar la división de poderes, tal como sucedió a través de la constante jurisprudencia de la Corte sobre el punto, que cita. De estas sentencias, señalo dos por el temprano origen en el país —“Cullen c. Llerena”— y por la importancia del conflicto que decidió y la doctrina que elaboró —“Thomas” (22)—. A más, la Corte citó las que consideró que constituyeron excepciones a ese límite revisor, abriendo un

{ NOTAS }

respecto de la sesiones especiales y las citaciones en día y hora que mejor estime para la realización de estas sesiones; sobre las licencias de senadores por más de tres días; a la citación de los ausentes; obtenido el quórum, si subsistiere la ausencia, la de dar cuenta a la Cámara de ello; a proceder a citar a sesiones ordinarias, extraordinarias y especiales; de hablar —con exclusividad— en nombre del Senado e informar a este, en la primera sesión que se realice, de toda resolución que dicte o comunicación que expida en representación del Cuerpo.

(6) Cf. consid. I. 1º (destacado agregado).

(7) Cf. consid. I. 1º (destacado del original).

(8) El destacado no es del original.

(9) Cf. “Dromi, José R. (ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación en autos ‘Fontenla, Moisés E. c. Estado Nacional’”, Fallos 313:863, CS D.104.XXIII (1990). La cuestión sustantiva en debate en el caso “Dromi” giraba en torno al control judicial de la privatización de la compañía de aviación Aerolíneas Argentinas. El legislador Fontenla había logrado detener el proceso de privatización mediante un amparo judicial. El ministro se presentó ante la Corte mediante el mecanismo del salto de instancia —*per saltum*— que el tribunal concedió sin ley que entonces lo habilitara. No obstante, conviene recordar que en “Dromi” no se trataba de un caso resuelto en competencia originaria y directa de la Corte Suprema.

(10) La regla que desconoce legitimación a los legislado-

res para cuestionar leyes o DNU, entre otras razones por no representar en juicio a las cámaras, se ha mantenido. Cf., p. ej. en “Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo” (Fallos 317:335 [1994]); “Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional” (Fallos 320:2851 [1997]).

(11) Cf. MENEM, Eduardo, “Derecho Procesal Parlamentario”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 354 y ss.

(12) A propósito de este modo de resolver en “Fernández de Kirchner”, en el que respondió una consulta preventivamente, Jorge A. Amaya planteó el interrogante acerca de si este fallo no era un ejemplo más de la actuación de Corte Suprema argentina en calidad de tribunal constitucional, cuestión expuesta en la reunión del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la que Manuel GARCÍA MANSILLA, miembro integrante del Instituto, expuso sobre “‘Marbury vs. Madison’ y los mitos acerca del control de constitucionalidad”, sede de la Academia, Buenos Aires, 20/05/2020.

(13) Cf. consid. 2º de la mayoría de fundamentos en “Fernández...”.

(14) Cf. en especial, consid. 6º de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti en “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (Fallos 342:917, CS B.140.XLVII. Orig [2019]). En el caso, la Corte

Suprema rechazó la acción declarativa de inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares por entender que no existía cuestión justiciable del proceso de sanción de leyes, dado que “la eliminación realizada por el Senado [de lo aprobado por la otra Cámara] no resulta de entidad tal que implique la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”. Según la Corte, no existía causa contenciosa pues no se había acreditado una “lesión de derechos [por] actos aún en ciernes” (consider. 7º).

(15) Cf. consid. 2º del voto de la mayoría de fundamentos en “Fernández...” (el destacado no es del original).

(16) Puede leerse la cita completa que hace la Corte en el consid. 3º del voto de la mayoría de fundamentos en “Fernández...”.

(17) Cf. consid. 4º del voto de la mayoría de fundamentos en “Fernández...”. La Corte citó, respectivamente, los precedentes “Alem”, Fallos 54:432 (1893); “Sofía”, Fallos 243:504 (1959) y “Pitto, Luis María”, Fallos 252:177 (1962).

(18) Arturo Frondizi fue presidente de la Nación entre los años 1958 y 1962. Sufrió varios planteos militares hasta que fue depuesto. Se negó a renunciar y por ello fue encarcelado por los militares. Se le atribuye una frase que se hizo célebre: “No renunciaré, no me suicidaré, no me iré del país”, en algunos registros históricos con variantes que no modifican el sentido del mensaje. Cf. ODENA, Isidro J., “Libertadores y desarrollis-

tas. 1955-1962”, en LUNA, Félix (dir.), *Memorial de la Patria*, Ed. La Bastilla, Buenos Aires, 1988, p. 358 y ss. Cf. “Relatos olvidados. A 40 años de un derrocamiento. Frondizi y los idus de marzo”, *La Nación*, 31/03/2002. El accionante en “Pitto” había recusado a los integrantes de la Corte Suprema pues ante ella prestó juramento en calidad de presidente de la Nación, José María Guido, quien hasta el momento del derrocamiento del presidente constitucional había sido presidente provisional del Senado y, en esa calidad, estaba en la línea sucesoria ante casos de acafealía. Vale la pena insistir, de acafealía constitucional.

(19) Cf. Consider. 5º del voto de la mayoría de fundamentos en “Fernández...”.

(20) Cf. *Ibid.*, consid. 8º.

(21) Cf. *Ibid.*, consid. 9º.

(22) Cf. *Ibid.*, consid. 11 y 12. La sentencia en “Cullen” es citada como el fallo que elaboró la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables en el procedimiento de sanción de leyes, en Argentina —en el caso de una ley de intervención federal— por ausencia de caso, agravio y partes adversas. Cf. “Cullen vs. Llerena”, Fallos 53:420 (1893). Por su lado, en “Thomas” se rechazó la inconstitucionalidad planteada por violación del debido proceso adjetivo en la sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Cf. “Thomas, Enrique c. ENA s/amparo”, Fallos 333:1023 (2010). De haber prosperado el planteo de inconstitucionalidad se habría afectado la totalidad de la ley.

resquicio para el eventual control judicial del proceso de sanción de leyes (23).

Por fin, y luego de ese desarrollo argumentativo que no era necesario para rechazar la presentación, la Corte concluyó en que el hecho de llevar a cabo las sesiones del Senado en forma remota constituía una atribución propia de la Cámara referida a “la instrumentación de las condiciones para crear la ley”. Regresando a un *obiter*, sostuvo que “la posibilidad de que el Senado sesione de manera remota no interfiere con el modo en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones” pues “ninguna de [sus normas] veta la posibilidad de que las reuniones se lleven a cabo de forma remota” (24). He ahí la respuesta que fue a buscar la presentante y que la Corte satisfizo en plenitud, validando lo que ella misma entendió que era una facultad de la Cámara. Otra vez, interrogante atendido.

Así pues, el rechazo de la parte resolutive se mitigó, se suavizó con deferencia hacia la actora. Basta con reparar en dos expresiones de esa parte resolutive. Primero, el tribunal no dijo seguir el dictamen del procurador general interino —contundente en el rechazo por falta de caso y por ocurrir directamente en competencia originaria ante la Corte— y decidió “que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema, por lo cual se rechaza la acciones incoada” (25).

III. Una perspectiva distinta y una prevención muy oportuna en la concurrencia

En los resultandos iniciales, la concurrencia se refirió a los argumentos del procurador general interino acerca de que una decisión diferente al rechazo del planteo de la actora “importaría indefectiblemente una intromisión en las atribuciones propias del Senado de la Nación de determinar, con sustento en la normativa aplicable, el modo en que puede sesionar en estas circunstancias extraordinarias” (26). Es decir, que de transitar ese camino se pondría en riesgo las funciones que la Constitución asigna a cada Poder del Estado. Dicho de otra manera y en palabras de la concurrencia, se afectaría “la ‘división de poderes’ entre los departamentos del Estado, principio basal de la Constitución Argentina” (27).

Aunque enfatizando y siguiendo la doctrina clásica que mantuvieron todos los jueces en la sentencia acerca de la necesidad imperiosa de la existencia de “caso”, “controversia” y “partes adversas” para la habilitación de la instancia, podría afirmarse que este voto discurrió y encadenó otras consideraciones a fin de declarar la incompetencia de la Corte, según lo dispone el art. 117 de la CN.

En primer lugar, descartó la existencia de acto alguno —invocado y menos probado por la presentante— que obstruyera, limitara, restringiera o amenazara de forma seria e inminente la viabilidad de la sesión virtual o remota de la Cámara de Senadores. Dado que en “Fernández de Kirchner” el demandado genérico fue el Estado Nacional, la concurrencia puntualizó que ni el Poder Ejecutivo, ni la Cámara de Diputados, ni el Poder Judicial exhibieron

conductas concretas u omisiones que permitieran inferir alguna de aquellas interferencias.

En segundo término la concurrencia consideró que la “verdadera gravedad institucional” reiteradamente invocada por la actora en su presentación, no se originaba en el eventual impedimento de sancionar leyes tributarias —todavía no presentadas y que, en todo caso, deberían iniciarse por la Cámara de Diputados como manda la Constitución— sino en la imposibilidad del funcionamiento de una “institución irremplazable”, el Congreso de la Nación, afectando, si ello sucediera, el sistema republicano de gobierno (28). Admitida esa gravedad institucional, el voto recordó que ni aún en esas hipótesis la Corte prescindió de la exigencia de caso ni de competencia pertinente. En consecuencia, no quedaba más que rechazar la petición intentada (29).

No obstante y llegado a ese punto, el magistrado hizo mérito de lo que denominó —por cuatro veces en su voto— “principio de colaboración” entre poderes del Estado (30). Este principio, siguió la concurrencia, en “la inédita situación planteada como consecuencia de la proyección de la pandemia hacia la vida institucional del país amerita que el Tribunal formule algunas consideraciones adicionales” (31).

Adviértase que todo lo que se dirá en este voto, recordando los criterios jurisprudenciales de la Corte acerca de que: a) el Senado no solo puede sino que debe sesionar a fin de cumplir con su papel institucional; b) el trabajo no presencial del Congreso no está expresamente prohibido por la Constitución porque a los convencionales, originarios o reformadores, no podía pedírseles que imaginaran un futuro en que ello fuera posible desde las alternativas que provee la tecnología; c) la Constitución tiene todas las respuestas a las eventuales incertidumbres jurídicas que pudieran presentarse y d) corresponde al Senado —y no a la Corte Suprema— decidir si debe sesionar de modo presencial o no presencial y si, en este caso, debe interpretar el alcance de lo previsto en el Reglamento de la Cámara o en su defecto, reformarlo, será consecuencia de la grave situación sanitaria que conmueven las instituciones de la República.

Esas opciones tecnológicas que puede elegir la Cámara, según la concurrencia, se validan con una consideración más. La autonomía del Senado para dictar su reglamento y establecer el procedimiento legislativo tiene como consecuencia y a criterio del juez que su eventual revisión judicial, ante caso o controversia concreta, deberá realizarse con “particular restricción” (32). Ello, por cierto y conforme a este voto, “no implica avalar ni invalidar *a priori* ninguna norma futura que se sancione, presencial o no presencialmente” (33).

He ahí una reserva que formula el magistrado: la eventualidad del control a futuro, con la característica restringida que por otro lado exhibió la Corte a lo largo de jurisprudencia. Sin embargo, recordar la posibilidad de un eventual control ante la falta de los requisitos o de los presupuestos mínimos e indispensables que se exigen para la creación de la ley es muy oportuno porque podría suceder que los mecanismos tecnológicos, virtuales o remotos se malograrán e impedirían, por ejemplo, el debate legislativo, la emisión correcta de todos y

cada uno de los votos; en fin, que fracasara el ejercicio legítimo de la representación.

IV. El diseño de la Constitución: ¿poderes separados y colaborativos? Una lección sobre el papel de la justicia en circunstancias excepcionales

El principio de la división de poderes fue reiteradamente aludido en los diferentes votos que se emitieron en “Fernández de Kirchner” y en el dictamen del procurador general interino, a fin de discernir la respuesta que debía darse al planteo de la presentante (34). Sin duda, constituye un principio basal del sistema político, cuya preservación, tal como lo recordó la disidencia parcial, es trascendente y ello más allá de la denominación que en definitiva se adopte, porque parte de la doctrina entiende que debe denominarse “separación de poderes” o, mejor, “separación de funciones” (35).

El principio —que supone independencia de unos y otros— tiene peculiaridades en su aplicación por cada uno de los poderes del Estado. Ello implica que ejercen funciones exclusivas y también compartidas por disposición constitucional, como por ejemplo en el proceso de sanción de leyes por parte del Congreso y de promulgación, con la eventualidad de las observaciones totales o parciales que puede emitir el Poder Ejecutivo y hasta las de su promulgación parcial por parte del presidente de la Nación. A más de ello, la Constitución establece una serie de controles mutuos. Todo, a fin de evitar la concentración de las decisiones en desmedro de los derechos y las garantías constitucionales, lo que constituye el objetivo de la adopción del sistema republicano. Es un lugar común político y se conoce por la experiencia histórica: la tentación de conquistar todo el poder —*de ir por todo*— permanece y se actualiza con signos diversos a lo largo del tiempo.

Pero la cuestión resulta problemática cuando se trata de las funciones exclusivas que la Constitución atribuye a cada poder —que no desestima la armonización necesaria— y los riesgos de traspasarlas violentando, precisamente, la división de poderes. También en el orden federal, entre el gobierno de la federación y los gobiernos locales.

La disidencia parcial ha hecho mérito del principio —lo elevó a esa categoría— de colaboración interpodere y citó —para ilustrar el punto— dos precedentes de la Corte Suprema. Uno de ellos es el recaído en el caso “Lona”. En esta sentencia, el tribunal sostuvo que “aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales” (36). Pero en este conflicto se discernía si para interrumpir el desarrollo de un juicio político contra un magistrado judicial bastaba con que este presentara su renuncia —como el juez sostenía— o se requería que esa dimisión fuera aceptada por el presidente de la Nación. Al establecer la regla de la necesaria aceptación de la renuncia para que el juicio político finalizara, la Corte puso a la vez en cuestión —¿regañó?— al Poder Ejecutivo por la demora que evidenciaba para pronunciarse. En efecto, en el mismo con-

siderando citado por la concurrencia en “Fernández de Kirchner” el tribunal dijo que “no definir la situación institucional [del juez], su continuidad, vacancia, reemplazo, etc., no es inocuo, como fácilmente se comprende, en la marcha normal de la labor judicial. Si se aceptara que el Poder Ejecutivo puede manejar los tiempos de renuncia de un juez de la Nación, a su albedrío, se aceptaría convertir una facultad propia y no discrecional (como es la aceptación o no de la misma) en una herramienta política de *injerencia de un poder sobre otro*” (37). Diríamos que en este caso el principio de colaboración estuvo ausente.

La otra sentencia citada por la concurrencia —brevísima— se emitió en “Soria” y en esta se reiteró el principio enunciado en “Lona” acerca de que los poderes deben “asistirse, complementarse y controlarse entre sí”. Dicho lo cual, en el caso del atentado a la Embajada de Israel en el que, como bien señaló, el tribunal ejerce su competencia originaria y exclusiva, la Corte hizo saber a los legisladores que se presentaron ante ella que les agradecía “la colaboración que puedan brindar en cuanto a la aportación de pruebas” en esa causa “a lo que debe limitarse —por imperio constitucional, la asistencia ofrecida” (38).

Podría argüirse que los casos citados son diferentes. Que en el primero se puso de manifiesto la escasa colaboración prestada por el *otro* poder involucrado en la cuestión y que en el segundo se agradeció y limitó la colaboración ofrecida. Sin embargo, y a pesar de que —tal como se dijo en el comienzo de esta nota— en “Fernández de Kirchner” la solución era sencilla y solo cabía rechazar la presentación, estimo que del voto de la concurrencia emana una lección que trasciende la colaboración entre poderes.

Dos párrafos, a mi modo de ver, merecen especial atención por el foco puesto —con elegancia y sutileza— en las circunstancias en las que se interpuso la presentación y la estridencia que generó en unos y otros.

El juez Rosatti señaló “que distintos protagonistas de la escena nacional han colocado a la petición que se analiza —desbordando inclusive las previsiones del propio escrito de demanda— como una competencia entre los que quieren y los que no quieren que se sancione una ley de naturaleza tributaria que ni siquiera se ha presentado y cuyos términos —por lo tanto— se desconocen”. Por fin, aclaró que “nada de lo dicho deberá interpretarse en desmedro de nadie ni de la autoridad presentante, ni del oficialismo, ni de la oposición parlamentaria, ni de los analistas del derecho y/o la política, sino entenderse como una contribución institucional al inédito cuadro de situación que se atraviesa” (39).

Estas afirmaciones, me parece, son un ejercicio saludable de autoridad más que de poder a secas por parte de la judicatura en un país, como el nuestro, tan acostumbrado al discurso ríspido, sin matices y ofensivo. Con ellas invitó a la serenidad social y al respeto a las disidencias; desestimó el maltrato institucional como práctica política y, por ese camino, prestó una inestimable colaboración a la razonabilidad.

Cita online: AR/DOC/1795/2020

{ NOTAS }

(23) Cf. consid. 14 del voto de la mayoría de fundamentos en “Fernández...”.

(24) Cf. *Ibid.*, consid. 16 (el destacado es del original).

(25) Cf. *Ibid.*, consid. 18. Este rechazo minorado alegró a la actora y a sus asesores, según dejaron trascender.

(26) Cf. Resultando III de la concurrencia del juez Rosatti en “Fernández...”.

(27) Cf. consid. 4º de la concurrencia en “Fernández...”.

(28) Cf. *Ibid.*, consid. 7º y 8º.

(29) Cf. *Ibid.*, consid. 9º.

(30) Cf. *Ibid.*, consid. 10, 14 y 17.

(31) Cf. *Ibid.*, consid. 10.

(32) Cf. *Ibid.*, consid. 13.

(33) Cf. *Ibid.*, consid. 16.

(34) Cf. *Ibid.*, consid. 12 a 14; consid. 4º, 8º, 13 y 14 de la concurrencia y consid. 6º de la disidencia parcial en “Fernández...”.

(35) Bianchi, ha dedicado un libro en el que examinó el principio en el derecho comparado y en nuestro país. Cf. BIANCHI, Alberto, “La separación de poderes. Un estudio

desde el derecho comparado”, Ed. Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2029.

(36) Cf. consid. 12 de la mayoría relativa de fundamentos, integrada por los jueces Fernández, Belfer y Petra en “Lona, Ricardo s/pedido de enjuiciamiento” (Fallos 327:46, CS 1173.XXXIX [2004]). Debe decirse que en la concurrencia de los jueces Leal de Ibarra y Gallego Fedriani emergen expresiones similares sobre el punto, algo atenuadas. Cf. consid. 13 de este voto.

(37) Cf. consid. 12, 1º y 2º párrafo de la mayoría relativa

de fundamentos en “Lona...” (destacado agregado).

(38) Cf. consid. 1º y 2º de “Soria, Carlos E. s/presentación” (Fallos 319:2641 [1996]). Voto unánime de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez.

(39) Cf. consid. 16 y 17 de la concurrencia en “Fernández...”.

La judicialización de la política como causa y consecuencia

Adrián F. Ambroggio (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La judicialización de la política. Conceptualizaciones preliminares.— III. Causas y consecuencias del fallo “Fernández de Kirchner” de la Corte Suprema.— IV. Algunas conclusiones.

I. Introducción

La vicepresidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, en su condición de presidenta del Honorable Senado de la Nación Argentina, interpuso una acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com.

En su presentación⁽¹⁾, la actora arguyó un supuesto de gravedad institucional, provocado por la pandemia mundial del COVID-19 y el aislamiento social preventivo y obligatorio establecido a través de sendos decretos presidenciales.

El objeto de la pretensión de la demandante se circunscribía a consultar directamente a la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de llevar adelante las sesiones del Senado de forma virtual. En sus propias palabras, la acción procuraba que la Corte “despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del art. 30 del Reglamento de la H. Cámara de Senadores de la Nación en cuanto este establece que ‘Los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional’”.

El día 24/04/2020, la Corte Suprema dictó sentencia en autos “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”. En el fallo, el Máximo Tribunal rechazó por unanimidad la acción interpuesta por la vicepresidenta de la Nación, a través de un voto mayoritario suscripto por los jueces Lorenzetti, Maqueda y Highton, acompañados por el voto concurrente de Horacio Rosatti y la disidencia parcial del presidente de la Corte, Carlos Rosenkrantz.

Empero, tanto el voto mayoritario como el voto concurrente de Horacio Rosatti realizaron múltiples apreciaciones que podrían considerarse directamente relacionadas con el fondo de la cuestión, lo que ha provocado que la identificación y diferenciación precisa del *holding* y de los *obiter dicta* padezca de una certera opacidad. A continuación, efectuaremos algunas apreciaciones sobre las derivaciones jurídico-políticas del fallo analizado, que asumimos ampliamente conocido por los lectores.

