

El rol político del Poder Judicial en la democracia argentina. ¿Custodio de las minorías o legitimador de la voluntad popular?

*Ana Laura Stigliano**

Resumen

Este artículo busca describir el rol del Poder Judicial en la división histórica de poderes de la República Argentina, partiendo desde su origen hasta su posterior transformación en pos del nuevo escenario político que trajo consigo la constitución de una democracia deliberativa en el año 1983. La pregunta disparadora y de análisis será: el Poder Judicial ¿es custodio de las minorías o legitimador de la voluntad popular?

Palabras clave: Poder Judicial, división de poderes, democracia argentina, minorías, voluntad popular.

The Political Role of The Judicial System in the Argentinian Semocracy. Is it Guardian of The Minorities or Legitimizer of the Popular Will?

Abstract

This article is an approximation to describe the role of the Judicial System in the historical separation of powers in the Argentine Republic,

* Abogada argentina; egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Especialista en Administración de Justicia con orientación en género (UBA); actualmente se encuentra elaborando su tesis en el marco de la Maestría en Magistratura (UBA); empleada del Poder Judicial de la Nación en el fuero Criminal y Correccional; anita.stigliano@live.com.

since its origins until the transformation that took place in the new political scenery created by the establishment of a deliberated democracy in the year 1983. The initial question of analysis will be: Is the Judicial System a guardian of the minorities or legitimizer of the popular will?

Keywords: Judicial System, Separation of Powers, Argentinian Democracy, Minorities, Popular Will.

I. Introducción

El rol político del Poder Judicial en la República Argentina no ha sido lineal a lo largo de la historia, pues no resulta casualidad que este sea el único poder del Estado que continuó en funcionamiento durante la totalidad de los gobiernos militares y antidemocráticos sin haber sufrido cambios significativos en su composición. Desde esta perspectiva, intentaremos describir cómo se ha ubicado al Poder Judicial en la división histórica de poderes de nuestro país y cómo ha sido su posterior transformación en pos del nuevo escenario político que trajo consigo la vuelta de la democracia en el año 1983. Es así que la consolidación de una nueva democracia constitucional deliberativa en la Argentina ha colocado a la magistratura en el foco del debate público y la judicialización de las políticas públicas pasó de ser una excepción a ser regla.

Desde el juicio a las juntas hasta nuestros días, el rol protagónico del Poder Judicial se ha mostrado fundamental para delimitar el avasallamiento a los derechos constitucionales en el campo de la democracia. Este nuevo protagonismo de los jueces en el juego político argentino nos llevará a hacernos una pregunta relevante: ¿el Poder Judicial es custodio de las minorías o legitimador de la voluntad popular?

Como veremos, no será sencillo encontrar una respuesta determinante –ni ese es el objetivo principal de este trabajo–. Más bien, reflexionaremos sobre en qué medida los jueces se colocan en el desconocido rol que les es encomendado y si ello responde más a la necesidad de ejercer su función contramayoritaria o –por el contrario– continúa siendo su motivación legítimar las acciones del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo como representantes de la voluntad popular.

Desde este interrogante, advertiremos cómo el nacimiento de la división de poderes en nuestra nación, a través de la implementación de un

sistema combinado entre las tradiciones norteamericana y continental –esta última incluye la codificación del derecho– ha condicionado el funcionamiento del Poder Judicial y lo ha reducido a la aplicación automática de las normas, circunstancia que ha mutado exponencialmente a partir del novedoso juego político propuesto por la institución de la democracia constitucional deliberativa. Será relevante, también, analizar la vinculación que tiene la independencia judicial en el desarrollo de este rol otorgado a la función de la magistratura en la democracia deliberativa y, en particular, en el escenario político y de distribución del poder de la democracia argentina.

Lo que sí puede observarse es que nuestra democracia es joven, apenas lleva 40 años sin ser interrumpida. Teniendo en cuenta tal circunstancia, podría decirse que el Poder Judicial (en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya composición no se ha mantenido estable a través del tiempo) todavía no ha logrado encontrar de forma definitiva un rol identitario e independiente del Poder Ejecutivo dentro de la discusión pública.

II. La división de poderes y el rol histórico del Poder Judicial en la Argentina

Para entender el funcionamiento actual de nuestros tribunales es apropiado adentrarnos en el origen de nuestro sistema de gobierno y el rol otorgado primariamente al Poder Judicial en la división de poderes, que no fue –sin lugar a dudas– ni un papel principal, ni un papel activo.

Con esa finalidad resulta fundamental saber que nuestro sistema político no fue pensado para responder a ideales democráticos de participación y deliberación popular, sino que fue elaborado para organizar un territorio, crear poder y desarrollar una economía capitalista organizada que garantice (de forma efectiva) la construcción de un Estado.¹

Es así que, en la búsqueda de la edificación del país, para los creadores de la patria, fue imperioso contar con un sistema de gobierno que permitiera la concentración del poder. En tal fundamento el sistema argentino tomó para su nacimiento partes de la tradición europea y

1. Böhmer, M., “División de poderes ‘a la argentina’; democracia en las formas, monarquía en el fondo”, en *El país que queremos. Principios, estrategia y agenda para alcanzar una Argentina mejor*, Temas Grupo Editoria, 2006, p. 2.

continental –parlamentarista– y consignas de la tradición norteamericana, presidencial.

Si bien ambas tradiciones tienen como puntapié la soberanía popular es preciso, para reflexionar sobre nuestra división de poderes, diferenciar ambos sistemas de gobierno. En primer lugar, es dable destacar que en el sistema continental se parte de la premisa de la mayoría como única voluntad, pues el pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes que integran el Poder Legislativo, el parlamento.²

En ese contexto, el Poder Judicial nace sobre la base de la necesidad de resolver conflictos que surjan únicamente de la mala interpretación de las decisiones legislativas, es decir, las leyes. El rol de los tribunales, entonces, se limita a la aplicación de las normas que son sancionadas única y estrictamente por el criterio de la voluntad popular.

En palabras de Montesquieu, los jueces son la “boca” de la ley, por lo que deben dedicarse meramente a decir la ley, no a deliberar sobre su corrección ni a tomar decisiones respecto de su oportunidad (...) En efecto, no está entre las atribuciones de los jueces razonar sobre la ley, ya que el “cerebro” relevante es el de los representantes del pueblo [...] La tradición formalista del derecho continental considera que las decisiones judiciales han de ser el resultado de un silogismo en el cual la sentencia se debe seguir de una premisa mayor, la ley, y una menor, los hechos.³

Desde este supuesto, surge la creación de los Códigos como herramientas legales autosuficientes. Ello, con el objeto de que sea el Poder Legislativo el que contemple, dentro de las reglas, la totalidad de las situaciones conflictivas posibles. Por tanto, la función de los jueces –en este sistema– se reduce a aplicar de forma automática las soluciones emanadas del propio pueblo a través de sus representantes.⁴

Con lo expuesto podría concluirse que en la tradición europea los juzgados no tienen un papel protagónico; por el contrario, su voluntad es

2. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 3.

3. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 5.

4. Böhmer, M., *Idem* N°2, pp. 5-6.

irrelevante y su única exigencia es saber lo normado por los Códigos y la doctrina alusiva para su interpretación.

Por otra parte, el sistema norteamericano propone como premisa básica la existencia de un límite a la mayoría como una forma de controlar la democracia. En esta idea no alcanza únicamente la elección popular periódica para controlar a un poder, sino que es necesario un sistema de frenos y contrapesos para que las decisiones no se concentren en una sola institución política.⁵

Así, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder judicial comparten el poder político y todos se controlan entre sí con la finalidad de que no se avasallen mutuamente. Para ello, en este sistema es imprescindible la existencia de una Constitución que represente la voluntad popular. El Presidente, elegido por el pueblo y como representante del Poder Ejecutivo, es el jefe de Estado y de Gobierno y el Poder Legislativo es el encargado de la creación de las leyes, también –obviamente– por elección popular.

Lo relevante, a los fines del desarrollo de este trabajo, consiste en que en este sistema el Poder Judicial –el que no es nombrado por voto popular, sino por una elección realizada de forma conjunta por los otros poderes–, “tiene la atribución de controlar constitucionalmente las decisiones de los órganos mayoritarios, es decir, de ignorar las decisiones de los representantes del pueblo si conforme a su particular visión de la Constitución, aquellas la contradicen”.⁶

Finalmente, es importante remarcar que, en la referida tradición, las decisiones del tribunal superior son obligatorias para todo el resto de los magistrados, circunstancia que le otorga al Poder Judicial un papel protagónico que no solo realza a los jueces como actores dentro de la discusión política, sino que también le asigna a la jurisprudencia una relevancia fundamental para el funcionamiento normativo de la república.

Desarrollado esto, es el turno de observar nuestro propio sistema político, el argentino, que –como hemos señalado– no sigue ni totalmente al francés, ni tampoco de forma completa al norteamericano.⁷

5. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 8.

6. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 10.

7. Su origen encuentra fundamento en los textos *Facundo*, de Domingo Faustino Sarmiento (1845), y *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, de Juan Bautista Alberdi (1852).

La construcción de nuestro Estado requería, para nuestros fundadores, la existencia de una división de poderes al estilo norteamericano, pero también necesitaba que ninguno de los otros poderes limitara el ejercicio de las funciones del Poder Ejecutivo.

Por este motivo es que nuestra Constitución, sancionada en 1853, diseñó un esquema político en el que el Poder Ejecutivo participa de forma activa en la creación de las leyes, no solo por su poder de vetarlas, sancionarlas y promulgarlas, sino también por su potestad para iniciar el tratamiento de un proyecto.⁸

En este panorama el Poder Judicial cumple un rol interpretador de la ley, que no le permite ejercer cambios legislativos, pero sí –siguiendo la tradición norteamericana– se le otorga el poder del control de constitucionalidad. Además, la implementación de una justicia federal la cual deposita una sede de la magistratura en cada una de las provincias.⁹

Continuando esta línea, la Corte Suprema –instituida primariamente con cinco miembros– tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y/o decisiones según su propio entendimiento en las cuestiones consideradas federales.

Sin embargo, este poder no es tan significativo como lo es en el sistema norteamericano puro, pues tomando elementos de la tradición continental, la Constitución no le ha asignado a las sentencias de la Corte Suprema la obligatoriedad para los jueces inferiores, extremo que aumenta la concentración de poder del gobierno nacional.¹⁰

Pero este último elemento no es el único que nuestro sistema ha tomado de la tradición europea para limitar el poder de la magistratura, también se estableció la creación de Códigos Nacionales aplicables en todas las provincias del país. Gracias a ello, para los operadores del derecho fue suficiente estudiar los Códigos de memoria, abandonar la argumentación y minimizar el ejercicio de sus funciones al formalismo continental, con el pequeño detalle de que nuestro sistema contenía elementos del sistema norteamericano que requerían otras intervenciones.¹¹

8. Actual Art. 99 de la Constitución Nacional Argentina.

9. Actuales Arts. 116/119 de la Constitución Nacional Argentina y leyes 27 (creación del sistema judicial federal) y 48 (regulación del control de constitucionalidad).

10. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 18.

11. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 19.

Como consecuencia de lo expuesto podría deducirse que el rol del Poder Judicial no fue pensado para su participación activa en la democracia. Si nos preguntamos cómo es posible que la magistratura haya llegado a mantener su funcionamiento y composición en los gobiernos inconstitucionales de facto podemos encontrar una fácil respuesta en lo desarrollado hasta el momento.

Tal como veremos, en este modelo surgido de la Constitución de 1853, no existe el conflicto entre democracia y Constitución, síntoma natural en una democracia constitucional, lo que se vislumbra en el hecho de que el Poder Judicial ha adoptado por años un papel deferente y secundario, cuyo único fin resultó ser no interferir en los actos de gobierno emanados de la voluntad popular a través de sus representantes.¹²

III. La constitución de la democracia deliberativa en la Argentina: nuevo rol político del Poder Judicial

a) Algunas consideraciones para entender la democracia constitucional deliberativa

Luego de haber expuesto el origen de nuestro sistema de gobierno y previo a adentrarnos en el cambio propuesto por la política argentina a partir de 1983, corresponde hacer algunas consideraciones básicas para definir a la democracia constitucional deliberativa y ubicar el rol del Poder Judicial en ella.

Según Carlos Nino –autor que tomaremos como referencia para describir este modelo de gobierno– la democracia constitucional es un sistema en el que se combinan (como su nombre lo indica) el constitucionalismo y la democracia. Sin lugar a dudas, lejos de ser una unión ideal de valores, esta combinación genera tensiones cuando un componente se fortalece más que el otro o uno se debilita más que el otro. En definitiva, deben equilibrarse

12. Lo dicho se analizará de forma detallada en el punto IV.b donde se realizará un recorrido por una selección de fallos relevantes de la CSJN desde 1983 hasta 2021. Para mayor profundidad puede ser consultado lo expuesto en Böhmer, M., “La corte de los 80 y los 90. Un diálogo sobre el *rule of law* en Argentina”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Editores del Puerto, 2001.

mutuamente y ponerse frenos entre sí.¹³ Quiérase o no, la democracia constitucional pretende que la Constitución y el poder político encuentren su límite el uno en el otro.