II. La judicialización de la política. Conceptualizaciones preliminares

El fallo comentado puede ser encuadrado como un capítulo más de la saga de los procesos de judicialización de la política en Latinoa-

mérica. No obstante, por la singularidad de los actores involucrados —una de las Cámaras integrantes de un poder del Estado, el Senado de la Nación, y el Máximo Tribunal de otro poder del Estado, la Corte Suprema—, por discurrir el caso sobre la puesta en funcionamiento del órgano democrático por excelencia —el Congreso de la Nación— y, finalmente, por el inédito contexto de pandemia mundial desatada por el virus COVID-19, es factible afirmar que estamos ante la presencia de un caso de judicialización de la mega-política, concepto que desarrollaremos *infra*.

Así pues, puede definirse al fenómeno de la judicialización de la política como “la confianza en los tribunales y en las formas y métodos judiciales para abordar los problemas morales fundamentales de la sociedad, cuestiones relacionadas con las políticas públicas y las controversias políticas. A través de los procesos de control de constitucionalidad, se somete a consideración de los jueces superiores de todo el mundo a la resolución de una serie amplia de cuestiones, desde el alcance de la libertad de expresión, las libertades religiosas, el derecho a la igualdad, el derecho a la privacidad y las libertades reproductivas hasta temas relacionados con las políticas públicas en materia penal, propiedad, comercio, a la educación, inmigración, el trabajo y la protección ambiental”⁽²⁾.

En la misma dirección, pero con ciertos matices, Sieder, Schjolden y Angell sostienen, en opinión que compartimos, que la judicialización identificada solo en alusión al control judicial de los actos de los poderes públicos representa una sesgada perspectiva en la mirada sobre la judicialización de la política, siendo necesario indagar en una perspectiva más amplia del concepto, que “incluye la presencia cada vez mayor de los procesos judiciales y de los fallos de los tribunales en la vida política y social, y la creciente resolución en los tribunales de los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad. Esto, a su vez, está ligado a un proceso mediante el cual una gama diversa de actores políticos y sociales percibe cada vez más la ventaja de invocar estrategias legales y recurrir a los tribunales para hacer valer sus intereses”⁽³⁾.

En otras palabras, la judicialización de la política implica, como rasgo general, *una propensión social a someter diversos asuntos privados y públicos a las formas y métodos judiciales y, correlativamente a dicha dinámica colectiva, la vocación institucional de los jueces de asumirse como sujetos dirimientes de aquellos asuntos*.

Según comprendemos, la judicialización de la política no se reduce a la sola sustracción

de competencias de los poderes políticos por parte del Poder Judicial, sino que tal concepto engloba una serie de procesos con fronteras dinámicas entre sí, superadores de una visión netamente funcional de las instituciones del Estado —*lo político gubernamental*—. Deben adicionarse al panorama los puntos de vista relativos a una perspectiva centrada en las conductas de la comunidad en relación con lo judicial —*lo sociológico*— y la perspectiva focalizada en la mega-política, es decir, las cuestiones políticas fundamentales de un Estado y el núcleo central de principios y valores —*lo político estructural*— y, a la par, los procesos de construcción del Poder y el rol de la justicia en dicho campo —*lo político agonial*—.

La presente indagación teórica, si bien admite puntos de contacto con el debate acerca de las *cuestiones políticas no justiciables*, se convierte en superadora de esta disputa, por su enfoque multidimensional, que pretende analizar la mayor judicialización de las cuestiones políticas con relación a una perspectiva integral del fenómeno, incluyendo la dimensión sociológica y la axiológica, en contraposición al mero análisis normativo vinculado a determinar si algunas atribuciones del Poder Ejecutivo y/o Legislativo se encuentran exentas del control judicial.

De ese modo, Ferejohn expresa que pueden distinguirse al menos tres modalidades en las cuales el Poder Judicial ha asumido nuevos e importantes roles, luego de la Segunda Guerra Mundial. En primer lugar, las cortes se han considerado a sí mismas como idóneas para limitar y regular el poder del Poder Legislativo, incrementando, a la vez, los deseos de efectuar el control a la actividad legislativa, no solo en términos formales, sino sustancialmente. En segundo lugar, los tribunales han expandido las áreas en las que efectúan intervenciones sustantivas. Finalmente, en tercer lugar, los jueces han incrementado su disposición a regular su propia actividad política con relación al Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el propio electorado, construyendo y aplicando estándares políticos de comportamiento aceptables para los grupos de interés, partidos políticos y funcionarios públicos⁽⁴⁾.

La diversidad de campos en los que se desarrolla el fenómeno de la judicialización de la política ha llevado a algunos autores a intentar una desagregación del concepto, transitando desde una definición amplia, *lato sensu*, hacia una definición estricta de tal fenómeno. En tal norte, Noretto propone una perspectiva analítica del proceso de judicialización de la política, sustentado en la distinción entre cuatro tipos de prácticas políticas específicas que resultan alcanzadas por la judicialización, a saber: 1) la canalización de las demandas sociales, 2) el debate público, 3) la legislación y 4) el gobierno⁽⁵⁾.

Esa valiosa propuesta resulta similar a la categorización propuesta por Ran Hirschl, que deconstruye el fenómeno de la judicialización de la política en tres procesos interdependien-

tes entre sí, empero, de características asimétricas y que transitan en planos yuxtapuestos: el plano del discurso político, el plano del diseño de las políticas públicas y el plano de la megapolítica, que será la tipificación que preferiremos en este trabajo, debido a que logra, a nuestro criterio, formar un sólido marco teórico para una correcta desambiguación conceptual. Describiremos dichos planos brevemente.

II.1. La judicialización del discurso público

En el *plano del discurso político* o discurso del poder, se observa una ascendente influencia de los institutos del derecho y la semántica judicial. Esta influencia ha sido definida como el proceso por el cual los foros de negociación no judicial y toma de decisiones llegan a ser dominados por normas y procedimientos legalistas⁽⁶⁾.

Como manifiesta O'Donnell, ello está íntimamente relacionado con el grado ascendente en que las relaciones sociales, que antes se dejaban a una regulación autónoma o informal, se entretienen mediante normas legales formales⁽⁷⁾.

Esta identificación progresiva del discurso político con el discurso jurídico no representa una mera casualidad, sino que, como acertadamente sostiene Entelman al respecto: “el discurso jurídico se hace cargo de ser el discurso del poder, pero no porque tiene que vérselas con las normas que atribuyen los poderes o con las mencionadas normativas de los hombres transformados en sujetos de derecho, sino porque es el discurso cuyo propio proceso de producción consiste en la expresión de los lugares de la trama del poder establecido en y por las prácticas sociales. Las reglas de producción del discurso jurídico son reglas de designación. Ellas individualizan a quienes están en condiciones de ‘decir’ el derecho. En el discurso jurídico se muestra lo que se muestra y se dice lo que se dice para ocultar lo que se quiere ocultar y callar lo que se quiere callar”⁽⁸⁾.

La judicialización del discurso político provoca que la mayoría de los ciudadanos haya incorporado a su léxico cotidiano nociones que antaño eran propiedad exclusiva de la corporación de jueces y abogados. Empero, el lenguaje jurídico continúa siendo ininteligible para el lego, tanto por su extrema formalidad como por la vaguedad del lenguaje común, por el grado de abstracción inherente a la forma de escribir de los operadores del derecho y por el empleo de latinismos y aforismos forenses. Tales características, en ocasiones, atentan contra la claridad y la sencillez del discurso jurídico y dificultan su comprensión por la población en su conjunto.

Como paliativo del mencionado panorama, últimamente en nuestro país, a través de diversas iniciativas legislativas⁽⁹⁾, se ha propuesto la utilización de un lenguaje sencillo en la redacción de las normas jurídicas y sentencias judiciales, teniendo en consideración las

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
 (*) Abogado (UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Especialista en Derecho de Trabajo de la Universidad Nacional del Comahue. Especialista en Finanzas y Derecho Tributario de la Universidad de Belgrano. Profesor Adjunto Regular de Derecho Constitucional Cátedra II de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

(1) El texto completo de la acción declarativa de certeza se encuentra disponible *online* en la web <https://www.se-nado.gov.ar/upload/33156.pdf>.

(2) HIRSCHL, Ran, “Judicialization of politics”, en WHITTINGTON, K. - KELEMEN, R. - CALDEIRA, G.,

The Oxford handbook of law and politics, Ed. Oxford University Press, New York, 2008.

(3) SIEDER, Rachel - SCHJOLDEN, Line - ANGELL, Alan, “Introducción”, en SIEDER, R. y otros. (coords.), *La judicialización de la política en América Latina*, CIESAS - Universidad del Externado de Colombia, México, 2011, p. 19.

(4) FERREJOHN, John, “Judicializing politics, politicizing law”, *Law and Contemporary Problems*, nro. 3, vol. 65, Duke Law School, ps. 41-68.

(5) NOSETTO, Luciano, “Reflexiones teóricas sobre la judicialización de la política argentina”, *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, nro. 23, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacio-

nal del Litoral, Santa Fe, 2014.

(6) TATE, C. Neal - VALLINDER, Torbjorn (eds.), “The global expansion of judicial power”, New York University Press, 1995.

(7) O'DONNELL, Guillermo, “Epílogo”, en SIEDER, R. - SCHJOLDEN, L. - ANGELL, A. (coords.), *La judicialización de la política en América Latina*, ob. cit., p. 315.

(8) ENTELMAN, Ricardo, “Discurso normativo y organización del poder”, en MARÍ, Enrique E. y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed.

(9) Ejemplo de ello son la ley 27.146 de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal —que establece la obligación de expresarse en un

lenguaje claro y sencillo de manera que todos los que acudan a las audiencias puedan entender sus decisiones—; el Código Civil y Comercial de la Nación —que prescribe la precisión y la claridad como pautas para apreciar el valor probatorio de los instrumentos particulares (art. 319), para la declaración de voluntad o para la redacción precisa (arts. 972, 1103, 1379, 1820, 2223; art. 11, ley 19.550; art. 8º, ley 24.240)—; y el dec. 891/2017 —sobre buenas prácticas en materia de simplificación aplicables al funcionamiento del sector público nacional, y que dispuso que, a partir de su entrada en vigencia, las normas y regulaciones que se dicten en la Administración deben ser simples, claras, precisas y de fácil comprensión—.

cualidades y condiciones socioculturales de las partes del proceso. Ello, lejos de ser una utopía del legislador, se ha convertido en realidad en algunos fallos judiciales (10).

En suma, este *giro judicial de la política*, como destaca Martín, implica que “ciudadanos, organizaciones y corporaciones de la sociedad recurren a la justicia y al lenguaje del derecho para solucionar problemas que tradicionalmente resolvían en otras esferas y con otras prácticas y palabras. Crean e impugnan legislaciones, influyen en las decisiones de gobierno y ponen en movimiento una gramática jurídica a la que los mismos representantes políticos se pliegan en búsqueda de legitimación” (11).

II.2. La judicialización de las políticas públicas

En el plano del diseño de las políticas públicas se representa el segundo proceso de judicialización de la política, relacionado con el progresivo crecimiento de la participación de los magistrados en la determinación de las políticas públicas. Campos tan diversos como el alcance de la libertad de expresión, el derecho a la salud, las facultades regulatorias del Estado en materia de tarifas de servicios públicos, la protección del ambiente, el derecho de los contratos, la defensa de los derechos del consumidor, la política penitenciaria e, incluso, el derecho a la intimidad en tiempos de internet y redes sociales, o el alcance de las garantías procesales penales, son ejemplos de la expansión del involucramiento del Poder Judicial en áreas que tradicionalmente fueron competencia exclusiva de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

En efecto, si el primer proceso que hemos referido en el acápite anterior puede ser definido sintéticamente como *judicialización de las relaciones sociales*, este segundo aspecto puede describirse como *judicialización de las políticas estatales*.

La herramienta clásica de intervención en las políticas públicas por los magistrados ha sido (y continúa siendo) *el control de constitucionalidad*, posibilitando a determinados

jueces —en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado— o a todos los jueces —en los sistemas de control de constitucionalidad difuso— declarar la invalidez e inaplicabilidad de una norma o acto administrativo de los Poderes Legislativos o Ejecutivos, con diversos efectos según la clase de sistema de control de constitucionalidad de que se trate.

No obstante, en paralelo a la referida expansión de la intervención de los jueces nacionales en el diseño de las políticas públicas, lo verdaderamente interesante en este plano es la tendencia ascendente a la internacionalización del proceso de judicialización, implicando que cortes y tribunales internacionales participen en la formulación de las políticas públicas de los diversos Estados a lo largo del planeta.

Quizá, la evidencia más notoria de este proceso sea el sistema europeo de derechos humanos, con las sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, juntamente —en otro nivel de competencias y con otro ámbito de aplicación— con el papel que los Tratados de la Unión Europea le han otorgado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que a partir del caso “Simmenthal” inaugura el denominado “control de comunitariedad” (12). En ambos casos, se establece un tenso diálogo de los tribunales internacionales con los poderes públicos de los diferentes Estados, generando, en algunos casos, cambios profundos en las políticas públicas nacionales.

Con un desarrollo posterior, pero en idéntica dirección, y a pesar de los disímiles niveles de intensidad de los diversos países americanos, transcurre el proceso de internacionalización en América, a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las cuales han ido generando y consolidando la doctrina del control de convencionalidad.

Este instituto, probablemente el más novedoso de las primeras décadas de este siglo XXI en América, ha sido moldeado por la jurisprudencia de la Corte IDH, de manera tal que sus fronteras y ramificaciones sobre los

ordenamientos jurídicos nacionales se han ido ampliando rápidamente.

De este modo, no solo es obligación del Poder Judicial la ejecución del “control de convencionalidad”, sino que también este debe ser efectuado *de oficio* (13) *por jueces de todos los niveles* (14), *por cualquier autoridad pública* (15) *y con base en el texto de todos los tratados internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte* (16), extendiendo la eficacia interpretativa de la Corte IDH no solo en materia *contenciosa*, sino también en su faceta *consultiva* (17).

II.3. La judicialización de la mega-política

El tercer aspecto relativo al fenómeno de la judicialización de la política es el vinculado a la influencia creciente del Poder Judicial en la “mega-política”. Esta dimensión implica la participación de la justicia en el núcleo de cuestiones políticas que definen a la política *en sí misma*.

Como destaca Hirschl, la diferencia entre la judicialización de las políticas públicas y la judicialización de la mega-política resulta sutil, pero no menos importante, y radica fundamentalmente en una distinción cualitativa (18): mientras el segundo plano de la judicialización se refiere principalmente a cuestiones netamente gubernamentales y de administración, este tercer plano se refiere al núcleo central de principios y valores de una sociedad y las discusiones que definen a la nación misma, pudiendo abarcar desde los debates morales sustantivos que configuran la identidad nacional (19), los procesos electorales (20), las prerrogativas centrales de los poderes del Estado en materia de seguridad nacional (21) y asuntos exteriores (22), la justicia transicional (23) y la destitución por juicio político de altos funcionarios (24), hasta los temas relativos a las reformas constitucionales (25).

Sin embargo, la determinación de las fronteras entre el segundo plano y el tercer plano no siempre es una tarea sencilla, pues depende notablemente de los criterios que una sociedad adopte para la determinación de lo

políticamente importante y lo *políticamente coyuntural*.

Los tópicos relevantes para una específica nación no lo serán necesariamente para otras naciones. Por ejemplo, las decisiones judiciales que se adopten con respecto a la posesión y el control de armas de guerra en la Argentina no serán una cuestión de la mega-política, pero si esa decisión judicial se efectúa en los Estados Unidos de América, con certeza podríamos encuadrarla en un caso de judicialización de la mega-política.

III. Causas y consecuencias del fallo “Fernández de Kirchner” de la Corte Suprema

Paradójicamente, en el caso que analizamos, la judicialización de la política se desenvuelve de manera dialéctica, como la causa y el efecto de la presentación efectuada por la vicepresidenta de la Nación ante la Corte Suprema. En tal sentido, con relación a las motivaciones que motorizaron la interposición de la acción declarativa de certeza, la presidenta del Senado alega expresamente en su escrito (26) los riesgos atinentes a una hipotética judicialización.

En esa sintonía, se deja entrever que el futuro proyecto de Ley del Impuesto sobre las Grandes Riquezas podría quedar expuesto a presentaciones judiciales por los eventuales afectados por el tributo. Estas hipotéticas demandas utilizarían como argumento la supuesta inconstitucionalidad de la forma virtual en que se llevaría adelante la sesión.

Precisamente, este peligro de una judicialización por parte de los sectores económicos más privilegiados de la sociedad nos conduce a advertir uno de principales problemas conceptuales que atraviesan al fenómeno reseñado: la diversidad de sus orígenes.

En efecto, la judicialización no tiene orígenes homogéneos en cuanto a los grupos sociales involucrados (27), admitiéndose procesos de judicialización “desde arriba”, cuando son las élites sociales y políticas las que recurren a los tribunales para dirimir sus conflictos o

{ NOTAS }

(10) Un ejemplo de ello es la sentencia de la CTrab. Córdoba, sala IV, 20/04/2017, “R., C. J. R. c. V., C. d. C. y otro s/ ordinario - despido”, AR/JUR/37069/2017, voto unipersonal del Dr. Ángel Zunino. Allí, el magistrado redactó la parte resolutive en un lenguaje simple, a los efectos de su mejor comprensión por parte del trabajador. Meses antes, Alberto Domenech, juez en lo Civil de Villa María, Córdoba, dictó un fallo con el formato de lectura fácil en el que explica a una persona a la que le restringieron la capacidad los alcances de la sentencia: “De los papeles tuyos, y de tus cosas más importantes, se va a encargar tu papá, A. S. P., pero siempre te va a preguntar primero qué es lo que vos querés”, le detalló. En otro caso singular, la jueza de Familia de la localidad de El Bolsón, provincia de Río Negro, en un caso de cambio de apellido solicitado por un menor de 14 años, redactó la resolución judicial de forma comprensible para la edad del niño; así, la magistrada expresó: “Como [...] quiere ser tu papá y vos querés ser su hijo, el Juzgado va a hacer que esto suceda y a partir de ahora te vas a llamar [...] igual que tus hermanitos”.

(11) MARTÍN, Lucas, “Giro judicial y legitimidad pública en la política argentina”, en *Ciudadanía y legitimidad democrática en América Latina*, Ed. Prometeo, 2011.

(12) Véase, al respecto, CARNOTA, Walter, “Derecho de la integración y control de constitucionalidad”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.

(13) En el caso “Trabajadores Cesados del Congreso de Perú”, del 24/11/2006, la Corte IDH sostuvo que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupos-

tos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”. MIDÓN, Mario A. R., “Control de convencionalidad”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 1º ed.

(14) En el caso “Cabrera García”, la Corte IDH estableció que todos los jueces de todos los niveles tienen la obligación de efectuar control de convencionalidad. Ello ha provocado un interesante debate en los países que mantienen un sistema concentrado de control de constitucionalidad (v.gr.: Bolivia, Chile, Costa Rica, Paraguay, Honduras, El Salvador, Panamá y Uruguay), abriendo el interrogante sobre si un juez que carece de competencias para ejercer control de constitucionalidad puede no aplicar una norma de derecho interno en virtud del control de convencionalidad, si esta no ha sido declarada inconstitucional por el órgano que ejerce de forma concentrada el control de constitucionalidad. Respecto de las posturas sobre este tópico, véase PIZZOLO, Calogero, “Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., ps. 458-468.

(15) Corte IDH, 24/02/2011, “Gelman vs. Uruguay”. Criterio mantenido luego en “Rochac Hernández vs. El Salvador”, 14/10/2014, AR/JUR/99929/2011.

(16) Corte IDH, 20/11/2012, “Gudiel Álvarez vs. Guatemala”.

(17) En el marco de la Opinión Consultiva 21/14 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, la Corte IDH manifestó la necesidad de “que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’”.

(18) HIRSCHL, Ran, “The judicialization of mega-politics and the rise of political Courts”, *Annual Review of Poli-*

tical Science, vol. 11, 2008, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1138008>.

(19) Hirschl cita como ejemplo al respecto el trabajo desarrollado por la Corte Constitucional de Turquía para sostener el principio de laicidad en dicho país. Algunas de las decisiones del mencionado tribunal han sido elevadas, incluso, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En referencia a ello, véase MARTINEZ-TORRÓN, Javier, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Derecho y Religión*, nro. 4, 2009, ps. 87-110.

(20) Un caso paradigmático en tal sentido es “Bush vs. Gore”, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos, al detener los recuentos de votos que se estaban realizando en el Estado de la Florida, acabó decidiendo la elección presidencial del año 2000 a favor del candidato republicano George W. Bush por sobre el vicepresidente demócrata Al Gore.

(21) En tal sentido, la Corte Suprema de Israel dictaminó en 2004 sobre la constitucionalidad y la compatibilidad con el derecho internacional de la polémica barrera de Cisjordania que separa a Israel de Palestina.