Dentro de este esquema, podemos asumir que el constitucionalismo –como mínimo– consiste en establecer en una carta magna reglas generales que prescriben la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y los individuos, poniendo límites al poder popular.

Ahora bien, cuando hablamos de democracia –concepto que puede definirse de diversas maneras– el enfoque estará puesto en la democracia deliberativa, pues si comprendemos la tensión entre esta y la Constitución podremos interpretar mejor la función del Poder Judicial en nuestro panorama político.

Desde este punto de vista, Nino define a la democracia deliberativa como un proceso de constante discusión moral sujeto a un límite de tiempo, donde a la hora de tomar decisiones todos los involucrados forman parte de la discusión, con una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución o abordaje del conflicto a fin de alcanzar una meta imparcial y moralmente aceptable, siempre y cuando la totalidad de los individuos la acepten libremente y sin coerción.¹⁴

Para ello, desde nuestra interpretación, es imperiosamente necesario conocer los intereses de los otros, ya que no puede deliberarse si no existe comunicación alguna con la oposición y los ciudadanos. Por tanto, se torna esencial para la organización y el funcionamiento del Estado fomentar el diálogo y la participación activa de los actores políticos en el debate público –cosa que como hemos visto se opone a los fundamentos que posee la creación de nuestra nación.¹⁵

13. Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 13.

14. Nino, C. S., *Idem* N°14, pp. 166-167.

15. Al hablar de la oposición de los pilares de la democracia deliberativa con los fundamentos que dieron origen a nuestra nación, se busca contrastar las ideas de C. S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, con los fundamentos que vinculan la república con la monarquía, desarrollados por J. B. Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1852. “Felizmente, la república, tan fecunda en formas, reconoce muchos grados, y se presta a la exigencia de la edad y del espacio. Saber acomodarla a nuestra edad es todo el arte de

La democracia deliberativa puede ser implementada en cualquier forma de representación (democracia directa/indirecta, presidencialista/parlamentaria) pero lo que prevalece siempre es el acercamiento a la discusión y al diálogo de la totalidad de los actores políticos de la sociedad: poderes, organizaciones sociales, organizaciones sin fines de lucro, sindicatos, instituciones educativas, medios de comunicación, etc.

Carlos Nino explica que para alcanzar una verdadera deliberación – que no responda únicamente a un discurso de gobierno dirigido a cooptar el voto popular– el debate público debe ser de calidad; cuanto más pobre es este, más debilitado se encuentra el sistema.¹⁶ Sin embargo, si bien resulta cardinal la intervención de la totalidad de los sujetos políticos en la discusión moral, no puede soslayarse que el debate no puede prescindir –de ninguna manera– de la práctica constitucional. Ella es la que ordena el juego político, la que establece un grupo válido de derechos y la que garantiza una organización legítima del poder.¹⁷

Llegado este punto, es momento de preguntarse: ¿qué rol cumple el Poder Judicial en una democracia constitucional deliberativa? De lo expuesto se desprende que el Poder Judicial aquí no ocupa un lugar secundario o de aplicación automática de las normas (características que han sido adoptadas en nuestro sistema siguiendo la tradición continental), sino que ineludiblemente es ubicado en un papel protagónico.

Los tribunales –en la democracia deliberativa– son considerados uno de los actores políticos más relevantes, quienes no pueden, ni deben, estar alejados del juego político de la división de poderes, ni mucho menos del indispensable debate público. Ello por cuanto la deliberación implica indefectiblemente una negociación y argumentaciones genuinas en la discusión moral y en el debate democrático. No es posible participar sin implicarse.

constituirse entre nosotros. Esa solución tiene un precedente feliz en la República sudamericana, y es el que debemos a la sensatez del pueblo chileno, que ha encontrado en la energía del poder de Presidente las garantías públicas que la monarquía ofrece al orden y a la paz, sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano. Se atribuye a Bolívar este dicho profundo y espiritual: ‘Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes’”.

16. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 222.

17. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 195.

Desde esta visión el rol protagónico no se limita únicamente a la participación activa en el ejercicio de la discusión colectiva, se acrecienta en la función protectora de la práctica constitucional que se le asigna al Poder Judicial en los frenos y contrapesos de la división de poderes.

En este punto, Nino establece que “el poder de los tribunales para resolver la constitucionalidad de la normas jurídicas sancionadas por órganos democráticos es una de las características centrales de las democracias constitucionales”.¹⁸

Desde nuestra reflexión, no solo sería fundamental la presencia de los jueces en la revisión de las normas, sino también en la vigilancia de los actos de gobierno, ya que la forma presidencialista de gobierno adoptada por nuestro Estado implica una participación activa del Poder Judicial en el control de constitucionalidad de las decisiones del Poder Ejecutivo.

No resulta un dato menor señalar que para garantizar un efectivo control de los actos de gobierno, históricamente, los poderes judiciales no poseen un origen democrático *per se*, pues aunque los jueces sean nombrados con la intervención de los otros dos poderes –que representan la voluntad popular– no son directamente elegidos por el pueblo.

Esta circunstancia desata en la opinión pública, en algunas ocasiones, un prejuicio sobre el componente aristocrático o elitista de la clase judicial –lo que podría resultar en alguna medida acertado– pero lo cierto es que ese diseño institucional (el de la democracia constitucional desarrollado por Carlos Nino) asegura, en teoría, que las decisiones de los magistrados no estén motivadas en el deseo de cautivar la voluntad popular.

En definitiva, este sistema exige un rol activo del Poder Judicial que no se condice con el papel asignado a la magistratura en la tradición francesa (la que adoptamos en el sistema argentino al codificar el derecho, como ya se ha señalado), esquema donde los tribunales se limitan a aplicar literalmente las normas emanadas del pueblo.

Entonces, la democracia constitucional involucra indispensablemente el deber de los jueces de ejercer un rol “contramayoritario”.¹⁹ Así lo explica Nino al decir que “la idea de una democracia liberal implica una democracia limitada e insiste en que ciertos derechos no sean violados, incluso por la

18. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 258.

19. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 259.

decisiones mayoritarias. Estos derechos pueden ser protegidos por mecanismos tales como el control de constitucionalidad”.²⁰

De lo citado se desprende que, si los derechos existieran por sí solos, sin la presencia de un órgano contramayoritario, no podrían limitar las decisiones de la mayoría, ya que los únicos legitimados para reconocer o poner en vigencia esos derechos serían los representantes elegidos por esa misma mayoría. Es a través de este mecanismo que los jueces adquieren un rol activo en la tarea de mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y la toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo medidas más reflexivas que incluyan en la discusión los intereses de las minorías.

En suma, el lugar del Poder Judicial en la deliberación pública es participar enérgicamente de la relación compleja entre la democracia y la Constitución, lo que puede sintetizarse en dos premisas: contribuir en el reconocimiento de los derechos individuales –especialmente de las minorías– y garantizar de forma efectiva la preservación de la práctica constitucional.²¹

b) La democracia constitucional deliberativa en Argentina y el rol del Poder Judicial a partir de 1983

Considerando el origen de la Constitución argentina sancionada en 1853 –la que como hemos visto se ha nutrido tanto del sistema norteamericano como de las características de la tradición francesa– podemos tomar el año 1983 como punto de partida de nuestra democracia constitucional. No es fortuito que la democracia argentina no se haya consolidado hasta ese momento, pues la historia de nuestra nación se encuentra signada por fraudes electorales, proscripciones a partidos políticos y, nada más, ni nada menos que seis golpes cívico-militares, con existencia de graves violaciones a las garantías y a los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por defecto, entonces, la existencia de una carta magna no es condición para poseer una democracia robustecida.

Desde ese panorama, es importante observar cómo el Poder Judicial ha mantenido su funcionamiento tanto en los gobiernos democráticos como en los gobiernos de facto, ya que su rol histórico dentro del sistema de división

20. Nino, C. S., *Idem* N°14, pp. 269-270.

21. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 293.

de poderes le ha permitido perdurar y continuar ejerciendo sus funciones durante estos períodos.

En este sentido, la codificación del derecho y su aplicación automática ha mantenido –voluntaria o involuntariamente– a los jueces fuera del juego político, aunque ello haya implicado ignorar las grandes atrocidades y violaciones a los derechos humanos cometidas por los gobiernos militares. Pero a partir de 1983, con la vuelta de la democracia, cambió el significado de los papeles en el campo político. El Estado, en parte como respuesta al clamor popular, comenzó la construcción de una nueva democracia constitucional deliberativa. Allí, no resultó posible que el Poder Judicial conservara su rol, pues el funcionamiento estatal, hasta ahora, no ha vuelto a ser el mismo.

Es así que el rol protagónico en el que se ha posicionado el Poder Judicial en la deliberación pública no surgió por arte de magia, sino que está estrechamente relacionado con esta historia política y con la forma que el país encontró para salir adelante luego de las violaciones masivas a los derechos humanos.²² Desde esta premisa, no puede soslayarse que no solo recuperó centralidad la Constitución,²³ también lo hicieron los Tratados Internacionales de Derechos Humanos²⁴ que adquirieron jerarquía constitucional con

22. Böhmer, M., “La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina”, en *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*, Editorial Siglo XXI, 2013, p. 2.

23. A través de la constitucionalización del derecho, la cual “... consiste en la proliferación de la sospecha de inconstitucionalidad de las decisiones de los órganos mayoritarios y la caída de los límites tradicionales a su control judicial. Cuestiones que antes terminaban en las oficinas del Ejecutivo (por ejemplo, en base a la presunción de legitimidad de los actos administrativos) o en decisiones del Legislativo (en base a la deferencia horizontal que les prestaban los jueces) ahora avanzan, texto constitucional en mano, a los estrados judiciales”. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

24. Esto se da como consecuencia de la globalización del derecho, “un complejo proceso de creación y aplicación de normas fuera de las fronteras nacionales y por actores que no son el Estado nacional pero que tienen consecuencias nacionales [...] Este fenómeno limita la capacidad regulatoria de las instituciones tradicionales del Estado permitiendo que la deliberación no termine en nuestras fronteras ni que ellas constituyan barreras infranqueables respecto de decisiones que acordamos con otros países. En este sentido la globalización multiplica los espacios de la política y con ellos los de la justicia”. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

la reforma de 1994, lo que favoreció la instauración de los tribunales como actores principales del sistema político.

En efecto, luego del acostumbramiento a la aplicación automática de los Códigos procesales y de fondo, el Poder Judicial (jueces, funcionarios y empleados) se encuentra aún intentando descifrar cómo responder ante la judicialización de la políticas públicas²⁵ y la politización de la justicia,²⁶ lo que desemboca en la resolución de complejos conflictos sociales, función contramayoritaria para la cual los jueces no han sido entrenados.

Estos factores se han reflejado no solo en la constitucionalización del derecho, sino también en la fragmentación de él, pues –especialmente luego de 1994– se han creado sistemas legales pseudoautónomos tales como los derechos ambientales, el derecho al consumidor y los derechos de género, entre otros, los que en algunos casos son ampliamente superadores –o contradictorios– respecto de los Códigos normativos preexistentes. Como resultado los Códigos perdieron la consistencia que anteriormente ostentaban.²⁷

En definitiva, la suma de estos elementos ha producido el cambio radical que intentamos descifrar, la descodificación del derecho²⁸ argentino. Los Códigos de fondo dejaron definitivamente de ocupar el pedestal en la pirámide de la práctica del derecho y pasaron a formar parte de un sistema

25. El concepto judicialización de la política se refiere a “la utilización del Poder judicial para obtener o acelerar la implementación de una política pública decidida por los órganos mayoritarios, o para continuar la discusión de decisiones que los órganos mayoritarios habían tenido por finales. En la lógica tradicional de los derechos lo que llamamos judicialización es agregar a la tradicional tarea de los jueces de aplicar la ley (respetar y hacer cumplir las decisiones mayoritarias), la de controlar su constitucionalidad (es decir, decidir si violan derechos o procesos de tal forma de erosionar la legitimidad del sistema) sin arbitrariedad (haciendo honor a las decisiones anteriores en el sentido de decidir casos similares de forma similar brindando seguridad jurídica a la comunidad)”. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

26. La politización de la justicia “... consiste en el reconocimiento de que el Poder Judicial toma decisiones (si bien dentro de los límites que acabamos de anotar) y que esas decisiones son inevitables en el sentido de que le es entregado por la democracia constitucional la tarea de interpretar textos complejos y en muchos casos deliberadamente vagos y ambiguos”. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

27. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

28. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

de normas con mayor amplitud. Con contundencia la letra de los Códigos dejó de ser absoluta.

Explicado el contexto, es apropiado describir el rol político de los jueces en esta nueva democracia deliberativa y cómo se pone en juego su vinculación con los otros poderes del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo, los que a diferencia del Poder Judicial, encuentran su génesis en la voluntad popular.

Luego de haber permanecido fuera del debate público y de ejercer un rol modesto, el Poder Judicial descubrió en esta nueva etapa que posee la facultad suficiente para superar la resolución del caso a caso, lo que se traduce en la capacidad de inferir significativamente con sus sentencias en conflictos sociales generales, en la posibilidad concreta de modificar la realidad y en el poder de frenar decisiones tanto de gobierno como legislativas. En esta coyuntura “No resulta exagerado afirmar que el Poder Judicial tiene en sus manos la posibilidad de quebrar al Estado Nacional o de ponerlo en serias dificultades financieras”,²⁹ razón que convierte a los magistrados, sobre todo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en dirigentes poderosos y, por sobre todo, políticos.