(22) Un ejemplo de ello es la decisión de la Corte Suprema de Canadá sobre el caso “Operación Dismantle”, en el cual se cuestionó la posibilidad de que Estados Unidos lleve a cabo pruebas militares en territorio canadiense. La Corte Suprema de Canadá declaró el 09/05/1985 que las decisiones del gabinete federal están sujetas a control judicial en virtud del art. 32.1 de la Carta de Derechos y Libertades, pero que la decisión del gobierno no puede considerarse contraria a las obligaciones del Poder Ejecutivo.

(23) Piénsese, al respecto, en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de la Nación sobre los delitos de lesa humanidad, a partir de los casos “Arancibia Clavel, Enrique” (Fallos 327:2312) y “Simón, Julio H.” (Fallos 328:2056), entre otros. Actualmente, el rol de la Corte Constitucional de Colombia en la ratificación jurídica del proceso de acuerdos de paz entre el Estado colombiano y las FARC se encuadra en el presente supuesto.

(24) La Corte Constitucional de Corea del Sur, en el año 2017, confirmó la destitución de la presidenta Park Geun-hye. El art. 111 de la Constitución de Corea del Sur atribuye específicamente en su inc. 2º la competencia para intervenir en asuntos relacionados con los procesos de *impeachment*. Anteriormente, en el año 2004, el citado tribunal revocó la decisión de la Asamblea Nacional de Corea del Sur que había destituido al presidente Roh Moo-hyun y lo reinstaló en su cargo. Acerca de este particular caso, véase LEE, Youngjae, “Law, politics, and impeachment: the impeachment of Roh Moo-Hyun from a comparative constitutional perspective”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 53, 2005; *Fordham Law Legal Studies Research Paper*, nro. 97, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=604049>.

(25) Resulta obligada, en la Argentina, la cita a los fallos “Fayt” y “Schiffirin”, en los cuales la Corte Suprema ejerció un verdadero control de constitucionalidad de la reforma constitucional de 1994.

(26) En el acápite “Objeto” de la acción declarativa de certeza interpuesta por la vicepresidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner manifiesta: “Sin embargo, y pese a estar convencida de que en el marco de excepcionalidad descripto la sesión remota a través de medios electrónicos, en donde se garantice la identificación y la voluntad de los legisladores y legisladoras, como así también, el número establecido por el régimen de mayorías y minorías, es absolutamente válida, no puedo soslayar la historia reciente de la Argentina en cuanto a la existencia de maniobras de todo tipo —incluidas las judiciales— tendientes a impedir la aplicación de leyes que afecten intereses de grupos económicos. Así las ‘medidas cautelares’ y declaraciones de ‘inconstitucionalidad’ han estado a la orden del día, inclusive referidas a leyes sancionadas por este Congreso con mayorías ampliadas y calificadas por su diversidad”.

(27) SIEDER, Rachel - SCHJOLDEN, Line - ANGELL, Alan, “Introducción”, en SIEDER, R. y otros. (coord.), *La judicialización de la política en América Latina*, ob. cit., p. 19.

para imponer sus intereses a través de sentencias, incluso, en ocasiones, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de leyes que estiman contrarias a sus posiciones jurídicas o económicas y que han sido votadas por los poderes mayoritarios (28).

Se trata, en definitiva, de una lucha en la que “grupos sociopolíticos influyentes, temerosos de perder su control sobre el poder político pueden apoyar la judicialización de la megapolítica, el establecimiento del *judicial review* y el empoderamiento de los tribunales constitucionales, generalmente, como una maniobra de preservación de la hegemonía. Es más probable que tales grupos y sus representantes políticos apoyen la judicialización de los pilares centrales de una nación o cuestiones de identidad colectiva cuando su hegemonía, cosmovisiones y sus derechos a desproporcionados beneficios y ventajas están siendo desafiados cada vez más en las arenas mayoritarias de toma de decisiones” (29).

En oposición, los procesos de judicialización “desde abajo” ocurren cuando son los sectores populares y de clase media los que, a través de movilizaciones legales, impulsan a la justicia a fallar a favor de sus intereses, creando nuevos derechos a partir de la interpretación de la Constitución o haciendo cumplir los existentes. Epp define con precisión estos movimientos, en el sentido de que “los derechos no son regalos: se ganan a través de la acción colectiva concertada de una sociedad civil enérgica y el subsidio público. Las revoluciones de los derechos se originan en la presión desde abajo de la sociedad civil, no en el liderazgo desde arriba” (30).

En síntesis, uno de los fundamentos expuestos en la acción declarativa de certeza es evitar el impulso de procesos de judicialización “desde arriba” que afecten la vigencia y validez de leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, aduciendo, como argumento aparente, ciertas razones formales del tratamiento de la ley —la no presencialidad de las sesiones—. Ello, en el razonamiento de la actora, solo configuraría una mera pantalla para ocultar lo que, en rigor de verdad, se configura como una defensa de los intereses económicos de sectores privilegiados de la sociedad.

En tal línea, este riesgo latente que advierte la presidenta del Senado grafica con claridad una de las consecuencias del fenómeno de judicialización de la política: *la alteración del comportamiento de los poderes políticos*. De este modo, quienes ostentan cargos con responsabilidad política deberán incorporar a sus prácticas políticas, en el marco de las instancias de debate público, la previsión de cuál será la reacción judicial. Ello provoca una expansión global del fenómeno que anticipara Alexis de Tocqueville con relación a la política estadounidense: *toda cuestión política se convierte, tarde o temprano, en una cuestión judicial* (31).

{ NOTAS }

(28) Un claro ejemplo de ello es el famoso caso “Grupo Clarín”, en el cual el grupo multimédios más relevante de la República Argentina interpuso sendas acciones judiciales con el fin de sustraerse al cumplimiento de la Ley de Comunicación de Servicios Audiovisuales, la cual había sido sancionada por el Congreso de la Nación luego de un importante debate previo por parte de todos los actores.

(29) HIRSCHL, Ran, “Constitutional Courts vs. religious fundamentalism: three Middle Eastern tales”, *Texas Law Review*, *Forthcoming*; U. Toronto, *Public Law Research Paper*, nro. 04-08, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=557601>.

(30) El jurista norteamericano Charles Epp desarrolla agudamente el concepto de “revolución de los derechos” por el cual, a través de la movilización legal, los Tribunales Supremos crean nuevos derechos a partir de la reinterpretación de la Constitución. *In extenso* véase EPP, Charles, “The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective”, University of Chicago Press, 1998.

(31) DE TOCQUEVILLE, Alexis, “La democracia en

Con relación a este último tópico, debe señalarse que en ciertas ocasiones los poderes políticos dejan librada al criterio de los jueces la resolución de conflictos sociales de alta envergadura o la decisión final sobre políticas públicas controvertidas. Como se ha afirmado finamente, sería realmente ingenuo pensar que este proceso de judicialización no transcurre con, al menos, la adhesión implícita de los poderes políticos (32).

Esta concesión voluntaria de potestades desde los Poderes Legislativo y Ejecutivo hacia el Poder Judicial no resulta una irreflexiva defeción de competencias interpodere, sino que, por el contrario, se trata de una acción deliberada con el objeto de evitar las eventuales consecuencias políticas y electorales de asumir decisiones en contextos de polarización ideológica y cultural, derivando la responsabilidad hacia órganos que no se encuentran directamente bajo el control del juego de la democracia ni deben exponer la continuidad de sus cargos en comicio alguno.

Empero, quizás lo distintivo del caso que nos ocupa es la nitidez en la cual se expone esta traslación de competencias de un poder político —el Senado— a favor del poder de los jueces —la Corte Suprema—. Si, en ciertos casos, esa derivación de competencias es un acto por omisión de los Poderes Legislativos y Ejecutivos (33), aquí se presenta como un acto por acción.

En el caso, no se decide la quietud y la parsimonia, no se necesita que exista un impulso externo al poder político para activar el poder de los jueces, sino que el mismo poder político, asumiendo como un hecho la judicialización de la política, acude al Poder Judicial para que este determine cómo debe ser el funcionamiento interno del Senado. De esta forma, procura adelantarse a los hechos, evitar la multiplicidad de instancias jurisdiccionales y acortar los extensos tiempos en los que, en general, se movilizan los procesos judiciales.

Ahora bien, la lectura atenta del fallo de la Corte nos permite visualizar tres respuestas al planteo efectuado por la presidenta de la Honorable Cámara de Senadores.

La primera, aunque en el fallo sea la última, es la ofrecida por el presidente de la Corte, Carlos Rosenkrantz, quien decide no entrar a jugar el juego propuesto por la vicepresidente de la Nación y propone el rechazo *in limine* de la acción, aduciendo ciertos motivos técnicos —*inexistencia de caso, ausencia de supuestos que habiliten la competencia originaria, inexistencia de los requisitos de procedencia de la acción declarativa de certeza*—, que no serán objeto de tratamiento del presente trabajo, pues son ampliamente conocidos por la comunidad jurídica y, con seguridad, otros trabajos dedicarán sus páginas al análisis de dichos argumentos.

América”, Ed. Trotta, Madrid, 2010.

(32) HIRSCHL, Ran, “The judicialization of megapolitics...”, ob. cit.

(33) La movilidad jubilatoria en la Argentina es un claro ejemplo de una omisión legislativa subsanada a través del Poder Judicial. Como es sabido, a partir de los fallos “Badaro I” y “Badaro II” de la Corte Suprema se desató una ola de reclamos judiciales solicitando el reajuste de los haberes jubilatorios. Tanto el Poder Ejecutivo, a través de la ANSeS, como el Poder Legislativo omitieron durante años ajustar las fórmulas de actualización de haberes y otorgar una solución general al problema. Así, el Estado Nacional prefirió afrontar miles de juicios, los cuales se abonarían, lógicamente, luego de varios años e instancias judiciales. Sobre los casos “Badaro” véase: ALICE, Beatriz L., “La movilidad de los haberes jubilatorios y pensionarios. Reflexiones en torno al caso ‘Badaro’”, LA LEY, 2007-A, 73; ROBLEDO, Néstor, “El caso ‘Badaro’. ¿La Corte Suprema va hacia un nuevo rol institucional?”, LA LEY, 2007-A, 240, entre otros trabajos sobre el tema.

(34) Incluso, la parte resolutoria de la sentencia expre-

La segunda respuesta es la que forma mayoría y la que se convierte en definitiva en la decisión de la Corte. Allí, en ese voto mayoritario, los jueces Lorenzetti, Maqueda y Highton resuelven el rechazo de la acción declarativa de certeza, pero utilizan para justificar su resolución una trama argumental que se sostiene, precisamente, en la respuesta jurídica a la pregunta efectuada por el Senado.

Por ello, a pesar de que la parte resolutoria nos indica un rechazo formal de la acción, si efectuamos el ejercicio de comparar el objeto de la presentación impetrada por el Senado —¿Es constitucional que el Senado decida sesionar *virtualmente*?— con lo afirmado expresamente por la Corte Suprema —*Sí, es constitucional que el Senado decida la forma en la cual va a sesionar*—, podemos afirmar que la pretensión del demandante obtuvo respuesta favorable (34).

La tercera respuesta la hallamos en el voto concurrente del Dr. Horacio Rosatti, quien exhibe sus propias consideraciones y expone la parte resolutoria de modo diferente al voto mayoritario. Ciertamente, el voto merece un análisis particular en la tónica que le hemos impreso a este trabajo, pues si el voto de la mayoría prefirió abordar tangencialmente los puntos de contacto entre la justicia y la política, Rosatti los manifiesta sin opacidad alguna.

En consecuencia, luego de realizar una extensa serie de consideraciones jurídicas, con cita a la jurisprudencia de la Corte sobre los tópicos “legitimidad”, “caso justiciable”, “intervención en casos contenciosos y no meramente consultivos”, “gravedad institucional” y “competencia originaria de la Corte Suprema”, efectúa una serie de apreciaciones jurídicas y políticas, sustentadas en razón del principio de colaboración interpodere (35).

Así, en una interpretación dinámica de la Constitución, afirma que, si bien la Norma Suprema no previó el funcionamiento no presencial de las sesiones, de ello no se deriva su inconstitucionalidad, puesto que “no podría pedírsele a los constituyentes (originarios o reformadores), que imaginaran un futuro (o este futuro) tecnológico, respectivamente. La ausencia de normas para atender a situaciones actuales, pero inexistentes al momento de sancionarse la Constitución (o de reformarse), no convierte a las soluciones posibles en inconstitucionales, sino que exige un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son compatibles o no son compatibles con el espíritu del texto constitucional, siendo de suma significación considerar, además, de la letra de las normas, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad” (36).

Empero, más allá de sus valiosas opiniones jurídicas sobre el caso planteado por la presidenta del Senado, lo que resalta del voto concurrente del juez Rosatti es su alegación nfi-

damente política en los consid. 16 y 17. De ese modo, lejos de expresiones tangenciales, solapadas e indirectas, el mencionado magistrado coloca a la luz aquellas motivaciones de la presentante que detalláramos *supra*, expresando al respecto que “no escapa a la consideración de este tribunal que distintos protagonistas de la escena nacional han colocado a la petición que se analiza —desbordando inclusive las previsiones del propio escrito de demanda— como una competencia entre los que quieren y los que no quieren que se sancione una ley de naturaleza tributaria que ni siquiera se ha presentado y cuyos términos —por lo tanto— se desconocen”.

De igual forma, advierte aquella pulsión del poder político de trasladar asuntos de su propia competencia hacia los estrados judiciales y propone una suerte de no judicialización de la política (37), instando a los poderes políticos a que el debate ideológico no sea trasladado “desde el lugar en el que debe darse (el Parlamento) hacia el lugar donde no debe darse (el Poder Judicial)” (38).

IV. Algunas conclusiones

Nos encontramos ante la paradoja de un caso de judicialización de la mega-política, planteado precisamente para evitar supuestas consecuencias disvaliosas de la judicialización de la política. Ello nos conduce a reflexionar si es posible admitir la existencia simultánea de formas de judicialización de la política con las que estemos de acuerdo y formas con las que estemos en desacuerdo.

En efecto, probablemente existan múltiples situaciones que nos generan *a priori* estar *de acuerdo* con la judicialización de la política. Ejemplo de ello es la grata intervención del Poder Judicial al garantizar el derecho a la salud en la Argentina a través de la acción de amparo, al proteger el derecho a un ambiente sano, al ampliar los derechos de las minorías y al defender los derechos de trabajadores, consumidores y usuarios.

Por el contrario, en otras ocasiones la judicialización nos causa una sensación de estar *en desacuerdo*, cuando el Poder Judicial impone su poder para garantizarse privilegios impositivos, cuando utiliza el *timing* jurisdiccional para acelerar o frenar procesos judiciales en curso según la conveniencia electoral del momento, cuando decide sobre acciones privadas de las personas, las decisiones reproductivas o las decisiones sobre el proyecto de vida y, finalmente, cuando promueve la criminalización de la protesta, entre otras decisiones objetables de la magistratura.

Creemos que la judicialización de la política no solo entrafía un problema para los poderes políticos, sino que también resulta peligrosa para la propia judicatura. Al respecto, Loewenstein ha señalado que los detentadores

sa taxativamente: “se resuelve que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio Reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada”.

(35) Para fundamentar este principio de colaboración interpodere, Rosatti efectúa una cita extraída de los fallos “Lona, Ricardo” (Fallos 327:46) y “Soria, Carlos E.” (Fallos 319:2641), la cual reza: “aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales”.

(36) Consid. 11 del voto concurrente del juez Horacio Rosatti.

(37) Si bien en el fallo en cuestión no se menciona específicamente el concepto “judicialización de la política”,

este no resulta ajeno a la jurisprudencia de la Corte y en particular a los votos de Horacio Rosatti. En autos “Unión Cívica Radical - Distrito La Rioja y otro s/ acción de amparo” (Fallos 342:1) se afirma: “Cuando se advierte desde distintos sectores acerca de los peligros de la judicialización de la política, es necesario recordar que los tribunales de justicia no actúan por propia iniciativa sino que son llamados a decidir por los propios actores de la política, quienes son en definitiva —como representantes de la voluntad popular— los que tienen la llave para requerir (o no requerir) y —en cualquier caso— en qué medida, respuestas judiciales a sus inquietudes” (voto de los jueces Lorenzetti y Rosatti).

(38) Para sostener su posición, Rosatti, en el mencionado consid. 16 de su voto, recurre a una cita del juez Félix Frankfurter de la Suprema Corte de los EE.UU., la cual reza, en inglés: “*To fight out the wise use of legislative authority in the forum of public opinion and before legislative assemblies, rather than to transfer such a contest to the judicial arena, serves to vindicate the self-confidence of a free people*”. SC Estados Unidos, “*Minersville School District vs. Gobitis*”, 310 US 586 (1940), juez Félix Frankfurter.

del poder, políticamente responsables —gobiernos y parlamentos—, están inclinados a llevar ante los tribunales conflictos políticos. En contrapartida, los jueces pueden estar ante la tentación de sustituir las decisiones de los detentadores del poder por sus propias decisiones políticas, camuflándolas bajo el ro-

{ NOTAS }

(39) LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, Madrid, 2018, p. 294.

paje de una sentencia judicial, convirtiendo a la democracia en una *judiciocracia* (39).

Las vigentes constituciones, sobre todo la Constitución de la Nación Argentina, no han adaptado sus estructuras judiciales al nuevo rol que los jueces despliegan en la actualidad, lo que complejiza el problema, ya que las novedosas y múltiples funciones judiciales se sustentan sobre antiguos paradigmas jurisdiccionales, sin que los propios protagonistas —los jueces— sepan con claridad hasta dónde lleguen sus límites institucionales.

De esa forma, la delimitación de las fronteras de las funciones asignadas a los jueces queda librada a la propia interpretación de cada magistrado, lo que genera una notable inequidad en el tratamiento de similares tópicos, afectando el principio de igualdad, piedra basal del sistema democrático.

En síntesis, consideramos que el fenómeno de judicialización de la política, con el cual a veces estaremos de acuerdo y en otras ocasiones en desacuerdo, demuestra una deficiencia del propio sistema constitucional en su con-

junto, por lo que es necesario repensar las formas en que el Poder Judicial se relaciona con los poderes políticos. Ello evitará que los jueces, incluso los de la Corte Suprema —como en el caso que analizamos—, deban forzar con artilugios interpretativos y dialécticos las reglas y atribuciones que la propia Constitución les asigna en materia de competencia y jurisdicción.

Cita on line: AR/DOC/1738/2020

Sesión remota vs. sesión presencial... y una Corte que inaugura la acción consultiva de determinación de incumbencia

Roberto J. Boico (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La resolución de la Corte.— III. Reflexiones y un nuevo instituto del derecho procesal constitucional.

I. Introducción

La encrucijada exhibida a partir del planteo “sesión remota” o “sesión presencial” en el Congreso mereció varios pronósticos. Los enrolados en intereses exclusivamente académicos, sin dejar de ponderar sus particulares visiones acerca del mundo y del Derecho constitucional, fueron sumamente críticos a una pretensión judicial que acusaron de “consultiva”, carente de “caso” en los términos del art. 116 de la Constitución, y sin soporte para incitar la jurisdicción originaria del tribunal. Obviamente sus mociones estuvieron mediadas por un derrotero jurisprudencial de la Corte medianamente estandarizado y emplearon argumentos relativamente aceptables para censurar la propuesta llevada a los estrados; y hasta algunos reconocidos profesores, un tanto fanatizados políticamente, objetaron las “reales” intenciones que motivaron el ejercicio de la pretensión. Otros, en cambio, examinaron sus posibles resultados desde el prisma de la política y estimaron la inconveniencia de dotar a la Corte de un arbitraje político que no tendría razón de ser, a cuenta del desprestigio del tribunal; incluso vaticinaron que cualquier resultado judicial compondría un escenario de derrota política para el partido gobernante. Finalmente, otros creyeron leer que cualquier resultado era una victoria política, ya que una Corte contraria a permitir sesiones remotas impediría la gestión de gobierno; una Corte favorable a la permisión de habilitar sesiones remotas importaría, quizás, una aceptación de la sustancia de lo que se quiere debatir acerca del impuesto excepcional a la riqueza; y una Corte que no aceptara su competencia dejaba el camino despejado para la articulación de un recinto virtual y de algún modo inmunizaría

futuras objeciones formales que no transitarán por buen sendero.