En ese punto, es importante destacar que si bien en una democracia constitucional deliberativa se espera que los jueces gocen de una total independencia respecto de los otros poderes –que poseen origen en la soberanía popular– ello no significaría que sus decisiones no construyan política; definitivamente podría decirse que ser independiente no es sinónimo de ser apolítico.

Dicho esto, la principal capacidad de vigilancia que tiene el Poder Judicial respecto de los otros poderes es –como ya se ha explicado– el control de constitucionalidad. En ese nuevo panorama político, esta atribución cobra un significado diferente al concepto heredado de la tradición jurídica codificadora, la que implicaba necesariamente homogeneidad y deferencia al poder popular.

En este sentido, aún es una deuda pendiente de nuestro sistema político la condición de obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema, pues el principio de *stare decisis* aplicado a nuestra jurisprudencia aumentaría notablemente la seguridad jurídica del control de constitucionalidad y la independencia de los magistrados.³⁰

29. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 11.

30. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 12.

Como veremos luego, surge de esta carencia el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de nuestra nación no haya mantenido uniformidad de criterios desde 1983 hasta el día de la fecha, lo que, también, en gran parte se debe al frecuente cambio de la composición de sus miembros.

c) Un acápite aparte sobre la importancia de la independencia judicial en la democracia deliberativa argentina

Podemos definir, de forma general, la independencia judicial como “la capacidad de los tribunales de aplicar la legislación aprobada por la legislatura sin interferencia de los poderes legislativos o ejecutivos”.³¹

De tal modo, la independencia para decidir que deberían investir todos los jueces es un elemento fundamental en la organización democrática deliberativa. Al respecto se ha señalado con anterioridad la importancia de mantener una discusión pública de calidad y, en este punto, podría entenderse que garantizar la independencia judicial es mantener elevados los estándares de calidad en el debate democrático.

Entendiendo el sitio de importancia que tiene la independencia en una democracia deliberativa, es tiempo de señalar que el sistema de frenos y contrapesos adoptado por la Constitución argentina, más aún con el acogimiento histórico de la democracia deliberativa a partir de 1983, prevé mecanismos propios para garantizar el ejercicio de la función de la magistratura alejado de las interferencias que se pudieran ocasionar.

Solo a modo enunciativo, entre estos mecanismos pueden destacarse la inamovilidad en los salarios de los jueces y la estabilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta. Por ejemplo, esta última herramienta suele mantener a los jueces durante largos plazos en sus cargos que, por lo general general, exceden la duración del mandato del Presidente lo que –en teoría– garantiza en parte su independencia.³²

Sin embargo, el aspecto que consideramos de relevancia para abordar la efectividad de la independencia judicial en el sistema de frenos y

31. Tridimas, G., *The determinants of independent judicial review*, School of Economics and Politics, University of Ulster, 2005, p. 1.

32. Solá, J. V., “La independencia del poder judicial”, en *Publicaciones www.estudiosola.com*, p. 339.

contrapesos, asumiendo como obvia la importancia del rol político en el que se deberían desenvolver los jueces en el debate público, es la necesidad de un mecanismo que salvaguarde el manejo autárquico del presupuesto del Poder Judicial.

Sabido es que nuestro ordenamiento, a través de la Ley 23.853, establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación prepara el presupuesto de gastos y recursos del Poder Judicial y lo remite al Poder Ejecutivo nacional para su incorporación al proyecto de presupuesto general de la administración nacional que se presenta anualmente ante el Congreso de la Nación (Art. 1).

Además, el Art. 2 de la mencionada ley dispone que el presupuesto del Poder Judicial de la Nación debe ser atendido con cargo al Tesoro Nacional y con recursos específicos propios del citado poder y que los recursos del Tesoro Nacional se conformarán con el equivalente del 3,5% de los recursos tributarios y no tributarios de la Administración Central. De ese porcentaje, 0,57% corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mientras que el 2,93% es administrado por el Consejo de la Magistratura.

En este punto, cabe explicar que el Consejo de la Magistratura es un órgano multisectorial instaurado en la reforma constitucional de 1994³³ y que sus principales funciones son: la selección de los jueces federales y nacionales, el control disciplinario de los magistrados y la administración económica del Poder Judicial de la Nación. El propósito de su diversa composición persigue la idea de equilibrio de poder entre los representantes políticos elegidos a través del voto popular con el de los jueces.

Pero, como hemos venido señalando, el problema de la instauración del Consejo de la Magistratura residiría en lo fundamental en el objetivo de la democracia constitucional que busca que quienes integren el Poder Judicial en la democracia argentina se encuentren diferenciados lo máximo posible de la voluntad popular.

Desde esta perspectiva, no resultaría plausible entender que el único mecanismo sustancial para garantizar el rol contramayoritario del Poder Judicial es el hecho de que la elección de los jueces no surja de la elección del pueblo, pues el sistema democrático debería velar, también, para que la administración de sus fondos sea administrada por un organismo que, en lo posible, no esté vinculado de forma estrecha con el Poder Ejecutivo.

33. Ver Art. 114 de la Constitución nacional.

En consonancia con este razonamiento y generando una gran polémica, en diciembre de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en voto dividido, declaró la inconstitucionalidad de la composición del Consejo establecida por el Congreso en 2006, colocando al presidente de la Corte al mando del Consejo.³⁴

Esta decisión no resulta sorprendente, pues la CSJN, ya en reiteradas oportunidades y a lo largo de su historia –aun en diferentes momentos y con diferentes composiciones–, ha puesto en evidencia la necesidad de contar con independencia financiera.³⁵

Como muestra de ello, no resulta un dato menor que desde el año 2008 el Máximo Tribunal creó un fondo anticíclico para afrontar crisis económicas, ello con el objeto de garantizar los recursos financieros necesarios para cubrir hechos generados por la reducción de los recursos previstos y situaciones excepcionales o no contempladas durante los ciclos económicos.³⁶

Según la Corte, la creación de ese fondo anticíclico constituyó “una herramienta financiera que permite atenuar los impactos violentos que suelen generar los ciclos económicos y, con ello, asegurar un planeamiento con reducción de riesgos”.³⁷

En definitiva, la autarquía financiera del Poder Judicial es prioritaria para garantizar el rol asignado a la función judicial en el sistema argentino actual, no como beneficio para los propios magistrados sino para garantía de la defensa de los derechos fundamentales de todo el pueblo y, en consecuencia, “la independencia no solo es un derecho del juez, sino una obligación que debe cumplir a conciencia”.³⁸ Desarrollado lo expuesto, es posible

34. CSJN, sentencia definitiva, 16 de diciembre de 2021, “*Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN -ley 26.080 -dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento*”.