Bien, el derrotero ulterior a la promoción del litigio fue el dictamen del procurador subrogante, que por la obviedad de su posición no amerita —académicamente hablando— detenerse en él. Y por fin la Corte decidió, a mi criterio, con una pizca de originalidad que exige una reflexión. No repetiré aquí aspectos consolidados de lo que se conoce por “caso” en los términos del art. 116 de la CN para habilitar la jurisdicción de un tribunal conforme nuestra arquitectura constitucional, ni lo que constituye doctrina afianzada respecto de los litigios que concitan la competencia originaria de la Corte, bastando una lectura de la enjundiosa revista jurisprudencial que exhibe el pronunciamiento, ni la imposibilidad de revisar las esferas exclusivas de competencias de otro (1), más allá de las excepciones que también reseña el fallo (2). En cambio, me veo forzado a examinar las implicancias de una nueva auto-comprensión funcional que hace la Corte de sí, que incluso se autodenomina por allí como *tribunal constitucional*, aunque técnicamente no lo sea, y un escenario inexplorado del tribunal como órgano “colaborador” u “orientador” para la clarificación de aspectos constitucionales problemáticos bajo excepcionales circunstancias.

II. La resolución de la Corte

En apretada síntesis, la Corte reconoce el contexto absolutamente extraordinario en el que se inscribe la acción que inició la vicepresidente con propósitos de concitar un pronunciamiento acerca de la autorización de una sesión virtual o remota. De allí que su de-

rotero argumental se orientará a precisar las consabidas reglas de admisibilidad de las acciones declarativas de certeza, quizás la única que suministra el ordenamiento adjetivo para echar manos a una pretensión de tal linaje; y, seguidamente, por cierto, lo más interesante a mi interés académico: las funciones de la Corte como tribunal de justicia y Poder del Estado. Allí centraremos la atención.

Respecto de las acciones declarativas, y de la necesaria existencia de “caso”, la Corte recordó que en “Barrick” (3) se dijo, en el marco de una inveterada doctrina, que sus pronunciamientos se encuentran condicionados a la presentación de casos justificables (4). Esta condición se configura cuando concurren dos recaudos: 1) tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; 2) la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial. Y para el aquí sometido a decisión dijo “que este procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa”.

Francamente parecía difícil sortear una doctrina semejante, máxime cuando del texto de la demanda no se advertía claramente quién podría asumir el rol de contradictor procesal en este contexto, pues el Estado como órgano de derecho público no podía ser autodemandaado por otro de los suyos para sortear escollos presuntamente invalidantes del ejercicio de una función; y, en todo caso, si alguno de ellos (órganos del Estado) estimara que una norma imposibilita ejercer una prerrogativa de estirpe constitucional, bastaría desplazar su aplicación al caso que lo demandó (5). Estas acotaciones solo exhiben que la pretensión incoada giró en derredor de una auténtica *petición de permiso* para ejercer una alternativa reglamentaria que podría, en el futuro, acopiar cuestionamientos procedimen-

tales de opositores y presuntos damnificados por el dispositivo legal a sancionarse, extremo que ahora parece desvanecerse. Es cierto, entonces, que la pretensión procesal *tuvo auténticas motivaciones consultivas*; y en el contexto en que nos encontramos difícilmente permita explorar al demandante otra canalización procedimental. Pero la audacia de la presentación da cuenta de algo recurrente en la historia de la jurisprudencia e incluso de la disciplina del derecho; y esto es que, en la medida que el material jurídico resulta innegablemente sustraído a la solución unánime, sencilla y entregada de modo pacífico y neutral al intérprete, justamente porque el escenario mismo donde transcurre lo social no admite anticipaciones irrecusables, las originalidades emergen de vez en cuando en el Derecho constitucional. El tribunal lo advierte, con distintas palabras, cuando dice que “la historia contemporánea del Derecho demuestra que los aciertos —y los errores— en la construcción del moderno Estado constitucional responden muchas veces a la capacidad —o falta de ella— de los más altos tribunales constitucionales *en receptor y traducir imperiosas demandas en contextos históricos cambiantes y a veces, también, imprevisibles*”. Y lo demuestra al reproducir aquellos precedentes fundacionales que marcaron hitos en la jurisprudencia, tales como “Sojo” (6) (Fallos 32:120), inaugurando el control de constitucionalidad, “Rey c. Rocha” (7), donde la Corte fija un nuevo extremo de admisión en materia de recurso extraordinario al revisar las sentencias arbitrarias desprovistas de todo apoyo legal, pese a no estar legislado en la ley 48 tal supuesto; “Siri” (8) y “Kot” (9), habilitando la acción constitucional de amparo frente a la violación de derechos constitucionales distintos al hábeas corpus; “Ekmekdjian” (10), dando lugar al derecho a réplica y lo que luego sería la doctrina del derecho internacional en la Constitución Nacional; “Halabi” (11), donde estableció los parámetros de la acción colectiva ante la falta de regulación por parte del Congreso del art. 43 de la Constitución; y en “F.A.L.” (12), estableció que no resulta punible

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Profesor regular ordinario por concurso de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex juez de la Cámara Federal de Casación Penal.

(1) La Corte brindó un amplio panorama de la doctrina merced a la cual se abstuvo: 1) de revisar el procedimiento de sanción de una ley que declaró la intervención federal de una provincia, ya que no podían contestarse las facultades legislativas para decidir sobre “la forma de sus deliberaciones” (“Cullen”, Fallos 53:420); 2) de revisar el procedimiento de deliberación y sanción de leyes tributarias (“Compañía Azucarera”, Fallos 141:271 y “Petrus”, Fallos 210:855); 3) de revisar la facultad del PEN de nombrar y remover a los empleados de su administración (“Ávila Posse”, Fallos 254:43); 4) la legalidad de la composición del Congreso (“Varela”, Fallos 23:257); 5) revisar las causas de destitución de juicio político (“Nicosia”, Fallos 316:2940, y “Brusa”, Fallos 326:4816); 6) de revisar el jui-

cio que cada Cámara del Poder Legislativo efectúa sobre la validez de los títulos de sus miembros (“Unión Cívica Radical”, Fallos 285:147; 7) de revisar las decisiones adoptadas por el Senado en el marco de la interpretación que efectuó el cuerpo respecto de las previsiones transitorias (cláusula cuarta) al art. 54 de la Constitución, que modificó la composición del Senado de la Nación (“Provincia del Chaco”, Fallos 321:3236; “Guadalupe Hernández”, Fallos 322:1988; “Tomasella Cima”, Fallos 322:2370; “Partido Justicialista distrito de Corrientes”, Fallos 322:2368).

(2) Las excepciones jurisprudenciales a la revisión judicial de facultades privativas de otros poderes son: 1) “Soria de Guerrero” (Fallos 256:556), que permitió el control jurisdiccional sobre el procedimiento de formación y sanción de las leyes, cuando se acreditara la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley, criterio seguido luego en “Colella” (Fallos 268:352); 2) “Zaratiegui” (Fallos 311:2580), vinculado a la ley de aprobación de un trata-

do; 3) “Nobleza Piccardo” (Fallos 321:3487), vinculado al recaudo de tratamiento legislativo por ambas Cámaras; 4) “Famyl” (Fallos 323:2256), vinculado a la promulgación parcial; 5) revisión de juicios políticos en aspectos que hacen al respeto a la garantía del debido proceso, tanto provinciales como federales, casos “Graffigna Latino” (Fallos 308:961); “Nicosia” (Fallos 316:2940); y “Brusa” (Fallos 326:4816); 6) revisiones del procedimiento de indulto por parte del Poder Ejecutivo en situaciones donde ejerza la facultad después y no antes de la sentencia condenatoria, caso “Irigoyen” (Fallos 165:199); 7) el de asegurar que el Poder Legislativo no extienda la expropiación más allá de lo indispensable para la utilidad pública declarada, caso “Elortondo” (Fallos 33:162).

(3) CS, Fallos 342:917.

(4) CS, Fallos 307:2384, “Constantino Lorenzo” entre muchos otros.

(5) La Administración debe abstenerse de aplicar una ley inconstitucional (e.g., por resultar manifiesta-

mente contraria a nuestra Constitución Nacional o por existir pronunciamientos reiterados y uniformes de los tribunales que así la han declarado). Tal atribución que el Poder Ejecutivo y/o los órganos que lo secundan en su labor administrativa pueden ejercer en observancia del mantenimiento de la juridicidad no es idéntica cosa que declarar su inconstitucionalidad que, en nuestro sistema de control difuso corresponde, en forma exclusiva y excluyente, a los jueces de la Nación (dictamen IF-2019-58211732-APN-PTN, 28 de junio de 2019. EX-2019-08877083-APN-DNI#RENAPER. Registro Nacional de las Personas (Dictámenes 309:253).

(6) CS, Fallos 32:120, del 22 de setiembre de 1887.

(7) CS, Fallos 112:384, del 2 de diciembre de 1909.

(8) CS, Fallos 239:459, del 27 de diciembre de 1957.

(9) CS, Fallos 241:291, del 5 de setiembre de 1958.

(10) CS, Fallos 315:1492, del 7 de julio de 1992.

(11) CS, Fallos 332:111, del 24 de febrero de 2009.

(12) CS, Fallos: 335:197, del 13 de marzo de 2012.

la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación y que ningún caso de aborto no punible está supeditado a trámite judicial alguno.

Y merced a lo invocado produjo un enunciado esclarecedor: “dudoso favor haría este Tribunal a la República si, en circunstancias de extrema incertidumbre como las actuales, dejase de lado su antiguo y consolidado criterio según el cual desconocer los elementos fácticos de un planteo no se compadece con la función de administrar justicia (‘Sejean’, Fallos 308:2268, entre muchos otros) para hacer primar —en vez— un criterio formal que puede desdibujar un planteo referido a la subsistencia de las reglas más esenciales de funcionamiento del sistema representativo, republicano y democrático que establece nuestra Constitución Nacional”. Es decir, en casos como este, aun con opinable corrección procedimental del planteo según normas y criterios vigentes, sería un despropósito apelar a criterios formales de rechazo por desajuste normativo de la pretensión y no atender al contexto fáctico que rodea el reclamo. Esto sí que es inaugural.

En términos epistemológicos diríamos que los métodos de abordaje jurisdiccional (cómo han de resolverse los casos) no dependen de un ideal metodológico faenado en la academia o en la práctica jurisprudencial inveterada, sino de la cosa a resolver; entonces, la cualidad del rendimiento jurídico viene directamente relacionada con el conflicto social o problema que rige el entorno de la decisión; pero, claro, este apartamiento de los canónicos procedimientos judiciales son excepcionales, puesto que afectan una cualidad intrínseca de la norma de derecho: la estabilización de expectativas colectivas que ellas suministran. Solo cuando las normas y las prácticas rutinarias nada tienen que decir u ofrecer ante un contexto que todo lo desbordó, allí aparece la delicada misión de custodiar el valor más importante del proyecto colectivo común: la democracia y la república. No hay contexto político e histórico que justifique renunciar a la labor de colaborar con la subsistencia del estado constitucional de derecho; y eso, creo, es lo que aquí la Corte quiso decir. Incluso, con pertinencia histórica poco recordada, por cierto, se invocó el traslado de las autoridades federales a las afueras de la ciudad, por aquel entonces el actual barrio de Belgrano, ante el alzamiento de Carlos Tejedor en 1880, con el propósito de asegurar el funcionamiento de las autoridades representativas ante la dramática situación de conflicto. Para luego sostener: “que, 140 años después, la parálisis causada por la pandemia exige de las instituciones de la República el desarrollo de los mecanismos que sus autoridades consideren necesarios para asegurar la permanencia de sus tareas”.

Ahora bien, el tribunal examinará si le incumbe revisar aspectos que hacen a la factura propia de otro poder del Estado, y en nuestro caso la pregunta será, y que en definitiva es la que formuló la demandante, “si resulta necesario que el Senado de la Nación, para sesionar en forma virtual o remota, le solicite autorización a la Corte”. Para responder el interrogante la Corte primero rastrea su jurisprudencia histórica dando cuenta de la utilización de lo que podríamos denominar *criterios de inclusión revisora* de espacios privativos de otros poderes, a la vez que de *criterios de exclusión revisora* de esos mismos espacios. Entonces, la faena revisora estaría dada por: 1) velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere y 2) velar porque ninguno de esos poderes al ejercer esas facul-

tades que la Constitución les asigna de forma exclusiva se desvíe del modo en que esta autoriza a ponerlas en la práctica (13), aunque en definitiva estar *por fuera* y *desviarse* es, prácticamente, lo mismo.

Bien, respecto de la posibilidad de llevar adelante las sesiones en el Senado bajo modalidad remota (no tradicional), la Corte dijo que ello orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley. Entonces, la viabilidad de revisar esa prerrogativa (la del Senado) no le será posible a un tribunal de justicia, porque, en relación con el punto 1), tal posibilidad no configura *per se* riesgo alguno de interferencia en las atribuciones de los demás poderes del Estado; y en relación con el punto 2), ello no interfiere con el modo en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones.

En lo que refiere a las potestades del Congreso, la Corte dijo que la Constitución, al poner en cabeza de cada una de sus cámaras el dictado de su propio reglamento en el art. 66, reconoce a cada una de ellas la autonomía necesaria para regular su propio funcionamiento y por ende regular los mecanismos para facilitar la realización de su función legislativa en estas circunstancias. Ello, claro está, siempre que en su diseño e implementación no ignoren las restricciones constitucionales que sí existen y se cumpla con los recaudos que la Ley Fundamental sí establece respecto del procedimiento de deliberación y sanción de las leyes.

Para sintetizar, la Corte concluye: 1) La acción declarativa de certeza requiere la existencia de “casos justiciables”, lo que no se cumple en esta petición. 2) La Corte es la cabeza de un Poder del Estado y su función es proteger el funcionamiento de las instituciones republicanas y las garantías del ciudadano. Este rol es fundamental, ya que gran parte de los aciertos —y los errores— del Estado Constitucional dependen de la capacidad de los tribunales constitucionales de ejercerlo. 3) Las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina. 4) El Congreso, como los otros poderes del Estado, tiene autonomía para regular su modo de funcionamiento (art. 66 de la CN) y no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes.

En el voto del juez Rosatti también lucen tramos interesantes de análisis. En el considerando 5 dice que “dadas las características inusuales de la situación provocada por la pandemia y su repercusión institucional, este tribunal podría incluso, más allá del *nomen iuris* procesal, reconducir la pretensión por otra vía, si lo entendiera apropiado, para no frustrar los términos de la petición, tal como lo hiciera a partir del caso ‘Siri’, pero aun así la admisibilidad de la acción estaría sujeta a la existencia de caso, causa o controversia”. Es decir, la situación especial que aquí acontece permitiría *gestar/crear* herramientas procesales que reconduzcan la pretensión bajo un carril procedimental *sui generis* que coadyuve con suficiencia a la solución del entramado; y qué mejor invocación que el caso “Siri”. Palpita aquí una pretensión irrecusable de varios miembros de la Corte en *decir algo*, aunque se sepa que en este contexto adjetivo *no se puede decir algo*, y ese *no poder decir* está

maniatado por una tupida red de normas, criterios y jurisprudencia que ahora es necesario desatar. A esa conclusión se llega al sostener que no hay “caso”, pero *sí gravedad institucional*, aunque no la alegada por la demandante en referencia a la futura ley impositiva, sino a la paralización del Congreso: “la gravedad institucional... está en el no funcionamiento de una institución irremplazable y su afectación al sistema republicano de gobierno, previsto en el art. 1º y cc. de la Norma Fundamental”. Allí entonces, la llave. Sin embargo, como la gravedad institucional es un mecanismo de habilitación de la jurisdicción apelada de la Corte cuando existen obstáculos de procedencia para la concesión del recurso extraordinario federal, Rosatti entiende que la figura de la G.I. es inocua para permitir, aun en este contexto, un pronunciamiento del tribunal por competencia originaria y sin la existencia de “caso”. Otra vez nos empantanamos.

El punto clave del voto de Rosatti es el III, titulado “Principio de colaboración entre los poderes del Estado. Consideraciones frente a la excepcionalidad de la situación”, donde se invoca el principio de colaboración interpodere, en función del cual “aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales [Fallos 327:46, consid. 12(14) y 319:2641, consid. 1º(15)]”. Bien, y más allá de la pertinencia de los precedentes aludidos, lo cierto es que con buenas razones el juez Rosatti sostiene que la sola circunstancia de que no esté prevista en la Constitución la sesión virtual/remota, ello por sí no sugiere inconstitucionalidad alguna, sino que exige un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son compatibles con el espíritu del texto constitucional. A mayor abundamiento, Rosatti señala que la propia Corte vivió una situación similar a la invocada por la vicepresidenta, pues el tribunal es un órgano colegiado, con miembros mayores a los 60 años de edad, y por tanto componentes del grupo de riesgo, y que para deliberar han modificado su reglamento, conforme acordada 11/2020, merced a una norma que obligaba a los ministros de la Corte a concurrir a sus despachos para los acuerdos y audiencias.

Derivado de ello, el art. 66 de la CN establece que cada Cámara hará su reglamento, lo cual constituye una derivación expresa de la citada norma de autonomía; y que lo máximo que la Corte puede decir es que no le incumbe a ella (tribunal) expedirse sobre la forma en que el Senado debe resolver su trabajo en el futuro; y a contrario, si el tribunal se expidiera acerca del modo en que debe trabajar el Senado, violaría el principio de colaboración y la forma republicana de gobierno.

Por su parte, el juez Rosenkrantz resuelve del mismo modo que propuso el procurador subrogante, es decir, rechazando la pretensión sin más.

III. Reflexiones y un nuevo instituto del derecho procesal constitucional

Ahora bien, los tribunales superiores cumplen generalmente varias funciones a la vez, y más allá de que las distintas competencias convergen en la labor de decidir en última instancia cuestiones atinentes a la interpretación

de la Constitución, mediadas por un litigio que reúne a partes contrarias en una auténtica contienda, lo cierto es que también, como función conexas a la decisión del material litigioso, *dan forma coherente al material jurídico* a partir de la jurisprudencia, *diagraman políticas estatales* a través de asignar sentido a las normas que interpretan en casos concretos, despliegan un *efecto propagador de criterios* y estándares, y *producen generalizaciones interpretativas* de las normas, al propio estilo del legislador, en la factura de la decisión judicial. Algunas legislaciones constitucionales, por caso la alemana, le otorga a su Tribunal Constitucional facultades para dirimir conflictos entre órganos estatales y los que se susciten entre el Estado Federal y los *Länder*, además de otras incumbencias que aquí no importan. Pero el organigrama constitucional argentino, tributario del estadounidense, no tiene esas funciones, al menos por ahora.

El dilema de la Corte es muy simple: *cómo hacer para decir algo en esta particular coyuntura cuando sus reglas funcionales* (normas, jurisprudencia, principios) *le impiden expedirse*. Aquí se dio algo muy peculiar, pues la Corte no puede autorizar la formulación de la pregunta jurisdiccional, porque no hay contienda (solo habría pretensión consultiva), pero la Corte quiere y necesita responder la pregunta que no se le puede hacer. Y aquí hay que decirlo con todas las letras, y creo no equivocarme: es la primera vez en su historia que la Corte dirime por vía de consulta, sí de consulta, una cuestión jurídica sometida a sus estrados. No se puede aquí equiparar la situación resuelta para el Senado con otras donde el tribunal resolvía excepcionalmente, por caso, cuando la cuestión ha quedado abstracta, típico de la materia electoral, aun cuando la cuestión devino abstracta, o cuando se refiere a la posibilidad de repetición del acto, lo que justifica una decisión esclarecedora (16), o cuando las indicaciones de pautas hacia el futuro, por su trascendencia institucional, exigen precisiones para evitar ulteriores frustraciones al derecho constitucional discutido (caso “F.A.L.”).

Ya hablamos de la dificultad de habilitar una contienda declarativa de certeza cuando francamente no se daban sus presupuestos adjetivos, pero, *¿cómo articular un auxilio institucional en una situación de gravedad inédita cuando se carecen de insumos procesales adecuados?* Entonces aquí la novedad jurisprudencial, echando manos a las relaciones armónicas entre los poderes del Estado, se resolvió en que para casos especiales es posible realizar declaraciones específicas (la Corte) acerca de los alcances y límites de incumbencias constitucionales privativas sin una auténtica contienda, al menos hasta como ahora se la concebía, pero siempre orientada a un ideario común: la construcción del estado de derecho constitucional y convencional.

No sé si estoy habilitado para bautizar la nueva intervención de la Corte en un *caso* donde *no hay caso* (al menos en la tradicional fórmula de este) y quizás se pueden ensayar varios títulos a la emergencia de esta novedosa herramienta, pero la verdad es que las cosas hay que llamarlas por su nombre y creo que no es otro que el de una *acción consultiva de delimitación de incumbencia*, cuya legitimidad procesal recaería en órganos del Estado, que en situación de emergencia muy específica requiere respuestas acerca del alcance de una competencia, a título meramente colaborativo y con pretensiones de despejar incertidumbres constitucionales. Sin embargo, esta situación abre puertas interesantes que quizás la

{ NOTAS }

(13) Criterio sustentado en el caso “CEPIS”, CS, Fallos 339:1077.

(14) En el caso “Lona” se trataba la cuestión suscitada por la renuncia de un juez sometido a proceso de juicio político y cuya dimisión no había sido aceptada aún por el PEN. Entonces, mientras que para el órgano de enjuiciamiento el proceso de destitución seguía hasta tanto el PEN aceptara la renuncia, para el juez su renuncia importaba la cesación del proceso. En el considerando 12 se esbozan conceptos relativos al funcionamiento armónico de los poderes del Estado, censurando explícitamente la postergación *sine die* de la decisión del PEN de aceptar

la renuncia de un juez, no solo en relación con el enjuiciamiento del magistrado, sino a la posible cobertura del cargo vacante, cuya indefinición obstaculizaría las funciones propias del Poder Judicial de la Nación. No veo tan pertinente esta cita.

(15) En el caso “Soria, Carlos s/ su presentación”, se trataba de la presentación del presidente de la Comisión Bicameral del seguimiento al atentado a la Embajada de Israel ante la Corte, para aportar pruebas a la causa que ese tribunal instruíra por competencia originaria.

(16) CS, Fallos 310:819, voto del juez Petracchi.

(16) CS, Fallos 310:819, voto del juez Petracchi.

Corte pretenda en un futuro mediato obturar con válvulas oclusivas. Nada impide que la acción consultiva de determinación de incumbencia la promueva un órgano provincial (municipio), basada en el alcance de una cláusula constitucional, por caso el art. 5º y el 123 respecto de la autonomía municipal u otra cuestión que de alguna manera bordeee tangencialmente dispositivos constitucionales.

Para finalizar, quisiera referirme a un concepto que gana terreno en algunos espacios académicos del Derecho constitucional: la conversación/diálogo constitucional, que no es nueva, por cierto, y que emerge en aquellas discusiones referidas a la objeción mayorita-

ria como problema de fundamentación de la democracia. El problema que a modo de título convoco no es control judicial de la ley sí o no, control que denominamos de constitucionalidad —y cuyo interrogante se encuentra superado—, sino qué tipo de control se diseña para calificar del mejor modo posible a nuestra democracia, que entendida como democracia sustancial debe garantizar, contra cualquier mayoría contingente, espacios de lo indecible, es decir, que los derechos —los fundamentales/humanos— no se tocan (no son materia de decisión mayoritaria), cualquiera sea la coyuntura histórica que atravesemos. Traigo el tema, aunque no parezca de momento pertinente a nuestro comentario,

porque he escuchado de algún autor que la viabilidad de que la Corte dijera algo —que lo dijo, por cierto— en este contexto iba de la mano del auspicio de una conversación constitucional, como canal de diálogo institucional en supuestos excepcionales como este. Si bien la conversación constitucional remite, en los diseños institucionales donde funciona, a un tipo de control donde prevalecen remisiones entre poderes (judicial y legislativo) respecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, garantizando así el fortalecimiento de la voluntad popular en una suerte de reenvío al órgano deliberativo para que reevalúe la norma a cuenta de la objeción judicial, en lo que se denomina consti-

tucionalismo débil, aquí la Corte viabilizó, con originalidad, algo semejante. A la pregunta acerca de la validez constitucional de una sesión remota por parte del Poder Legislativo, en un área de su exclusiva incumbencia, la Corte, como cabeza de otro poder del Estado, responde algo acerca de la inquietud del Senado y construye una acción dialógica que, como lo mencionó el juez Rosatti, constituye una colaboración interpodere. Entonces, bienvenido este diálogo constitucional en formato de acción consultiva de determinación de incumbencia.

Cita on line: AR/DOC/1442/2020

La Corte rechazó la acción

LA PRESIDENTA DEL SENADO CONSIGUIÓ LA CERTEZA

Jorge A. Diegues (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El planteo que se puso a consideración de la Corte Suprema.— III. Alcances del pronunciamiento.— IV. La falta de competencia originaria.— V. La inadmisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad.— VI. La posibilidad de sesionar que tornaba innecesaria la colaboración de la Corte.— VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

Hace más de doscientos años, John Locke comenzó a reformatear el pensamiento político de Occidente instalando una idea cardinal: el gobierno de la ley por encima del gobierno de los hombres. Con este principio, la voluntad de la ley, como regla escrita de carácter autoritativo y preexistente, aparecía como un límite preferible al poder de prerrogativa del príncipe. De lo que se trata, expresó, es de someterse a las leyes “para no verse sometido, de ese modo, a la voluntad arbitraria de otro” (1). Este axioma representó una importante conquista para la teoría política que, junto con las ideas de Montesquieu, dio nacimiento a lo que Robert von Mohl bautizó como el llamado Estado de Derecho.

El imperio de la ley impregnó el constitucionalismo a través de la conformación de constituciones que debían regir el comportamiento de gobernantes y gobernados a partir de un conjunto de reglas escritas, pre-existent y con cierto grado de intangibilidad. La doctrina de la división de poderes se tradujo en la creación de tres departamentos del gobierno bajo el precepto rector de que cada uno de ellos tendría competencias limitadas. El Poder Judicial quedó a cargo de la función jurisdiccional y el control de constitucionalidad de los actos de los otros órganos. Pero la condición que, como válvula reguladora, le fijó la Constitución fue la de someter su competencia a la existencia de un caso judicial.

En el planteo “Cristina Fernández de Kirchner” como presidenta del Senado, al evacuar implícitamente la consulta sometida a su consideración en el marco de una acción de inconstitucionalidad rechazada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación parece haberse dado a sí misma una nueva competencia cons-

titucional: una jurisdicción consultiva instrumentada a través de “sentencias colaborativas” en supuestos de gravedad institucional.

II. El planteo que se puso a consideración de la Corte Suprema

Ante el aislamiento social preventivo y obligatorio que está en vigencia desde el 20 de marzo en el país con motivo de la pandemia de COVID-19, la vicepresidenta de la Nación, en su calidad de presidenta del Senado (art. 57, CN), demandó al Estado Nacional directamente ante la Corte Suprema para que sea el Alto Tribunal el que despeje un alegado estado de incertidumbre “respecto de la validez legal de sesionar por medios virtuales o remotos” (2). Así, se solicitó a la Corte una respuesta concreta a la siguiente pregunta: ¿Puede configurar la pandemia del COVID-19 una situación de gravedad institucional en los términos del art. 30 del Reglamento del Senado que lo habilite a sesionar por medios virtuales? La presentación partió de la base de que el Senado está imposibilitado de sesionar de manera presencial con motivo de la situación sanitaria existente. Invocó asimismo la necesidad de legislar que tiene el Congreso en materias prohibidas para el Poder Ejecutivo, especialmente en cuestiones tributarias que permitan asistir económicamente a los sectores sociales más afectados por el aislamiento social en vigencia. A su vez, reclamó la necesidad de obtener un pronunciamiento “urgente y concreto” basado en el “temor” de sufrir una lluvia de planteos judiciales que cuestionen la validez de leyes sancionadas por medios remotos, temor que pretendió acreditar adjuntando dos tapas de un diario de circulación masiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad, declaró inadmisibile la

acción. Empero, en dos de los tres votos con que conformó su pronunciamiento resolvió que “el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar”.

III. Alcances del pronunciamiento

Para emitir un juicio exacto en torno a los alcances del pronunciamiento, previo a las cuestiones formales vinculadas a la admisibilidad de la acción es conveniente examinar el tratamiento brindado a la posibilidad de sesionar por medios remotos.

Aunque todos los jueces entendieron que la acción deducida era jurídicamente inadmisibile por falta de “caso” judicial, juzgando con buen sentido que el funcionamiento de las cámaras del Congreso es una cuestión política que deben resolver sus autoridades (art. 66, CN), no es posible desconocer que la mayoría —especialmente el voto conjunto de los jueces Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti— decidió ir más allá al formular consideraciones que, a modo de lo que en el derecho se conoce como *obiter dicta*, terminaron por dar un respaldo a la pretensión deducida. Sin perjuicio de todo el marco teórico que rodeó el fallo, se entendió que la situación de emergencia institucional que atraviesa el país exigía de la Corte una “colaboración institucional” —así la llamó Rosatti, quien con un voto propio adhirió al criterio de los tres jueces indicados, aunque de manera menos “colaborativa”— que, en definitiva, terminaría por evacuar la consulta sin reconocerlo formalmente, habilitando de hecho su jurisdicción consultiva.

Partiendo de la base de que el funcionamiento del Poder Legislativo resulta esencial para el desarrollo de la vida constitucional argentina, sobre todo en épocas de emergencia, la Corte sostuvo que el Congreso “tiene autonomía en su modo de funcionamiento de acuerdo con el art. 66 de la CN”. Por su parte, el consid. 16 del voto de los jueces Highton, Maqueda y Lorenzetti es contundente al afirmar que “el llevar adelante las sesiones del Senado bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional forma presencial orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Le-

gislativo referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley”. Y agregó que “la posibilidad de que el Senado sesione de manera remota no interfiere con el modo en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones”. Aquí está la respuesta que la presidenta del Senado fue a buscar.

Aunque el juez Rosatti, que adhirió al criterio apuntado, explicó que ello no implicaba prejuzgar sobre futuros cuestionamientos que pudieran hacerse contra leyes sancionadas de manera remota, parece claro que, con el expreso respaldo constitucional brindado a la modalidad remota de sesionar, será difícil que un juez se atreva a declarar la inconstitucionalidad de una ley así sancionada.

Coincidiendo con el alcance expuesto, cierta parte de la doctrina ha formulado una relevante interpelación: “¿Por qué la Corte se resiste a hablar claro?” (3). La respuesta parece ser bastante evidente: porque sabía muy bien que no estaba constitucionalmente habilitada para hablar y, sin embargo, terminó haciéndolo.

IV. La falta de competencia originaria

La competencia originaria de la Corte Suprema, conforme fue diseñada por las Constituciones de Estados Unidos y la Argentina tras la reforma de 1860, estuvo orientada a la necesidad de preservar el respeto a los Estados extranjeros y locales, otorgando un fuero de jerarquía e imparcialidad a sus representantes. Fue presentada en su sentido y sus alcances por Alexander Hamilton en *El Federalista* en los términos siguientes: “La Suprema Corte poseerá jurisdicción original únicamente en las controversias que interesen a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellas en que sea parte un Estado”. Los ministros públicos de cualquier clase son representantes directos de sus soberanos. Todas las cuestiones en que se ven envueltos están relacionadas tan íntimamente con la paz pública, que tanto con la finalidad de conservar esta, como por respeto a las entidades soberanas que representan, es conveniente y propio que esas cuestiones sean sometidas desde su origen a la judicatura más alta de la nación (...). En los casos en que un Estado sea parte, resultaría contrario

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogado (UBA). Profesor de Derecho Constitucional (UBA). Miembro de los Institutos de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Política Cons-

titucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

(1) LOCKE, John, “Segundo tratado sobre el gobierno”, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, ed. esp. de P. López Álvarez, cap. VI, § 57, p. 79.

(2) El texto completo de la acción declarativa de inconstitucionalidad puede consultarse en <https://www.senado.gov.ar/prensa/18334/noticias> (consultado el 27/04/2020).

(3) Conf. GARGARELLA, Roberto, *tweet* del

25/04/2020, 11:28 a.m., <https://twitter.com/Rgargarella/status/1254054636740370432> (consultado el 27/04/2020).

a su dignidad el que se le enviara ante un tribunal inferior” (4).

Siguiendo la doctrina del juez Marshall en el legendario caso “Marbury v. Madison”, que el voto de mayoría identifica como el instituyente del control de constitucionalidad e identifica a Marshall como su creador (consid. 5º) cuando hay pruebas documentadas que dan cuenta de autores y precedentes que venían aplicándolo con anterioridad (5), desde 1887, al resolver el caso “Sojo” (6), la Corte Suprema interpretó de manera invariable que su competencia originaria y exclusiva “es insusceptible de extenderse a casos no previstos” y, en ese contexto, que es una jurisdicción restrictiva y “de excepción”.

En la inteligencia descripta, la competencia originaria quedó sometida de manera exclusiva a dos supuestos habilitantes: los asuntos concernientes a diplomáticos extranjeros en el país —y no cualquier asunto— y los que litigue como parte una provincia (arts. 117 CN y 24 dec.-ley 1285/1958) (7).

La presentación que motivó la sentencia en examen no involucraba de manera tangible ninguna materia concerniente a personal diplomático ni tenía como parte a un Estado provincial. Por ello, no encajaba en ninguno de los supuestos habilitantes de la jurisdicción originaria de la Corte Suprema. A lo expuesto se suma que las veintisiete páginas que constituyen la acción declarativa entablada no contienen el más mínimo tratamiento del tema.

La única situación alegada recayó en la invocada gravedad institucional existente la cual, según la presentación, sería suficiente por sí misma para remover todos los “óbices formales” que impidan el conocimiento de la causa. Conuerdo que existe una situación de gravedad institucional motivada por la falta de funcionamiento de uno de los tres poderes del Estado a partir de las dificultades para reunirse. Sin embargo, siendo un fuero de privilegio para dos magistraturas puntuales, no es la gravedad del problema sino las partes intervinientes quienes definen la competencia originaria de la Corte Suprema. Así, la demanda no abordó siquiera mínimamente de qué manera ello obligaría a la Corte a apartarse del art. 117 de la CN para tratar directamente el planteo. Y no es casual que toda la jurisprudencia y la doctrina relativas a gravedad institucional que se cita en el cap. IV de la presentación correspondan a casos de competencia apelada. Porque, como bien lo hacen notar los jueces Rosatti y Rosenkrantz en sus respectivos votos, la gravedad institucional tiene su ámbito de aplicación en la jurisdicción apelada, siendo una causal que permite remover “óbices formales” del recurso extraordinario federal (8).

Estimo que la circunstancia de no hallarse involucrados ninguno de los dos supuestos habilitantes de su competencia originaria exigía un tratamiento detenido y cuidadoso de la materia y, sin embargo, la presentación no contiene una sola refutación respecto del criterio jurisprudencial apuntado.

Una eventual forma de habilitar la jurisdicción en estudio podría hallarse “involucrando” a una provincia al solicitar a un gobernador afín que, en representación de su provincia, demande al Senado para que

habilite a sesionar de manera virtual. Para que ello sea posible, el gobernador debería alegar —y comprobar— que la imposibilidad de sesionar del Congreso conculca intereses del Estado provincial, dando lugar a una cuestión federal exclusiva o predominante, y reclamar la habilitación para sesionar virtualmente.

Así y todo, no podía prescindirse del segundo requisito: el caso judicial, que fue el que analizó la Corte como previo a todo para dirimir el resultado de la acción.

V. La inadmisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad

El art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. Nac. condiciona la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad a la acreditación de cuatro requisitos: a) la existencia de un “estado de incertidumbre” sobre una relación jurídica, b) un perjuicio concreto; 3) la legitimación del presentante y 4) la ausencia de otra vía judicial más idónea. Aunque el carácter de la presentante y el remedio deducido bastan para llenar las dos últimas condiciones, como lo explicó el juez Rosatti en el consid. 7º de su voto concurrente, el planteo se vio impedido de prosperar por hallarse ausentes los dos primeros. En este punto hubo consenso en todos los jueces.

V.1. Falta de caso. Proscripción de la jurisdicción consultiva

Estrechamente vinculada con la primera de las condiciones se encuentra la exigencia del caso judicial que, como bien lo advierten todos los jueces de la Corte y muy especialmente Rosatti y Rosenkrantz, es presupuesto de toda demanda (arts. 116 y 117, CN, y 2º, ley 27).

La exigencia de un caso configura la jurisdicción de la Corte como un tribunal contencioso. Cumple, a su vez —como se expresó al comienzo de este trabajo—, una función constitucional estratégica como dique de contención para la extralimitación del Poder Judicial en el ejercicio de sus competencias confinando el exequátur de los jueces a un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento, como lo definió John Marshall. Es que la Constitución argentina —a diferencia de lo que sucede con otras, como por ejemplo la francesa— no autoriza el control de constitucionalidad preventivo en abstracto. El control es, por regla, posterior y solo puede tener lugar por vía anticipada ante una afectación lo suficientemente inminente que, sin llegar a un daño consumado, pueda cristalizarse mínimamente como un “acto en ciernes” (9). Por todo ello es que, para que se configure el “caso judicial” y el consiguiente “estado de incertidumbre”, el tema debe ser algo más que un planteo consultivo o una “indagación especulativa” como lo estableció la Corte desde 1985 en el caso “Santiago del Estero c. Nación Argentina” (10). Cuando un planteo no alcanza a expresar el “estado de incertidumbre” queda en ciertos casos —como este— encuadrado como una cuestión consultiva cuya prohibición hunde sus raíces en la más antigua tradición jurisprudencial argentina y norteamericana, que la juzga como impropia con la división de poderes desde que en 1793 la Suprema Corte de los Estados Unidos trató el precedente “Genêt”, que conviene recordar.

A fines del siglo XVIII, Estados Unidos y Francia estaban a punto de entrar en guerra debido a la negativa de apoyo político y militar de aquel país a la Francia revolucionaria en sus disputas con Inglaterra. Francia necesitaba y reclamaba el apoyo norteamericano en reciprocidad por el que le había brindado contra Inglaterra durante la guerra de independencia. Decidido a mantener la paz, el presidente George Washington se dispuso a celebrar tratados de comercio y amistad con la Francia revolucionaria, representada por su embajador Edmond Genêt —que, como pocos, encarnaba los ideales y la intemperancia de la Revolución francesa— para distender la situación. Así, el presidente juzgó apropiado recurrir al asesoramiento previo de la Suprema Corte en todos los instrumentos legales que fueran a redactarse en el futuro.

El 18/07/1793 el secretario de Estado Thomas Jefferson dirigió una carta a la Corte haciendo saber que el presidente Washington se sentiría “muy aliviado” si pudiera contar con “el consejo” y “la opinión” de los jueces de la Corte Suprema en cuestiones de tratados y derecho internacional que “usualmente se presentan de una forma que no llegan al conocimiento de los tribunales” y “cuyo conocimiento del tema nos protegería contra errores peligrosos para la paz de los Estados Unidos” (11). El 8 de agosto de 1793 el presidente de la Corte, John Jay, en nombre del tribunal, le hizo saber a Washington que la existencia de “límites recíprocos entre los poderes del Estado” y el hecho de ser los miembros de la Corte jueces de última instancia “constituyen fuertes argumentos contra la procedencia de brindar opiniones extrajudiciales”, confiando los jueces en que el presidente podría encontrar en su gabinete el consejo que buscaba y tendría la sabiduría para discernir lo correcto (12).

La decisión —que por no constituir un “caso” no fue registrada entre los anales jurisprudenciales de la Suprema Corte americana— fue replicada por la Corte Suprema argentina en numerosos pronunciamientos, dos de los cuales, complementando los citados por la Corte, pueden explicarse a modo ilustrativo.

Con el objeto de dilucidar una cuestión de competencia, en el caso “Perroni” un juez de Neuquén dispuso “consultar” a la Corte acerca de si los delitos investigados caerían o no bajo la jurisdicción militar. El Alto Tribunal contestó: “en ninguna disposición legal se apoyaría la consulta de un juez a [la Corte Suprema] sobre la resolución de algún punto de hecho o de derecho en causa dependiente de su jurisdicción” (13). Por su parte, en su condición de jefe del Registro Civil de la Capital Federal, el Sr. Pasman (14) abrió una actuación judicial consultando al juez federal para que le indicara si podía entregar duplicados de libretas de enrolamiento. Confirmando las decisiones de las anteriores instancias, la Corte rechazó el planteo, sosteniendo la ausencia de caso judicial toda vez que la demanda no implicaba una cuestión contenciosa en los términos del art. 2º de la ley 27.

La jurisprudencia rendida testimonia con suficiencia que la jurisdicción consultiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los términos de la Constitución vigente y

los antecedentes constitucionales que le dieron vida, no es compatible con la exigencia de caso judicial contenida en los arts. 116 y 117 de la Ley Fundamental como presupuesto de actuación de los tribunales de justicia.

No encuentro objetable que en algún momento pueda rediscutirse la configuración de las competencias constitucionales de la Corte. Hasta cierto punto, el diálogo formal entre poderes a partir de una habilitación consultiva que se propicia desde cierta parte de la doctrina, con independencia de que ya existe en los hechos, en el marco de una competencia reglada podría resultar útil para una mejor interacción entre los tres departamentos del gobierno. Pero es indisputable que ello exige una reforma expresa de la Constitución. A mi criterio, no hay alquimia interpretativa alguna que, con honestidad intelectual, pueda dar vida a una jurisdicción naturalmente diversa sin una expresa habilitación.

V.2. Ausencia de certeza en el planteo

A su vez, parecía claro que, con las razones descriptas, el planteo no podía formalmente obtener favorable acogida. Por un lado, no indicaba el tema impositivo que el Senado estaría privado de tratar ni alegaba la existencia ni el estado parlamentario de un proyecto de ley en concreto. Pero, fundamentalmente, no se da cuenta de ningún proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados, a la que la Constitución designa como cámara de origen para el tratamiento de las leyes impositivas (art. 52, CN).