35. Solo por mencionar una declaración concreta de la CSJN puede consultarse *Página/12*, 07/09/07, “La autarquía hoy no es real”, y *La Nación*, 07/09/07, “Pedirá la justicia independencia para manejar sus fondos”.

36. <https://www.cij.gov.ar/nota-154-El-Maximo-Tribunal-creo-un-fondo-anticiclico-para-afrontar-crisis-economicas.html>.

37. CSJN, Acordada N°34/08, año 2008.

38. Lösing, N., “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, en *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011, p. 427.

avanzar con mayor entendimiento sobre lo que creemos que es la motivación política del Poder Judicial argentino para ejercer su nuevo rol en la democracia deliberativa.

IV. Los jueces argentinos: ¿custodios de las minorías o legitimadores de la mayoría?

a) La tensión entre el rol contramayoritario y la deferencia al poder popular

Habiendo descubierto el nuevo rol político que el Poder Judicial argentino adquirió a partir del inicio de la construcción de una democracia deliberativa, en la que los jueces participan activamente en la elaboración del discurso moral moderno³⁹ para la toma de decisiones públicas, deviene apropiado adentrarnos en cómo los tribunales han podido desarrollar ese papel hasta este momento.

Para ello, resulta importante resaltar –una vez más– la tensión existente entre el rol contramayoritario (protección de las minorías) que propone la democracia deliberativa y el rol histórico del Poder Judicial argentino –tomado de la tradición francesa– que lo ha conducido a ser deferente con los poderes populares y, como tal, legitimador de las decisiones de gobierno de los órganos que ejercen la voluntad popular.

En este entendimiento, un poder judicial que participa en el diálogo público tiene que estar dispuesto a defender los tres principios básicos de la democracia: el principio de autonomía personal, el principio de inviolabilidad y el principio de dignidad.⁴⁰ En un mundo ideal, donde todos los ciudadanos tuvieran acceso a la discusión de forma igual y logaran las decisiones en unanimidad, estos principios serían respetados por sí solos. Pero, como la realidad se vislumbra evidentemente diversa, se convierte en indispensable contar con este poder protector de los ciudadanos que, en primer lugar, no participan de la deliberación pública y de aquellos que, a pesar de

39. Böhmer, M., “Igualadores y Traductores: La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”, en *Enseñanza Clínica del Derecho*, Instituto Autónomo de México, 2007, pp. 2-3.

40. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 4.

haber participado, han quedado excluidos de las decisiones tomadas por la mayoría del pueblo.

Este es el famoso problema de la regla de la mayoría: como no es posible alcanzar la unanimidad, los representantes del pueblo se eligen por mayoría y en ese juego un grupo de individuos quedan fuera de la discusión pública, lo que precisa que tengan una representación en la deliberación, ya que sus intereses se ven ineludiblemente afectados por el resultado.⁴¹

De lo expuesto se desprende que en la democracia deliberativa constitucional es imprescindible la existencia de un control contramayoritario como mecanismo para proteger a las minorías de la tiranía de las mayorías. Como ya hemos destacado, la Constitución ha sido el elemento que la democracia deliberativa ha instituido para proteger los principios antes mencionados y, en consecuencia, dotó al Poder Judicial con la función de ejercer el control de constitucionalidad sobre el resto de los poderes, ello con la finalidad de armonizar la tensión entre democracia y Constitución.

Sin embargo, todavía resulta válido preguntarse cuál es el límite de esa discrecionalidad judicial. Pues, aún se encuentra latente la posición doctrinaria –defensora de la tradición continental– que continúa afirmando que los jueces deben decidir asuntos constitucionales aplicando solo su letra;⁴² pero, desde nuestra perspectiva, la inclusión de los magistrados en el debate político permitiría que puedan interpretar la Constitución histórica desde la visión de los valores sociales modernos.

En este contexto y con la necesidad del ejercicio de control contramayoritario es que aparece como razonable que el Poder Judicial no sea electo directamente por el voto popular, aunque no resulte agradable para los otros los poderes que un órgano no representante de la voluntad popular les indique cómo gobernar.

Entonces, cobra sentido que la protección de esas minorías sea ejercida a través de un sistema que no dependa de la elección de la mayoría, lo que no implica que el rol judicial no se encuentre íntimamente unido con la función de participar activamente del debate público.

41. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 6.

42. Ely, J. H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 19.

Así, como la búsqueda de la institución de la democracia deliberativa se materializó a través del voto y la representación, indefectiblemente la opresión de las minorías ha de ser un tema previsto por todos los constituyentes del sistema republicano de gobierno.⁴³

Para justificar lo expuesto, John Hart Ely⁴⁴ cita a *The Federalist* 51, documento estadounidense donde se desarrolló la idea de la necesidad de establecer un cuerpo no democrático para cuidar al resto de los valores de la mayoría. Ya que no solo es importante proteger a los individuos de sus propios gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad de los avasallamientos de la otra. Por tanto, la solución que la democracia deliberativa ha encontrado para ello es crear una voluntad en la comunidad que sea independiente de esa mayoría. Esta es la verdadera justificación de las excepciones al respeto irrestricto a la voluntad popular, la necesidad de que un poder político tome decisiones contramayoritarias sin ser castigado y defienda las reglas del juego de la democracia deliberativa.⁴⁵

Las excepciones son la defensa de los principios y la defensa de los procesos; en otras palabras, los jueces deben intervenir e involucrarse cuando los actos de gobierno violen ostensiblemente los principios constitucionales o cuando en la construcción de las normas no se respeten los procesos establecidos por la democracia para producir la legislación justificada deliberativamente.⁴⁶

Si bien los tribunales no pueden gestionar políticas mayoritarias *per se* sí pueden retrasar la aplicación de políticas públicas durante décadas. Allí se genera la tensión entre este rol custodiador de las minorías y la presión política ejercida por los poderes populares que desean que el Poder Judicial legitime sus decisiones de gobierno.

Ahora bien, para que se cumpla con este rol contramayoritario sería imprescindible –como lo hemos señalado en el desarrollo del punto anterior– que la rama judicial goce de independencia, tanto de los otros poderes como de la opinión pública, esta última muchas veces exagerada por los

43. Ely, J. H., *Idem* N°43, p. 19.

44. Ely, J. H., *Idem* N°43, p. 19.

45. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 7.

46. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 7.

medios masivos de comunicación.⁴⁷ Y en un debate público de calidad la independencia no se alcanza –desde nuestra perspectiva– únicamente con la estabilidad en los cargos y con la inamovilidad de los salarios.

Veremos en el punto siguiente qué sucede cuando el órgano máximo del Poder Judicial no alcanza en su totalidad la independencia respecto de los poderes populares, aun gozando de las formalidades que la Constitución otorga para garantizarla. La tensión entre el rol custodio de las minorías y la legitimación de las decisiones de los representantes de la voluntad popular se encuentra vigente en la construcción de la identidad de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

b) La construcción de identidad de la Corte Suprema argentina a partir de 1983

Hemos tratado de demostrar que la incipiente historia de nuestra democracia deliberativa le ha exigido un cambio radical en el ejercicio de sus funciones políticas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dos de las funciones destacables de la CSJN pueden ser clasificadas como la facultad de control de los otros poderes –control horizontal– y la potestad de supervisión de la actuación de los tribunales inferiores –control vertical–, nos centraremos en la primera. Desde la vuelta de la democracia hasta el presente el Máximo Tribunal ha puesto en práctica el control horizontal de dos formas, limitando los actos de los otros poderes o siendo deferente a ellos.⁴⁸

La primera Corte de la democracia nombrada en 1983 por el gobierno de Raúl Alfonsín solidificó su legitimación haciendo caer a los gobiernos de facto a través del juicio y el castigo a los principales autores de las violaciones a los derechos humanos ocasionadas durante el golpe militar transcurrido entre 1976 y 1983.

Era necesaria para la construcción de poder político del Poder Judicial la reivindicación de los jueces, los que habían permanecido incólumes

47. Ely, J. H., *Idem* N°43, p. 66.

48. Conceptos tomados de Böhmer, M., “Una Corte para la Constitución argentina”, en *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011.

mientras sucedían las atrocidades cometidas, sobre todo, por el último gobierno inconstitucional.

Esa autoridad es la que les permitió avanzar y responder a la judicialización de las políticas públicas con causas que antes se ubicaban por fuera de su competencia, intentando así buscar construir una identidad consistente dentro del rol contramayoritario.

Un caso ejemplar de ello fue el fallo “Sejean c/ Sejean” (1986)⁴⁹ donde el Alto Tribunal dispuso que dos personas divorciadas puedan volver a casarse a pesar de que la ley prohibía que ello sucediera luego de la disolución vincular. Sin embargo, este avance notorio sufrió un retroceso con la asunción en la presidencia de Carlos Saúl Menem, quien instituyó una nueva Corte Suprema variando el número y la composición de sus miembros.

Así, el órgano superior durante la década de los '90 permaneció en un rol secundario y totalmente deferente al poder de turno, posicionándose como legitimador de los actos de gobierno del Poder Ejecutivo.

A partir del año 2003, la Corte nombrada por el anterior gobierno fue rearmada y esta intentó construir sobre lo creado por la Corte constituida por Alfonsín, toda vez que regresó al papel protagónico. Justamente, se identificó con el rol limitador de los actos de gobierno de los otros poderes, sobre todo en materia de derechos humanos.

Demostración de lo señalado fueron los fallos “Arancibia Clavel” (2004)⁵⁰ donde la CSJN declaró la imprescriptibilidad de un crimen de lesa humanidad, “Simón” (2005)⁵¹ en el que el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final dictadas por el Congreso durante el gobierno de Raúl Alfonsín, leyes 23.492 y 23.521, y

49. CSJN, Sentencia definitiva, 27 de noviembre de 1986, “*Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Ana María. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393*”. (<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=31067>).

50. CSJN, sentencia definitiva, 24 de agosto de 2004, “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y Asociación ilícita y otros*”. (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11256>).

51. CSJN, sentencia definitiva, 14 de junio de 2005, “*Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón s/ privación ilegítima de la libertad*”. (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381&cache=1630183497935>).

“Mazzeo” (2007),⁵² en el que el Máximo Tribunal declaró por mayoría la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 dictado por el Poder Ejecutivo por el cual dispuso los indultos a imputados en causas por delitos de lesa humanidad ocurridos en la última dictadura militar.

Sin embargo, en aras de continuar la elaboración de una identidad propia y desde allí tener la autoridad y legitimidad suficiente para que sus decisiones resulten efectivas en todos los actores de la sociedad, la CSJN de los 2000 le adicionó a la postura explicada un componente dialoguista.

Esta postura reside en la fuerte vinculación que tuvieron los Organismos de Derechos Humanos con la elección de los ministros de ella. No es casual que del documento “Una Corte para la Democracia” haya nacido el decreto 222/03 que cambió la manera de nombrar los integrantes del órgano judicial supremo, además de reducir nuevamente su número.

En este sentido, el presidente Néstor Kirchner contaba con un bajo apoyo popular por haber asumido con el 22,25% de los votos y necesitaba aumentar con criterios objetivos su poder político. Por esa razón es que buscó volver a construir la autoridad debilitada de la Corte Suprema, legitimidad derribada por el rol deferencial asumido por la Corte de Menem. La estrategia entonces fue volver a recuperar el rol contramayoritario de este poder del Estado versus el rol impasible detentado en los años 90.

Es así que, la legitimidad de la Corte de los 2000 ha sido reconocida por su intención, en diversos casos, de abrir un diálogo deliberativo y democrático entre los actores políticos de la sociedad, a diferencia de la imposición de la primacía de la Constitución en la que se refugiaba la Corte formada durante el gobierno de Alfonsín.

El fallo ejemplar de esta característica conciliadora es el caso “Mendoza” (2008),⁵³ oportunidad en que la CSJN convocó a los actores involucrados –incluido al Poder Ejecutivo– a conversar y participar de la resolución

52. CSJN, sentencia definitiva, 13 de julio de 2007, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*”. (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6305031&cache=1630183635247>).

53. CSJN, sentencia definitiva, 8 de julio de 2008, “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*”. (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=88926>).

que desembocó en la disposición de un proceso de saneamiento del contaminado Río Matanza-Riachuelo.

Aquí nos detendremos en la línea histórica, pues aquella composición de la CSJN todavía continúa vigente y resulta prematuro adelantarse a su análisis. Sin embargo, en la línea de lo expuesto, realizaremos algunas observaciones sobre su construcción de legitimidad.

En este punto, no puede perderse de vista que los dos miembros nuevos en esta composición hayan tenido un nombramiento atolondrado, ya que el primer intento de su inclusión en el Máximo Tribunal se realizó a través de un movimiento inconstitucional ejercido por Mauricio Macri, quien intentó colocarlos como integrantes de la Corte a través de un decreto presidencial.