La presentación tampoco se hizo cargo de la posibilidad que tienen los senadores de trasladarse al Congreso ya que, como autoridades superiores del Gobierno nacional (art. 6º, inc. 2º, dec. 297/2020), están expresamente excluidos del aislamiento social preventivo y obligatorio, ni acreditó médicamente la imposibilidad de sus miembros para hacerlo como personas de riesgo. Al no haberse producido —u ofrecido— prueba tendiente a impulsar el tratamiento de la ley tributaria invocada ni acreditarse la imposibilidad de movilización de los legisladores, estamos frente a una presentación meramente consultiva o, en el mejor de los casos, conjetural.

VI. La posibilidad de sesionar que tornaba innecesaria la colaboración de la Corte

Pese a los obstáculos formales expuestos, la Corte justificó un tratamiento del tema en las circunstancias excepcionales vigentes y en su rol institucional como cabeza de poder.

Por más que se reivindicque como un órgano político —que lo es—, la Corte debe comprender que es también un tribunal judicial y, por ello, tiene competencias limitadas y regladas. No ignoro que, como cabeza de poder, tiene una dimensión institucional (15). En esa misión, las Cortes Supremas argentina como norteamericana intervinieron a lo largo de su historia en distintos conflictos, relajando su competencia constitucional.

En “Marbury v. Madison” John Marshall pudo negarle el cargo de juez a William Marbury a pesar de reconocerle el derecho, porque no tenía otra alternativa: su decisión no sería cumplida por el presidente Thomas Jefferson y mancharía de manera irreversible la autoridad de la Corte Suprema como cabeza de poder.

{ NOTAS }

(4) MADISON, James – HAMILTON, Alexander – JAY, John, “El Federalista”, FCE, México, 1957, 2ª ed. en esp. por G. R. Velazco, cap. LXXXI, ps. 347-348. El destacado no corresponde al original.

(5) GARCÍA MANSILLA, Manuel J., “Marbury c. Madison’ y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad”, *Revista Jurídica Austral*, en prensa. Este autor acredita, al menos, tres precedentes desde 1787,

uno de los cuales, fallado en 1792, corresponde a una ley federal.

(6) Fallos 32:120.

(7) Tuve oportunidad de trabajar el tema en la siguiente investigación jurisprudencial: DIEGUES, Jorge A., “Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *LA LEY*, 22/02/2010, p. 9.

(8) Voto concurrente del Dr. Rosatti, consid. 9º; disidencia parcial del Dr. Rosenkrantz, consid. 7º.

(9) Fallos 342:971 (2019); 342:917 (2019) y 341:289 (2018), entre muchos otros.

(10) Fallos 307:1379 (1985).

(11) Conf. JOHNSTON, Henry P. (ed.), “The correspondence and public papers of John Jay”, G. P. Putnam’s Sons, New York, 1891, vol. III, ps. 486-487.

(12) *Ibid.*, ps. 488-489.

(13) Fallos 100:205-207 (1904).

(14) Fallos 155:246-248 (1929).

(15) FAYT, Carlos S., “Nuevas fronteras del Derecho Constitucional”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1995, p. 85.

La Corte Suprema argentina pudo tomar parte activa en asegurar la sucesión de Arturo Frondizi tras su destitución —el voto de mayoría equivocadamente sostiene en el último párrafo del consid. 4º que renunció— y sacar al país del estado de acefalía con una corta continuidad institucional tomando el 29 de marzo de 1962 juramento al presidente provisional del Senado y evitando así la asunción de un gobierno militar. La Corte alegó en aquel momento actuar “en el desempeño de la función que inviste la cual presupone el deber de asegurar la subsistencia y continuidad del orden constitucional, única valla cierta contra la anarquía o el despotismo” (16). Al tomar juramento a José María Guido “salvó la República violando la ley”, como crudamente expresó el juez Benjamín Villegas Basavilbaso al terminar el acto (17). Cinco días más tarde, se negó a reponer a Frondizi porque no había otra alternativa (18). Varios ejemplos más a lo largo de la historia argentina demuestran el rol de la Corte que Julio Oyhanarte caracterizó como una función de “salvación institucional” (19). Pero la condición de tribunal judicial que acompaña y preside la política permite ceñir esa intervención a casos que, además de verificar una extrema gravedad institucional, no puedan resolverse de otra manera que recurriendo a esa función de salvación institucional. Porque, tan cierto como ese poder que se le ha reservado es que la Corte lo ha ejercido bien en algunos casos y mal en otros. ¿Qué analogía institucional existe entre esa Argentina de marzo de 1962 y la de abril de 2020? ¿De verdad hacía falta alguna colaboración institucional de la Corte Suprema?

Quienes conocen bien el funcionamiento del Congreso de la Nación saben que, aun en una situación de pandemia, los senadores pueden legislar sin consulta alguna, cuando menos de manera remota. Esto último puede tener lugar a partir de una habilitación interpretativa del reglamento o, en su defecto, mediante una modificación que instituya de manera expresa y para el futuro la posibilidad de sesionar de esta forma. En este sentido, Eduardo Menem, quien como presidente provisional condujo el Senado de la Nación, entendió que en la situación actual el Congreso “[p]uede hacer una sesión presencial, para modificar los reglamentos, tomando todas las precauciones, con barbijo, distancia y el mínimo de empleados”. Con su experiencia en esta clase de trámites, agregó que “[t]ampoco es problema para los legisladores del interior: el Estado puede disponer de un vuelo especial que los traiga en vuelos para esa sesión en donde se modifique el reglamento. Incluso, hasta eso podría hacerse en una sesión virtual, con un quorum indispensable, con el resto de los legisladores participando y dando a publicidad la sesión” (20).

Mirando el bosque y no el árbol —si puede expresarse así—, lo que la presidenta del Senado temía, a mi criterio fundadamente, es que recurrir a la vía interpretativa para habilitar las sesiones virtuales sería funcional a los futuros detractores de las leyes sancionadas por esa modalidad, extendiendo también al procedimiento parlamentario de adopción el abanico de impugnaciones. No buscó averiguar si podía sesionar —como conoce perfectamente que sí— sino obturar cualquier impugnación judicial posterior. En atención a la conocida hiperjudicialización, los temores expresados eran ciertos. Sin embargo, por muy sagaz que haya sido la lectura hecha sobre este punto, debe insistirse en que la Corte Suprema es un tribunal judicial

de competencia limitada. No tiene por qué violar la Constitución ni modificar su jurisprudencia de más de ciento cincuenta años para brindar “colaborativamente” un favor innecesario.

En el contexto de aislamiento existente, el art. 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores permite expresamente a los legisladores constituir cámara fuera del recinto habitual en casos de “gravedad institucional”. En derecho parlamentario, este concepto denota una “situación objetiva que impida a la cámara sesionar en su recinto” (21). De esta forma, el presidente del cuerpo cuenta con todas las facultades para instrumentar las sesiones remotas. Si quiere blindarse anticipadamente contra futuras impugnaciones debe habilitar las sesiones a través de una modificación reglamentaria que solo insumiría una reunión presencial adoptando todos los recaudos sanitarios que hagan falta. Así procedió la propia Corte cuando por la ac. 11/2020 habilitó las reuniones de acuerdo por vía remota.

Podrá responderse que, por su composición, el Senado cuenta con un alto número de legisladores considerados como grupo de riesgo a los efectos del virus en circulación. Sin embargo, existe consenso médico en que, extremándose los recaudos sanitarios, una reunión presencial al solo efecto de modificar el reglamento y lograr la habilitación a sesionar de manera remota no constituye un peligro sanitario de consideración. Análogamente, las personas de edad avanzada suelen concurrir al menos una vez al mes de manera presencial a las entidades bancarias a percibir sus haberes jubilatorios por subsistir en esa generación una costumbre cultural todavía reacia a la operatoria bancaria virtual. Nadie duda de su condición de grupo de riesgo, pero tampoco ningún médico advierte como algo imposible la continuidad de esa concurrencia en la medida en que se trate de una actividad excepcional que cumpla con todos los extremos sanitarios. Esto mismo es lo que permite al ministro de Salud de la Nación y a la jueza Elena Highton de Nolasco, de 74 y 77 años respectivamente, cumplir con su deber constitucional en medio de la situación.

Si hiciera falta, el presidente del Senado cuenta con todas las atribuciones legales para trasladar el recinto a un lugar que cumpla con las medidas de aislamiento requeridas. Al traslado de la sala de sesiones del Congreso —junto con todas las sedes de gobierno— al barrio de Belgrano en 1880 apuntado por la Corte, cabe adunar tres ejemplos históricos que, entre muchos otros, dan testimonio de esa potestad.

Desde el año 1547 la Cámara de los Comunes en Inglaterra se reunió para sesionar en la Capilla de San Esteban. Sin embargo, en 1834 el lugar se incendió y tuvieron que mudarse hasta 1882, cuando lograron restaurarla. El recinto fue nuevamente destruido en 1941, esta vez por los bombardeos de la Luftwaffe, lo que obligó a mudar el lugar de reuniones hasta su reconstrucción en 1950.

Cuando en la noche del 28 de febrero de 1933 —supuestamente— el militante comunista Marinus van der Lubbe incendió el Reichstag, el Parlamento alemán continuó sesionando en el edificio de la ópera —Krolloper— sin impedimento alguno para sancionar todo tipo de normas, algunas tristemente célebres como la “ley habilitante” para el canciller Adolf Hitler.

En 1995 el propio Senado de la Nación se vio obligado a mudar su sala de sesiones al salón Arturo Illia —en este caso, una dependencia contigua— como consecuencia del desprendimiento de un *vitraux* en el techo del recinto que tornaba peligroso el ingreso ante la posibilidad de nuevos desprendimientos (22).

Razones sanitarias tanto como estratégicas posicionan a mi criterio la modalidad virtual como la opción más aceptable. Por un lado, porque aun tomándose todos los recaudos sanitarios, no podría descartarse en su totalidad una posibilidad de contagio del virus en circulación. Si el Senado comienza a sesionar presencialmente con frecuencia, el país corre el riesgo de perder por un largo tiempo su cámara alta a partir de un contagio masivo y un consiguiente aislamiento cuya prolongación termine conspirando contra el objetivo de mantener la actividad del Congreso.

Como representante de la Cámara (art. 36 RCS) y encargada logística de las reuniones (art. 32 inc. a)], la presidenta del Senado tiene las atribuciones necesarias para interpretar el reglamento o mudar el recinto. Si prefiriese garantizar al máximo el aislamiento evitando la concurrencia de los senadores y, a la vez, blindar contra impugnaciones judiciales las futuras leyes así sancionadas, podría habilitarse a sesionar virtualmente con una reforma reglamentaria de trámite rápido. Procurando la concurrencia mínima y en una reunión podría introducirse la posibilidad de sesionar de manera remota en un lapso no mayor a diez días. Si, por el contrario, juzgase inconveniente siquiera una concurrencia presencial, deberá asumir judicialmente el riesgo de su decisión. Como lo hacen los cajeros de supermercado, los repartidores de mercadería domiciliaria, periodistas, choferes, jueces y abogados que trabajamos en la feria, pienso que los senadores deben cumplir también con su deber.

A las circunstancias expresadas cabe agregar que había pruebas de que la titular del Senado estaba avanzando paralelamente en un acuerdo político con los bloques parlamentarios para modificar el reglamento y habilitar las sesiones remotas (23).

Todo lo expuesto revela que, en el caso en estudio, no había que encontrar ningún “cauce institucional” —como afirma el voto de mayoría en el consid. 4º— y el único desafío a enfrentar era del Senado de la Nación en formular los acuerdos políticos necesarios para sesionar.

VII. Reflexiones finales

La Corte Suprema ha sido maniqueamente compelida desde cierto sector a optar por escribir la historia con “sangre” o con “razón”. Mediante la decisión en estudio, creo que se dejó llevar para brindar una “colaboración institucional” evacuando —sin admitirlo— una consulta que ninguna falta hacía. Terminó, así, por ser funcional al planteo en estudio. Aunque rechazó la acción, la reclamante obtuvo en la Corte Suprema la certeza que debía encontrar en el Senado de la Nación. Tal vez la doctrina implícita —y no tan implícita— de este “caso” termine vaciada en el futuro. Por ahora habrá que enfrentarse a la circunstancia de que la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es la que le da la Constitución sino la que quieren sus jueces en función de los planteos que

les guste tratar. Lo que expresó la vicepresidenta de la Nación es de hecho una verdad: “Cuando la Corte Suprema quiere resolver un caso, lo hace”.

El único juez que pareció advertir todo esto fue el presidente del tribunal Carlos Rosenkrantz quien, al igual que sus colegas, señaló la ausencia de “caso judicial”, pero juzgó innecesaria cualquier colaboración para evacuar la consulta sometida a su consideración. Rosenkrantz desnudó la verdadera intención de la demanda: no obstante negarla, sostuvo que la consulta aparece como “inocultable” dado que lo que pretende no es otra cosa que “obtener una respuesta a la pregunta formulada”.

El presidente de la Corte, como expresó en el consid. 6º de su disidencia, comprendió bien que “admitir pretensiones de esta naturaleza implicaría ignorar el texto expreso de la Constitución, desandar más de 150 años de historia institucional y alterar radicalmente el carácter del Poder Judicial de la Nación, transformándolo en un órgano distinto al que fuera creado por nuestra Constitución”.

En un “país al margen de la ley”, como escribió Carlos Santiago Nino más de treinta años atrás, el apego a la regla jurídica escrita, a las tradiciones jurisprudenciales que con cuidado la interpretan, a no considerar la Constitución y la ley como un trampolín para elucubraciones personales lanzadas en su nombre (24), a la necesidad de evitar valorar el derecho a menos que sea estrictamente indispensable —esto es lo que estuvo ausente en el caso de autos— para no destruir la seguridad jurídica, a no opinar sobre lo que no corresponde opinar, a comprender que los jueces deben evitar el protagonismo político, su discípulo, Carlos Rosenkrantz, parece ser una opinión minoritaria que no arraiga. Quizás él no tiene “sangre”, solamente tiene “razón”. Lamentablemente para él, Rosenkrantz es un juez para una Corte de otro tiempo. Su razonamiento jurídico claro y simétrico hubiera encajado bien en la época en que la Corte era conducida por Antonio Bermejo.

El juez Rosenkrantz parece comprender bien que “lo esencial es que cada uno de los poderes públicos se desenvuelva bajo su régimen legal y sin ultrapasar los límites precisados dentro de la base de su institución”, como expresó la Corte de Bermejo en “Doncel de Cook” (25); que, en definitiva, “[a] ninguna autoridad republicana le es dado invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido, pues toda disposición o reglamento emanado de cualquier departamento o de algún empleado, que extralimite las facultades que le confiere la Constitución, o que esté en oposición con alguna de las disposiciones o reglas en ella establecidas, es completamente nulo” (26).

Rosenkrantz queda en soledad como en algún momento le pasó Bermejo cuando en 1922, arrastrados por Figueroa Alcorta, sus pares decidieron en “Ercolano” (27) avalar la ley 11.157 de Alquileres que congelaba por dos años el precio de las locaciones, sancionada también en una emergencia por el gobierno de Hipólito Yrigoyen. En la que a mi juicio representa una de las diez mejores disidencias de la historia de la Corte Suprema, Antonio Bermejo advirtió allí que la escasez de habitaciones que como emergencia funda el congelamiento del precio de los alquileres “en un momento puede ser sobreabundancia

{ NOTAS }

(16) Fallos 252:177 (1962), consid. 5º.

(17) OYHANARTE, Julio, “Historia del Poder Judicial”, en OYHANARTE, Martín (ed.), *Julio C. Oyhanarte. Recopilación de sus obras*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 204.

(18) En el caso “Pitto”, citado en nota anterior.

(19) OYHANARTE, Julio, ob. cit., p. 193.

(20) Conf. “La inmensa mayoría de los juristas considera improcedente el pedido de Cristina Kirchner a la Corte sobre la validez de las sesiones virtuales del Congreso”, *Infobae*, disponible en <https://www.infobae.com/politica/2020/04/19/la-inmensa-mayoria-de-los-juristas-considera-improcedente-el-pedido-de-cristina-kirchner-a-la-corte-sobre-la-validez>

de-las-sesiones-virtuales-del-congreso/ (consultado el 27/04/2020).

(21) MENEM, Eduardo, “Derecho procesal parlamentario”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 226.

(22) *Ibid.*

(23) Conf. *La Nación*, 22/04/2020, p. 4.

(24) GARAY, Alberto, “De certezas, incerti-

dumbres y consultas”, en el blog *En disidencia*, del 25/04/2020, <http://endisidencia.com/2020/04/de-certezas-incertidumbres-y-consultas/> (consultado el 27/04/2020).

(25) Fallos 155:290 (1929), p. 299.

(26) *Ibid.*, p. 300.

(27) Fallos 136:161 (1922).

en otro y la misma razón de Estado llevaría a imponer autoritativamente el aumento del alquiler, lo que en definitiva significaría la desaparición de propietarios y de inquilinos

{ NOTAS }

(28) *Ibid.*, disidencia del juez Bermejo, consid. 10.

(29) *Ibid.*, consid. 13.

reemplazados por el Estado que se habría convertido en empresario de un inmenso falansterio” (28). Agregó que la Constitución rige en todas las circunstancias y en todos los tiempos, y que nada autoriza a los poderes públicos a apartarse de ella, pues “su terminología es bastante general para adaptarse a las modalidades de los tiempos y a los adelantos de la civilización, siempre en armonía con

el espíritu de sus disposiciones” (29), y que “no hay circunstancia que autorice una desviación porque su significado no se altera”. Sus pares quisieron evitar la “sangre”; Bermejo eligió conservar la “razón”. La historia terminaría reconociéndolo a él y olvidando a los otros. Tal vez Rosenkrantz pueda conformarse con ser reconocido como el único juez que falló conforme a derecho.

Ojalá los jueces que conformaron la mayoría puedan reflexionar y regresar la Corte Suprema al lugar en que la Constitución la ha colocado.

Cita online: AR/DOC/1455/2020

El fallo “CFK”: la Corte Suprema como Poder del Estado y la democracia digital

Andrés Gil Domínguez (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. ¿Democracia digital?: 3+1(-).— III. Constitucionalismo digital vs. constitucionalismo analógico.— IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

En la causa “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza” (1) la presidenta del Senado promovió ante la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia una acción declarativa de certeza contra el Estado nacional con el objeto de obtener del tribunal una declaración judicial que disipara el estado de incertidumbre legal o constitucional planteado en los siguientes términos: “¿Es constitucionalmente posible que, tal como lo establece el art. 30 del Reglamento de la Honorable Cámara de Senadores, sesione mediante medios digitales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID-19?”.

La Corte Suprema de Justicia como tribunal de justicia resolvió por unanimidad que la presidenta del Senado estaba legitimada procesalmente para actuar ante los órganos jurisdiccionales en resguardo de las atribuciones y prerrogativas de la Cámara de Senadores ante un eventual conflicto concreto. También por unanimidad en dicho carácter resolvió rechazar la acción promovida, porque no había un “caso justificable”, se verificó la “inexistencia de un caso” o “controversia” y no se observaron los supuestos constitucionales de habilitación de la competencia originaria.

La mayoría (2) de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, “la mayoría”) junto con un voto concurrente (3) (en adelante, “la mayoría concurrente”) como Poder del Estado mediante “un disfraz de *obiter* para un auténtico *holding*” (4), invocando el principio de colaboración interpoderes, resolvió que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera digital de sesionar. La minoría (5) se abstuvo de actuar como Poder del Estado y no realizó ningún aporte a la construcción de la democracia digital.

II. ¿Democracia digital?: 3+1(-)

El punto de partida de la mayoría fue reafirmar un concepto histórico básico, el cual expresa que la Corte Suprema de Justicia cumple dos funciones constitucionales: tribunal de justicia y Poder del Estado. La primera atiende a la resolución de casos entre partes controversiales para determinar el alcance de los derechos debatidos. La segunda consiste en ser guardián último de las garantías constitucionales, cabeza de un Poder del Estado y máximo intérprete de la Constitución. En el presente, ambas funciones deben ser ejercidas en el contexto político, social y económico producido por COVID-19 a nivel mundial, regional y local, por lo tanto las decisiones que adopte la Corte Suprema de Justicia, como custodia de la Constitución, siempre deben estar insertas en la realidad histórica (6). Con cita de Oliver Wendell Holmes que hace suya, la mayoría fijó su postura sobre la naturaleza del derecho que produce el tribunal en ejercicio de las mencionadas funciones: “... el derecho encarna la historia del desarrollo de una Nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas...” (7). Punto sobre el que retorna cuando expresa qué dudoso favor le haría la Corte Suprema de Justicia a la República si frente a la emergencia inédita producida por el COVID-19 dejase de lado un antiguo y consolidado criterio jurisprudencial según el cual desconocer los elementos fácticos de una petición no se compece con la función de administrar justicia, para hacer primar un criterio formal que puede desdibujar un planteo referido a la subsistencia de las reglas más esenciales de funcionamiento del sistema representativo, republicano y democrático que establece la Constitución argentina (8).

La historia contemporánea del derecho demuestra que los aciertos y también los errores en la construcción del moderno Es-

tado constitucional (significado en el hoy por el Estado constitucional y convencional de derecho) responden a la capacidad —o falta de ella— de los tribunales constitucionales en receptor y traducir imperiosas demandas en contextos históricos cambiantes y a veces imprevisibles. Las grandes innovaciones producidas en dicha construcción fueron viabilizadas a través de jueces carentes de competencia y situaciones abstractas (ej. “Marbury c. Madison” en los EE.UU., “Sojo” en nuestro país), creando garantías hasta ese momento inexistentes (ej. “Rey c. Rocha”, “Kot”, “Siri”, “Ekmekdjian”, “Halabi”) o determinando el alcance de un derecho ante una causa devenida en abstracta (ej. “F. A., L.”) (9).

Sobre las bases expuestas el punto de vista constitucional que guió los pasos del tribunal fue garantizar la continuidad de la tarea de legislar atribuida constitucionalmente al Congreso, la cual resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida institucional de la República Argentina (10). Es por eso que se debe congeñar la necesidad de continuar sesionando, con el respeto de las normas sanitarias recomendadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), lo cual inexorablemente deriva en la utilización de las diversas alternativas que ofrece la tecnología de la información y comunicación a través de la interacción digital.

Descartando que existiese un caso justificable que le permitiese actuar como un tribunal de justicia y asumiendo el rol de Poder del Estado en el marco generado por el COVID-19, la mayoría de la Corte Suprema construyó un estándar preciso sobre la procedencia constitucional de las sesiones digitales. En primer lugar, dispuso que el funcionamiento digital aplicado al procedimiento para la formación y sanción de las leyes es una atribución del Congreso, que podrá optar entre un modelo digital puro o un modelo mixto (presencial más digital) sin que esto suponga la invasión del Poder Legislativo en el ámbito de competencias que la Constitución le asigna a los demás poderes. En segundo lugar, sostuvo que la Constitución regula determinados aspectos en torno al funcionamiento del Congreso, pero no establece ninguna indicación sobre el modo presencial o digital de sus sesiones. En tercer lugar, estableció que

ninguna de las cláusulas constitucionales referidas al procedimiento de formación y sanción de las leyes veta la posibilidad de que las sesiones se realicen bajo el formato digital. En cuarto lugar, afirmó que las sesiones digitales configuran una garantía para la deliberación legislativa. Por último, expresó que el diseño de las sesiones digitales no puede ignorar los requisitos constitucionales del procedimiento de formación y sanción de las leyes (11).

La mayoría concurrente considera que la verdadera situación de gravedad institucional está centrada en la imposibilidad de funcionamiento del Congreso como institución irremplazable del sistema republicano de gobierno (12). En dicho contexto, ante la inédita situación planteada por la pandemia a la vida institucional, apela al “principio de colaboración entre poderes del Estado” para formular “consideraciones adicionales” desde la interpretación constitucional que, sin invadir competencias ajenas ni prejuzgar a futuro, permita al Congreso cumplir con el deber de sesionar (13). Estas “consideraciones interpretativas” de la Constitución se vinculan con la habilitación de las sesiones digitales en la medida que el Congreso así lo resuelva mediante la vía de la interpretación (la cual coincide, es la más idónea) o el sendero de la reforma del reglamento de las Cámaras (14). La Constitución argentina al regular el funcionamiento del Congreso no previó las sesiones no presenciales, pero esta circunstancia no implica que esta clase de sistema deliberativo sea inconstitucional, puesto que no es posible exigirles a los constituyentes originarios o reformadores que imaginaran el futuro tecnológico que hoy exhibe la cuarta revolución industrial. La ausencia de normas que puedan dar respaldas al desarrollo científico y tecnológico del siglo XXI exige un esfuerzo interpretativo a efectos de ponderar si las herramientas que se inventen son compatibles con la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional original y derivada (15). La Constitución tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas que el factor de aceleración de la cuarta revolución digital pueda plantear; solo hay que empeñarse en encontrarlas (16).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723) (*) Doctor en Derecho (UBA). Posdoctor en Derecho (UBA). Profesor de Derecho Constitucional (UBA-UNLPam). Director del Instituto de Derecho Constitucional “Germán J. Bidart Campos” del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. (1) CS 353/2020/CS1.

(2) Integrada por Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti.

(3) Voto concurrente de Rosatti.

(4) RONDINA, Domingo, “El derecho constitucional no es LOT, debe ser JANO”, *Revista ES*, 1, Ed. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.

(5) Integrada por Rosenkrantz.

(6) Consid. 2º.

(7) Consid. 3º.

(8) Consid. 7º.

(9) Consid. 7º.

(10) Consid. 8º.

(11) Consid. 16.

(12) Consid. 8º.

(13) Consids. 10 y 15.

(14) Consid. 12.

(15) Consid. 11.

(16) Consid. 15.

La minoría argumentó que la Corte Suprema de Justicia se configura exclusivamente como un tribunal que conforme al derecho vigente resuelve las cuestiones que presentan partes controversiales y que nunca puede convertirse en un órgano de consulta de los restantes poderes del Estado (17). Cumplir con un rol distinto implicaría pretender que el tribunal ejerciera una suerte de control de constitucionalidad abstracto, previo y concentrado característico de diseños institucionales ajenos al sistema previsto por la Constitución argentina (18). Admitir esta variante implicaría ignorar el texto de la Constitución, desandar más de 150 años de historia institucional y alterar el carácter del Poder Judicial para transformarlo en un órgano distinto al que fuera constitucionalmente instituido (19).

III. Constitucionalismo digital vs. constitucionalismo analógico

El caso “CFK” coloca nuevamente en escena el eterno “combate” desarrollado en las “arenas de la regla de reconocimiento” entre sustancialismo y formalismo judicial. La mayoría en sus dos variantes descarta de plano cualquier enser formalista que impida al tribunal poder realizar un aporte constitucional ante los obstáculos inéditos que propone el COVID-19. Esto claramente se visualiza cuando con cita de Holmes descarta expresamente la aplicación de criterios formales que inhiban el rol de la Corte Suprema como Poder del Estado (y menos aún ante una situación de pandemia global como la que estamos viviendo) o bien con la invocación del “esfuerzo interpretativo” como instrumento de búsqueda de respuestas constitucionales posibles ante los interrogantes que la innovación científica y tecnológica puedan generar. La minoría se apega “a lo dado o construido” como sinónimo de inmutabilidad, tal como si el Derecho constitucional se tratara de un dogma (en versión religiosa) o un algoritmo inmutable (en versión laica) que cualquier cambio podría destruir y no como una construcción de sentidos discursiva (muchas veces plagadas de ficciones conscientes e inconscientes). Esto se observa en la invocación conservadora de los 150 años de historia transcurridos que no pueden ser modificados, reinterpretados o superados bajo ningún contexto de aplicación, a riesgo de tener que aceptar que estamos frente a una “alteración radical” del dogma central que lo rige y que repite como una suerte de mantra hipnótico “la ley es la ley”.

La Corte Suprema de Justicia es tribunal y poder en todos los sentidos que se pueda atribuir al vocablo y a la realidad del poder cualificado como político (descartando obviamente la política partidaria). Es un tribunal que ejerce poder, que tiene poder, que lo usa, que “es” poder, que gobierna y cogobierna sin absorber a los otros poderes ni desconocer las distintas funciones que cumple cada Poder (20). Como Poder de Estado colaboró con el Poder Legislativo interpretando implícitamente la obligación atribuida por la Constitución al Congreso en el art. 75 inc. 19 en torno a proveer al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento, y de esta manera habilitó el funcionamiento digital del Congreso en tiempos

de pandemia, pero también en tiempos de normalidad futura. Cuando la Corte Suprema de Justicia cumple este rol no ejerce funciones dirimentes abstractas propias de los sistemas de control de constitucionalidad concentrados, como erróneamente afirmó la minoría, sino que, sin invadir la esfera de otro Poder ni tampoco invalidar lo producido por estos, interpreta el alcance de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Cuando la Constitución argentina en el art. 116 sostiene que le “corresponde a la Corte Suprema el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”, la habilidad tanto a “decidir”, como a “pronunciarse”; por lo que resuelve casos y se pronuncia ante una solicitud en este sentido por parte de los demás poderes (21).

La sentencia dictada también hace ostensible la diferencia entre el constitucionalista digital y el constitucionalismo analógico. Baricco (22) sostiene que la primera huella geológica de la digitalidad es la aparición del juego *Space Invaders*, a partir del cual dejamos atrás el *metegol* como muestra de lo físico y nos sumergimos en el mundo de lo inmaterial, gráfico e indirecto. Ese fue el día inicial de la *persona-teclado-pantalla*, que posteriormente se transformó en una especie de *postura cero* en la que los dispositivos se convirtieron casi en prótesis orgánicas del cuerpo humano. A partir de este momento se desarrolló un mundo que paulatinamente fue transitando en distintas etapas una digitalidad que lleva en su ADN el patrimonio genético del videojuego (*the game*): ¿Cuál fue la figura que representó el apego del siglo XX al metegol como representación de lo analógico? Un iceberg o una pirámide invertida, en cuya cubierta flotan las percepciones superficiales y el juego consistía en superarlas guiados por alguna clase de mediación a través de un maestro, sacerdote, profesores, viajes, libros, goces, sufrimientos, hasta llegar al punto de la experiencia, descartando que dicho camino fuera sencillo de transitar. Esta figura la aplicábamos a los aspectos más diversos de la realidad, se trate de investigar una noticia, entender una poesía o vivir un amor. Así funciona el Derecho constitucional analógico en donde lo construido en términos de sentido aparece como un saber consolidado que solo puede ser explicado, pero nunca conmovido desde la superficie. La lucha entre los “mediadores” o “maestros” se reduce a demostrar quién sabe más del saber encapsulado por el constitucionalismo analógico, pero es atentar contra su corazón si quiera plantear alternativas innovadoras ¿Qué aparece cuando invertimos el iceberg o la pirámide? El premio aparece arriba, el esfuerzo abajo, las esencias emergen a la superficie, la complejidad queda escondida en algún lugar. Así funcionan el *Iphone*, *YouTube*, *Spotify*, *Facebook*, *WhatsApp*, *Tinder*, desplegando una simplicidad donde la complejidad de la realidad emerge en la superficie al dejar atrás cualquier lastre que haga más pesado el corazón esencial. Con esa lógica también funciona el constitucionalismo digital de la cuarta revolución industrial, donde la innovación siempre es posible más allá de las experiencias emergentes que circulan por la superficie casi sin intermediación y exige,

una y otra vez, respuestas —nunca dadas—, más que interrogantes basados en experiencias consolidadas. El constitucionalismo digital no pretende desconocer o destruir el saber acumulado, pero lejos de configurar un sesgo incuestionable, lo utiliza para encontrar respuestas a preguntas que requieren innovación, de la misma manera que *Siri*, el sistema operativo de Apple, nos trae la información que requerimos para adoptar decisiones en diversos sentidos.

El constitucionalismo digital se presenta como una *banda de Moebius*, donde no hay un arriba o un abajo determinado sino un constante movimiento de cambio entre el arriba y el abajo. La insurrección digital contra la civilización del siglo XX. La experiencia como realización, plenitud, rotundidad, sistema hecho realidad versus la postexperiencia como arrebatado, exploración, pérdida de control, dispersión. Lo analógico como la conclusión de un gesto solemne, el resultado tranquilizador de una operación compleja, el regreso final al hogar en contraposición con lo digital como el principio de un gesto, la apertura de una exploración, el rito del alejamiento, la trayectoria de un andar: Constitucionalismo digital vs. constitucionalismo analógico (23).

Desde otro escenario esta dicotomía también es advertida por Rondina (24) cuando afirma que muchos juristas, jóvenes o viejos, analizan el Derecho constitucional como médicos forenses sobre una mesa de autopsia: miran un organismo muerto y nos cuentan de qué murió, mientras que otros constitucionalistas consideran que el Derecho constitucional no debe renunciar a ser herramienta de transformación; que debe ser pensado y construido todo el tiempo.

La irrupción del COVID-19 incrementó notablemente el factor de aceleración de la cuarta revolución industrial dejando una impronta en la subjetividad que generará en breve interdicciones, en general, al discurso jurídico, pero especialmente al constitucionalismo. Actualmente las personas son sujetos que gozan, en términos lacanianos, a través de los datos dejando a su paso un rastro digital (una suerte de “alma de datos” o de “oro azul”) del que pueden extraerse diversas conclusiones y perfiles con el uso de la herramienta tecnológica adecuada, sobre el aprendizaje automático (25). Somos o vamos camino a configurarnos como “seres subjetivamente improntados por los datos” o “seres datados” que expresan una suerte de “narcisismo digital”. *Netflix* nos invita a disfrutar una serie o película que según nuestros datos puede gustarnos, *Wase* se encarga de que lleguemos rápido y seguro a un destino, para después indicarnos cómo volver a casa, las *Apps* de lugares de alojamientos nos envían ofertas permanentes sobre la base de los viajes realizados, *Tinder* es el Disney digital del ejercicio diverso de la sexualidad. Hay una forma innovadora de consentimiento y relación con los datos. Seguramente en breve, y mucho más después de la pandemia, aparecerán conflictos sobre el alcance del consentimiento digital oportunamente otorgado, porque una cosa es que alguien consienta entregar datos en relación con sus preferencias cinéfilas y otra es que después se crucen con otros datos para perfi-

lar sesgos biográficos. Ante esta situación: ¿Puede el Derecho constitucional analógico brindar respuestas mínimamente racionales, si todavía sigue enmarcado en proteger datos estáticos archivados en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes que solo se transfieren empaquetados?

¿En la era digital tenemos que aceptar que la privacidad es algo del pasado? (26) El “oro azul” de los datos dispersos en las minas digitales están siendo explotados por muchas empresas (los *data brokers*) sin que las personas sean conscientes de lo rentable que son los rastros digitales, cuánta información está siendo utilizada ni para qué: ¿Cómo no va a cambiar la noción de privacidad en un mundo digital si internet no solo sabe mejor que nosotros quiénes somos, sino también, quiénes observamos sorprendidos que en el pasado los coches no tenían cinturón de seguridad o los médicos fumaban en los consultorios, quizás en un futuro cercano parezca insensata la incontinencia narcisista viral actual y esta primera época se recuerde como una especie de Lejano Oeste digital en el que todo valía (28). ¿Está en condiciones el constitucionalismo analógico de proteger la intimidad digital del siglo XXI, cuando sigue encorsetado en un concepto propio del siglo XX?

Algo similar sucede en el ámbito de la teoría de la Constitución. Existe una corriente teórica muy intensa y productiva que desarrolla el modelo democrático deliberativo basado en la participación popular para la toma de las decisiones colectivas, que se presenta como el paradigma moral y jurídico más relevante para establecer el contenido y alcance del sistema de derechos: ¿Seguirán sus teóricos deambulando en las cómodas praderas del constitucionalismo analógico o empezarán a interiorizarse sobre cómo funciona la tecnología *blockchain* para darle a tantos libros una operatividad digital? (29).

Así podría plantear numerosos escenarios en términos de democracia, derecho y tecnología, en los cuales la opción entre el constitucionalismo analógico y el constitucionalismo digital se hace presente; y mucho más aún, a partir de una pandemia global que no sabemos todavía cuándo y cómo terminará.

IV. A modo de conclusión

En el caso “CFK” la mayoría de la Corte Suprema de Justicia, sin esconderse en formalismos propios de un Derecho constitucional analógico, habilitó la democracia digital y brindó una respuesta idónea para que el Congreso funcione ante los obstáculos que genera el COVID-19.

Más allá del debate jurídico que suscitó, la sentencia implicó una apertura hacia una concepción digital de la democracia que trasciende la emergencia causada por la pandemia, inaugurando quizás una nueva forma de pensar el constitucionalismo en el marco de la cuarta revolución industrial.

Cita on line: AR/DOC/1517/2020

{ NOTAS }

(17) Consid. 4º.

(18) Consid. 5º.

(19) Consid. 6º.

(20) BIDART CAMPOS, Germán J., “La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales”, Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 1982, p. 3. Existe una versión de la obra “intervenida” por Pablo L. Manili

publicada por Ediar en 2010 que no refleja el pensamiento de Germán en varios de los temas tratados.

(21) GARGARELLA, Roberto, “La consulta del Senado a la Corte, y el diálogo entre poderes”, <http://seminariogargarella.blogspot.com/2020/04/la-consulta-del-senado-la-corte-y-el.html>, 23 de abril de 2020.

(22) BARICCO, Alessandro, “The Game”, Ed. Ana-

grama, Barcelona, 2018.

(23) *Ibidem*.

(24) RONDINA, Domingo, ob. cit.

(25) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Inteligencia artificial y derecho”, Rubinzal-Culzoni Edit., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 15.

(26) LYSEGGEN, Jorn, “Outside. Insight”, ESIC,

Madrid, 2019, p. 237.

(27) GARCÍA ALLER, Marta, “El fin del mundo tal y como lo conocemos”, Ed. Planeta, Barcelona, 2019, p. 248.

(28) *Ibidem*, p. 244.

(29) GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 40.

La exigencia del “caso judicial” y un peligroso precedente

Emilio A. Ibarlucía (*)

La Corte Suprema se ha expedido en la consulta que la presidenta del Senado le ha formulado acerca de la constitucionalidad de aprobar leyes sesionando por medios virtuales o remotos en aplicación del art. 30 del Reglamento de la Cámara.

Ante la sorpresa de cualquier abogado, la mayoría del tribunal y el Dr. Rosatti, por sus propios fundamentos, pese a comenzar los respectivos votos recordando su pacífica e inveterada doctrina acerca de que no les corresponde a los jueces expedirse en abstracto sino solo cuando es requerido por parte interesada en un *caso*, *causa* o *controversia* entre partes adversas, en una suerte de *obiter dictum* (la mayoría) o a *título de colaboración* (el Dr. Rosatti), terminó evacuando la consulta que se le hiciera con profusas y largas consideraciones, recordando precedentes resueltos —esos sí— en *casos concretos* vinculados de alguna manera con el tema. Dijeron, además, que la cuestión no era materia de la competencia originaria de la Corte (art. 117, CN). El Dr. Rosenkrantz votó en disidencia, limitándose a rechazar el pedido por esto último y, principalmente, por la primera razón; es decir, por no tratarse de un *caso contencioso*, con abundantes citas de precedentes, como para que no quedara ninguna duda.

El voto de mayoría es muy curioso, porque, pese a lo terminante e indudable de lo sostenido en relación con la inexistencia de un caso, concluye resolviendo que “el Senado de la Nación tiene las atribuciones para interpretar su propio Reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de la Nación”. Es decir, contesta la consulta, y el voto del Dr. Rosatti —un poco más prolijo— termina declarando que no corresponde a la competencia de la Corte prevista en el art. 117 de la CN por inexistencia de caso (1).

La exigencia del *caso*, *causa* o *controversia* no es una cuestión menor. Es la base del sistema de división de poderes de nuestro sistema constitucional. Es que no podemos perder de vista que es de inspiración norteamericana. En el país del norte, el control judicial de constitucionalidad nació con el célebre fallo “Marbury vs. Madison” de 1803, donde la Corte Suprema se arrogó una facultad que, al menos formalmente, no estaba prevista en el texto constitucional (2). Se erigió así en un fuerte poder del Estado en la medida en que, de ahí en más, tendría la última palabra para decidir acerca de la validez de las decisiones tomadas por los poderes elegidos directamente por el pueblo (3).

Con el tiempo, la Corte norteamericana fue fortaleciendo por ese medio su poder, y por

ello casi simultáneamente surgieron los interrogantes acerca de cuál debía ser el límite de ese poder de control y cómo debía ejercerse. Diversas teorías se esbozaron al respecto (4), discusión que persiste hasta el día de hoy. Preocupada por la exorbitancia de tan importante poder de control, la propia Corte norteamericana se autolimitó por medio de la teoría de las *cuestiones políticas no justiciables* (5), que siempre tuvo poco de jurídica y mucho de política (valga la redundancia), para evitar entrar en conflicto con los otros poderes del Estado y que sus decisiones no fueran cumplidas. También por ello nació la teoría del Poder Judicial como *poder contra-mayoritario* (6), toda vez que, cada vez que declaraba una inconstitucionalidad de una ley, contrariaba la voluntad de los representantes de la mayoría del pueblo que la habían votado. Tal punto de vista siempre ha generado arduos debates acerca de la legitimidad de los jueces para ejercer ese tipo de control, esgrimiéndose distintas teorías justificatorias o, en su caso, acerca de cuándo debían los jueces cumplir tal función.

Todos estos debates, aunque con menor intensidad, se han repetido en nuestro país, ya que desde los orígenes de nuestra organización nacional seguimos el sistema de control judicial difuso de constitucionalidad. Pero lo que nunca estuvo en duda ha sido que el Poder Judicial debe expedirse solo ante un *caso* sometido a su decisión. Es que así se estableció expresamente en la primera Ley de Organización de los Tribunales Federales, la ley 27, sancionada en octubre de 1862, a poco de comenzar el funcionamiento de la Corte Suprema. Textualmente, el art. 2º de la ley reza: “Nunca procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los *casos contenciosos* en que es requerida a instancia de parte” (7). La importancia del texto se resalta cuando, a continuación, el art. 3º prescribe: “Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

Es decir, fue el propio legislador (8) el que habilitó a los tribunales federales (9) a declarar la invalidez de leyes y otras normas de los poderes políticos por contrarias a la Constitución, pero le puso un *coto* a tal facultad; o, si se quiere, *circunscribió* o *encapsuló* tan importante atribución. Debía ejercerse en casos concretos sometidos a decisión de los tribunales: cuando una parte interesada —alegando la vulneración de un derecho subjetivo o un interés legítimo, y por ende con legitimación activa suficiente (10)— planteara la invalidez de la norma en el caso concreto, argumentando con el perjuicio concreto que

le causaría su aplicación. También se llamó a tal exigencia *causa* (término extraído del art. 100 —actual art. 116— de la CN) o *controversia*, que denota mejor la idea de que tiene que haber *partes adversas* (11).

La forma más clara de definir el *caso* o *causa* siempre fue contraponiéndola a la *cuestión abstracta*, como siempre dijo la Corte. Es decir, cuando se pretendía que los jueces se pronunciaran sobre un tema jurídico determinado, fuera de una controversia concreta donde se persiguiera la determinación de un derecho frente a otro que lo negara. A tal punto se quiso evitar que se cayera en ese tipo de pronunciamientos que, junto con el control de constitucionalidad, la jurisprudencia norteamericana elaboró los conceptos de *ripeness* (madurez) y *mootness* (abstracto por pérdida de actualidad) (12) para rechazar acciones que todavía no habían causado perjuicio alguno o que, al momento de resolver, se habían tornado abstractas, lo que fue seguido en nuestro país, especialmente en materia de amparo. Ambas cuestiones sufrieron una gran mutación con el tiempo, tanto por reconocerse la procedencia de amparos ante la inminencia de un perjuicio, como por vía de las acciones preventivas, que el Código Civil y Comercial reconoce actualmente (art. 1711), pero subsiste la exigencia de que el daño no sea meramente abstracto o conjetural, cuestión que los jueces deben evaluar en cada caso.

También la exigencia de que la cuestión no se haya vuelto abstracta ha sufrido algunas excepciones en la jurisprudencia de la Corte nacional cuando ha considerado que el tema, dadas sus peculiaridades, puede volverse a presentar, y el Alto Tribunal ha considerado necesario pronunciarse para sentar doctrina al respecto. Me refiero, por ejemplo, al caso emblemático del cuestionamiento de la ley electoral que llegó a la Corte cuando ya habían pasado las elecciones (13), o a la conocida causa sobre el aborto no punible que el tribunal resolvió cuando ya se había vuelto abstracta (14), pero en ambos había habido *casos* en las instancias anteriores.

Ahora bien, la exigencia del *caso contencioso* está íntimamente ligada a los efectos que en nuestro sistema de control tiene la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de otra norma jurídica. Es un efecto *inter partes*, o sea, para las partes del juicio, y no *erga omnes* (con efectos para quienes no han sido parte en el proceso). Esto surge claro de la misma redacción del art. 3º de la ley 27. Bien leído, no dice que la justicia federal debe *declarar* la inconstitucionalidad de una norma contraria a la Constitución, sino que debe *prescindir* de ella para resolver los casos contenciosos mencionados en el art. 2º. Esta terminología no es casual; parece evidente que el legislador quiso evitar las declaraciones pomposas de invalidez de leyes como si

tuvieran efectos generales, y si leemos los *leading cases* (15) de control de constitucionalidad vemos que se actuó de esa manera. No obstante, con el tiempo los tribunales comenzaron a declarar formalmente inconstitucionalidades, pero siempre con efectos para el caso resuelto.

Es que la exigencia del *caso* con efectos *inter partes* está en la naturaleza del control judicial difuso de constitucionalidad. En efecto, nació con el fallo “Marbury” frente al dilema de interpretación que se les planteó a los jueces de la Corte norteamericana para resolver el caso concreto que tenían en sus manos. ¿Debían aplicar la Constitución o la *Judiciary Act*? Si eran incompatibles, una tenía que ser válida y la otra no (silogismo de Marshall). Tal encrucijada podía volver a presentarse a cualquier juez del país en el momento de tener que resolver la norma aplicable al caso. De ahí que los argumentos del fallo trasladaron el poder de control a todos los jueces y no solo a la Corte.

Podrá decirse que, de acuerdo con cierta jurisprudencia de la Corte, la doctrina que emana de sus decisiones debe ser seguida por el resto de los tribunales del país, pero ello no cambia que el principio general es que el efecto es *inter partes*. Es que tal doctrina de la Corte no surge de una norma expresa de la Constitución, sino que surgió con motivo del alcance que debía darse a los fallos que invalidaban sentencias por arbitrariedad, y el Alto Tribunal siempre ha dejado a salvo que la doctrina puede ser dejada de lado si se dan razones plausibles para apartarse de ella (16). Asimismo, en las acciones colectivas, los efectos de las sentencias pueden alcanzar a personas que no han sido parte en el juicio, pero siempre como beneficiarios y no en su contra.

Volviendo al origen de nuestro sistema, ese poder de control necesariamente debía surgir por *vía indirecta, incidental* o *de excepción* al objeto principal del juicio o de la defensa planteada. Es decir, la finalidad del actor podía ser, por ejemplo, desalojar al inquilino, para lo cual debía remover el obstáculo que una ley de suspensión de desahucios hubiera dispuesto, no como declaración en abstracto de la invalidez de la ley. Asimismo, un demandado podía plantear, por ejemplo, la inconstitucionalidad de una ley que no le permitiera defenderse cabalmente en un juicio de cobro de pesos.

Todas estas exigencias —existencia de *caso*, acotamiento de la legitimación activa, control por vía incidental, efectos *inter partes*— responden a la forma en la que nació el sistema del control judicial difuso de constitucionalidad, pero también a la necesidad del propio Poder Judicial de acotar o circunscribir ese gran poder. Como decía un maestro del derecho constitucional (17) con agudeza, cada vez que un tribunal declara la incons-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesor adjunto regular de Derecho Constitucional de la UBA; profesor de la maestría de Magistratura y de cursos de doctorado de la UBA; juez de la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, Buenos Aires; asesor académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires; presidente del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, Consejo Departamental de Mercedes.

(1) En rigor, debió decir: “por no darse ninguno de los supuestos del art. 117 de la CN y por inexistencia de caso”, porque lo primero es independiente de lo segundo.

(2) Aun cuando se sostiene que los constituyentes lo previeron con sustento en el nro. 78 de “El Federalista” de Madison, Hamilton y Jay.

(3) El entonces presidente Thomas Jefferson protestó

siempre contra el fallo “Marbury” —que no le fue adverso—, por el poder que, de ahí en más, se arrogó la Corte.

(4) Entre las primeras: las de Thomas de Cooley y Luis Brandeis; ver BIANCHI, Alberto B., “Control de constitucionalidad”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 98.

(5) Esbozada en el mismo fallo “Marbury vs. Madison”, quedó muy explícita en “Luther vs. Borden” (1849) y en muchos otros. En nuestro país, en “Cullen c. Llarena” (CS, Fallos 53:420, 1893) y varios más.

(6) Especialmente: BICKEL, Alexander, “The least dangerous branch”, Bobbs-Merrill, Indiana, 1962.

(7) Casi simultáneamente, en septiembre de ese año se sancionó la ley 15, que declaró Código Nacional al Código de Comercio que regía en la provincia de Buenos Aires, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo. El punto III del Título Preliminar dice expresamente: “Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones

generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al *caso especial* de que conocen”.

(8) Y no pretorianamente, la Corte, en los fallos “Sojo” (1987) y “Municipalidad de la Capital c. Elortondo” (1888), como a veces equivocadamente se dice.

(9) Al tratarse de control judicial difuso, y por los mismos argumentos de los fallos citados en la nota anterior, la facultad se extendió a los tribunales provinciales, como muchas Constituciones locales prevén.

(10) La legitimación activa sufrió una ampliación notable con el reconocimiento de las acciones colectivas, especialmente luego de la reforma de 1994 (art. 43), pero es ajena a este trabajo su consideración.

(11) La existencia de estas no necesariamente debe darse en un juicio contradictorio, sino que puede aparecer en un juicio voluntario en la medida en que la aplicación de la norma le niegue a alguien un derecho (v.gr.,

la condición de heredero, la posibilidad de ser tutor o adoptante, etc.). En tal caso, la parte adversa puede ser el Ministerio Público (en representación de los intereses públicos o de los incapaces involucrados en la causa).

(12) Ver BIANCHI, Alberto B., “Control de constitucionalidad”, ob. cit., ps. 296 y 303.

(13) CS, “Ríos, Antonio”, Fallos 310:819 (1987).

(14) CS, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Fallos 335:197 (2012).

(15) “Sojo” y “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”.

(16) “Balbuena” (CS, Fallos 303:1770) y “Cerámica San Lorenzo” (CS, Fallos 307:1094), de 1981 y 1985, respectivamente. Me remito a mi trabajo: “Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ED Const., 2006, p. 215.

(17) Alberto A. Spota.

titucionalidad de una ley se produce un cimbronazo en el sistema jurídico, porque está decidido que lo decidido por los poderes representativos del pueblo no es válido. De ahí las distintas teorías sobre la *autorrestricción* de los jueces y aquel apotegma tan repetido por la Corte Suprema argentina: “La misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes” (18).

Es por ello que en el orden federal hasta 1985 nunca se reconoció la existencia de una acción directa de inconstitucionalidad, o sea, aquella que tuviera por único fin la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En el orden provincial, muchas Constituciones locales desde antiguo la previeron para ser deducida ante los Superiores Tribunales contra normas locales por ser contrarias a la Constitución provincial (19), pero siempre se exigió que hubiera un *caso*, es decir, que la accionante demostrara que la norma le causaba un perjuicio actual o inminente (20).

En 1967 se sancionó un nuevo Código Procesal Civil y Comercial, que contempló la acción meramente declarativa de certeza en el art. 322. Se previó para cuestiones civiles y comerciales —v.gr., el carácter propio o ganancial de un bien— que produjeran *un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera causar un perjuicio o lesión actual al actor* y no se dispusiera de otro medio legal para ponerle término.

Pronto se advirtió que el estado de incertidumbre podía surgir respecto de la constitucionalidad de una ley y que ello causara un perjuicio actual o inminente, y la cuestión llegó a la Corte con el conocido caso “Hidronor c. Provincia de Neuquén” planteado en competencia originaria (21). La actora cuestionó la validez constitucional de un impuesto de la provincia del cual era sujeto pasivo y dedujo una acción directa ante la Corte para obtener una declaración de inconstitucionalidad mediante la cual quedara habilitada a no pagarlo. El procurador Eduardo Marquardt hizo un extenso dictamen para sortear el obstáculo de la falta de acción directa de inconstitucionalidad en el orden federal; sostuvo que la acción del art. 322 se refería tanto a las relaciones de derecho privado como a las de derecho público y que existía un caso dado que la actora tenía un interés concreto en que se dilucidase la cuestión. Lamentablemente, la Corte no llegó a pronunciarse, porque la empresa desistió de la demanda (22).

En 1984 la Corte reiteró su criterio tradicional de que no podía expedirse en cuestiones abstractas al pretenderse la declaración de inconstitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo que convocara a la consulta sobre el Tratado de Paz y Amistad con Chile sobre el canal de Beagle (23), criterio que reiteró al año siguiente en el caso “Constantino Lorenzo” (24), tan citado en el fallo que comentamos.

Pero en el mismo año 1985, la Corte, en el caso “Provincia de Santiago del Estero c. Estado Federal e YPF” (25) —en un juicio iniciado en instancia originaria—, transformó una acción de amparo diciendo que el tema debía encauzarse por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad, haciendo hincapié en que el reclamo no tenía un carácter meramente consultivo o especulativo, dado que se pretendía que la tasa que había impuesto la provincia no dejara de pagarse por obra de una resolución del Ministerio de Obras Públicas nacional.

Dos años después, el Alto Tribunal, en el fallo “Gomer SA c. Córdoba, Provincia” (26), precisó la cuestión diciendo que tenían que cumplirse todos los requisitos de admisibilidad de la acción meramente declarativa del art. 322 del Cód. Proc. Es decir: estado de *incertidumbre* sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica (que debe subsistir al dictarse el fallo); que aquella produzca un *perjuicio o lesión actual* al actor (lo que no depende de la eventualidad de la relación jurídica), y que no exista otro remedio legal para ponerle fin.

Quedó así consagrada la acción del art. 322 como *sustituta* de la falta de previsión expresa de la acción directa de inconstitucionalidad en el orden federal, y el énfasis puesto por la Corte en que deben darse los requisitos que la norma contempla responde a la exigencia de que los tribunales solo se pronuncien en *casos contenciosos*, como lo exige la ley 27. De ninguna manera la jurisprudencia de la Corte importa la habilitación para que los jueces se pronuncien en abstracto o evacúen consultas. Así ha quedado precisado en numerosos pronunciamientos de la Corte, entre otros en el conocido fallo “Fayt” de 1999, que versó sobre la validez del art. 99, inc. 4º, de la CN, introducido por la reforma de 1994, que ciertamente afectaba al actor (27).

El fallo que motiva el presente comentario versaba sobre una típica cuestión abstracta. Como lo dicen con claridad los votos de Rosatti y Rosenkrantz, no hay ningún perjuicio

actual o inminente y no hay partes adversas. Se alegó en la acción que, con motivo de la pandemia, debían dictarse leyes impositivas, toda vez que no podía hacerse por decreto de necesidad y urgencia, y debía despejarse la duda acerca del funcionamiento del Senado, dado que los futuros sujetos pasivos afectados podían llegar a cuestionar su validez. Los jueces mencionados dicen que no solo la ley no se ha dictado, sino que ni siquiera se ha presentado, y que nadie le ha negado al Congreso que las Cámaras tengan facultades de interpretar sus reglamentos o de reformarlos, por lo que no existe controversia alguna entre partes adversas (28). O sea, ninguna de las circunstancias exigidas por el art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com.

El consid. III del voto del Dr. Rosatti se titula: “Principio de colaboración entre los poderes del Estado. Consideraciones frente a la excepcionalidad de la situación”. Se ubica así en línea con lo que Roberto Gargarella sugirió en el debate “Los derechos constitucionales frente a la pandemia”, organizado por la Facultad de Derecho de la UBA por plataforma virtual el 23 de abril pasado: la conveniencia de la *colaboración* entre los poderes del Estado, en lugar de la confrontación.

Considero al respecto, en primer lugar, que decir que una cuestión planteada ante la Corte por un órgano de un poder del Estado no es un caso contencioso no es confrontativo. Simplemente es ello y nada más. Pero la razón más importante por la cual no comparto tal visión es que, más allá de sus buenas intenciones, evacuar una consulta de un poder del Estado por la Corte implica un peligroso precedente.

En efecto, si la Corte comienza a responder consultas acerca de lo que los poderes políticos desean o se disponen a hacer, se involucrará en esas decisiones, fuera de sus competencias constitucionales. Puede terminar transformándose en una suerte de asesor o consultor con carácter previo de decisiones políticas, y, naturalmente, correrá la suerte de su resultado, exitoso o no. Ello, por supuesto, no es conveniente desde ningún punto de vista. La división de poderes —pilar del sistema republicano— quedaría fuertemente afectada.

La segunda razón por la cual no comparto la teoría “colaborativa” es que implica el riesgo evidente de incurrir en prejuzgamiento, dado que puede surgir un caso judicial donde se cuestione la validez constitucional de la medida, de la cual la Corte

participó como consultor. Si ello ocurriera, podrían los ministros de la Corte que se pronunciaron ser recusados o excusarse, pero ello no es nada conveniente, dado que lleva a que el Alto Tribunal deba integrarse con conjueces.

Consciente de este problema, el voto del Dr. Rosatti en dos oportunidades resalta que el pronunciamiento que se dicta no debe entenderse como prejuzgamiento en relación con algún caso concreto que se presente en el futuro. Es muy posible que ninguno se presente en los términos de la resolución (29) de la Corte, toda vez que es difícil imaginar que alguien pueda cuestionar que las Cámaras del Congreso en las actuales circunstancias sesionen por vía telemática (30). Pero de lo que se trata es de que no deben sentarse precedentes por los cuales la Corte, so pretexto de colaboración, participe en la toma de decisiones de gobierno y prejuzgue sobre eventuales casos que puedan llegar a sus estrados.

Cierto es que, en el sistema constitucional francés, el Consejo Constitucional en determinados casos se pronuncia en abstracto y en forma preventiva sobre la constitucionalidad de leyes que todavía no han sido promulgadas, pero se trata de un diseño institucional muy distinto al nuestro, sentado sobre bases históricas y filosóficas muy diferentes. El mismo Consejo no se expide en casos contenciosos (31), y esa facultad se instituyó en 1958 como forma de compensar el no reconocimiento a los jueces del poder de control de la constitucionalidad de las leyes.

Finalmente, no se me escapa que muchas veces se ha dicho que la Corte *también gobierna* (32), pero lo hace a través de sus sentencias cuando resuelve casos sometidos a su decisión, dado que convalidar una ley o un decreto o invalidarlo es una decisión de carácter político, que tiene importantes consecuencias institucionales, políticas, económicas y sociales. La Corte es el último intérprete de la Constitución y genera doctrina constitucional, que consolida y reitera a través del tiempo, la que es seguida por los tribunales de todo el país y, se supone, tenida en cuenta por las autoridades nacionales y provinciales. Es un poder político, no cabe duda, pero no toma decisiones previas ni conjuntas con los poderes políticos del Estado. No es —reitero— un asesor o una consultora. Espero que siga siendo así.

Cita on line: AR/DOC/1436/2020

{ NOTAS }

(18) CS, “Rolón Zappa”, Fallos 308:1848 (1986), entre otros.

(19) V.gr.: art. 161, inc. 1º, de la Const. de la provincia de Buenos Aires.

(20) La excepción se da en la Ciudad de Buenos Aires a raíz de la interpretación que el Tribunal Superior ha hecho del art. 113, inc. 2º, de la Constitución de la Ciudad y de la ley 402, lo que no he compartido (“Reflexiones sobre el control abstracto de constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, ED 215-274).

(21) CS, Fallos 307:1387, LA LEY 154-515, con comentario de Bidart Campos.

(22) La postura de Marquardt fue seguida por su su-

cesor en el cargo, el Dr. Enrique C. Petracchi, en el caso “Nicenbolm” (CS, Fallos 249:239).

(23) Caso “Baeza” (CS, Fallos 306:1125)

(24) CS, Fallos 307:2384.

(25) CS, Fallos 307:1379.

(26) ED 123-425, con comentario de Bidart Campos.

(27) CS, Fallos 322:1609.

(28) La acción se dedujo contra el Estado Nacional sin decir cuál era el órgano que cuestionaba esa atribución del Senado.

(29) Podría sí presentarse un conflicto sí, p. ej., no se computan bien los votos de los legisladores participantes, pero es otro cantar. La Corte recuerda que cada Cá-

mara interpreta sus atribuciones para sancionar leyes, lo que no es revisable, salvo que no se cumplan los requisitos “mínimos” para ello (conf. CS, “Soria de Guerrero”, Fallos 256:566, 1963; y CS, “Nobleza Piccardo”, Fallos 321:3487, 1998).

(30) No se puede creer que se pueda pensar que las Cámaras no puedan decidir que tienen facultades para sesionar de una manera no presencial, cuando de lo que se trata, precisamente, es de preservar la plena vigencia de la Constitución, lo que implica que todos los poderes del Estado, sin excusas, cumplan su función.

(31) Con la salvedad de que desde el año 2009 se ex-

pide en la *cuestión prioritaria de constitucionalidad* elevada por los Tribunales Superiores (vía inspirada en otros países europeos), los cuales no tienen ninguna facultad para pronunciarse al respecto, dada la histórica desconfianza a los jueces. Ver mi trabajo: “La aproximación de los sistemas de control de constitucionalidad”, LA LEY, 2015-C, 716.

(32) Se sostiene que nuestra Constitución, en la Segunda Parte (“Autoridades de la Nación”), ubica al Poder Judicial dentro del Título Primero (“Gobierno Federal”).