Si bien eso luego fue desestimado, lo cierto es que esta Corte precisa realizar –a partir de ello– una construcción de legitimidad para generar confianza en su vinculación con los ciudadanos.

En ese sentido, podría señalarse que la actual Corte en el fallo “Muiña” (2017),⁵⁴ donde resolvió sobre la aplicación al beneficio del 2×1 en imputados por delitos de lesa humanidad fue altamente repudiada por el pueblo en una masiva manifestación, pues la opinión pública consideró que eso significaba un retroceso en el control horizontal que el Poder Judicial venía ejerciendo. Por esto, en el fallo “Batalla” (2018)⁵⁵ el Alto Tribunal actual debió dar marcha atrás en la aplicación del criterio dictado con anterioridad.

De todas maneras, ese freno popular no resultó suficiente ya que la internacionalización del derecho –herramienta fundamental en la construcción identitaria del rol político de la CSJN en su composición anterior– fue

54. CSJN, sentencia definitiva, 3 de mayo de 2017, “*Bignone, Benito A. y otro s/ recurso extraordinario*”. (<https://www.cij.gov.ar/nota-25746-La-Corte-Suprema--por-mayor-a-declar--aplicable-el-c-mputo-del-2x1-para-la-прisi-n-en-un-caso-de-delitos-de-lesa-humanidad.html>).

55. CSJN, sentencia definitiva, 4 de diciembre de 2018, “*Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 –último párrafo– según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10 párrafo –según ley 14.616–, inf. art. 144 ter 2º párrafo –según ley 14.616-, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) – texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor*”. (<https://www.cij.gov.ar/nota-32689-PENAL---Inaplicabilidad-del-beneficio-del-2x1-para-los-delitos-de-lesa-humanidad.html>).

puesta en duda por la actual integración en “Fontev ecchia” (2017),⁵⁶ donde se estableció la Supremacía Constitucional y la supremacía de las decisiones de ese órgano por sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho esto, lo descripto no luce como un elemento suficiente para arribar a una conclusión que nos permita identificar de forma responsable si se ha continuado construyendo el rol contramayoritario que la democracia deliberativa demanda o si se ha regresado al rol legitimador de las decisiones de los poderes con origen en la voluntad popular, pues el juego político se ha modificado rotundamente con la asunción de Alberto Fernández y la posterior llegada de la pandemia por el virus COVID-19, por lo que dependerán de cómo se escriba la historia actual del Máximo Tribunal las críticas que puedan realizarse sobre su funcionamiento.

Ahora bien, del sintético recorrido histórico realizado se desprende que, contrariamente a lo requerido en el plano ideal de la democracia deliberativa, la Corte Suprema de Justicia no ha gozado casi en ningún momento de una formidable independencia respecto del Poder Ejecutivo, pues el hecho de que su composición se haya ido modificando según el color político que preside y que tanto la cantidad de sus miembros como el sentido de sus criterios hayan variado a través del tiempo señala un problema significativo.

De otra parte, no es menos importante la falta de independencia económica, en tanto –como hemos señalado– no termina siendo el Alto Tribunal el organismo que maneja en un todo el presupuesto del Poder Judicial, pues la administración de los fondos judiciales puede, sin dudas, afectar su capacidad de decisión. Estas dificultades nos permitirían concluir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (como cabeza del Poder Judicial) no ha alcanzado una sólida identidad –si bien en algunos momentos se ha acercado– en el rol contramayoritario que la democracia constitucional deliberativa le ha encomendado.

56. CSJN, sentencia definitiva, 14 de febrero de 2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontev ecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. (<https://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>).

V. Conclusiones

Llegado el momento de arribar a una conclusión, entendemos interesante comparar el proceso de la construcción identitaria del rol político del Poder Judicial argentino con la metáfora de la catedral utilizada por Carlos Nino.⁵⁷ En ella, el autor compara el derecho –puntualmente, la elaboración de la práctica social hermenéutica del derecho– con las catedrales medievales, pues ambas cosas son algo que no es construido por una sola persona, ni se edifica a corto plazo con la intervención de una sola generación.

En esta dirección, consideramos que la búsqueda identitaria de la CSJN puede asimilarse a la idea desarrollada en tal metáfora; ella define a los magistrados como arquitectos a los que se les entrega una catedral ya iniciada para que continúen con su construcción y frente a ello los jueces pueden: respetar a los anteriores arquitectos o cambiar radicalmente su proyección.

Aquí es donde surge el centro de la cuestión, pues a lo largo del trabajo se ha resaltado que el Poder Judicial fue construido sobre la base de la tradición continental y ha adquirido de ese sistema un rol legitimador del poder popular, los cimientos de nuestra catedral son esos.

Que luego, la construcción de una democracia deliberativa constitucional que permitiera a la sociedad y al poder político salir de las atrocidades cometidas por los gobiernos militares le exigió de un momento a otro al Poder Judicial reivindicar su rol en el juego de la democracia y construir algo nuevo sobre esos cimientos anticuados.

El problema de ese nuevo proyecto es que la única manera de lograr la elaboración de la legitimidad para que este sea válido y aceptado por los actores políticos de la sociedad resulta ser la coherencia, sobre todo en la seguridad jurídica de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En ese sentido, “... honrar la Constitución significa entonces preservar la práctica social hermenéutica en la que ella consiste a la vez que se la mejora de acuerdo a los valores que cada generación entiende que están plasmados en el acuerdo institucional básico de la sociedad”.⁵⁸

El hecho de que dentro de la práctica judicial esté permitido que un Tribunal invalide sus propios precedentes puede llevar a que la misma

57. Böhmer, M., *Idem* N°40, pp. 9-10.

58. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 10.

produzca todo lo contrario a lo que busca generar: desconfianza e ineficacia. Pues, la ruptura constante de la legitimidad en la nueva edificación del Poder Judicial en el rol contramayoritario encuentra para nosotros su raíz en tres elementos fundamentales.

El primero de ellos, como hemos mencionado, es la falta de obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto ello le quita autoridad y fuerza a sus decisiones, no solo respecto de los tribunales inferiores y de los otros poderes, sino también entre generaciones de ese mismo órgano, ya que una composición posterior puede contradecir sin consecuencias políticas y jurídicas el criterio establecido por los anteriores miembros.

El segundo es la rotación en la cantidad de miembros y la composición de integrantes dentro del Máximo Tribunal. La historia nos ha demostrado que –lamentablemente– los jueces de la Corte se han modificado cada vez que ha asumido un nuevo gobierno nacional. No es casualidad que identifiquemos la composición y los criterios de cada una de ellas con el Presidente en ejercicio.

Puede observarse que ninguna Corte permaneció igual al comenzar un nuevo período presidencial y muchos de los máximos mandatarios del país han expuesto propuestas para modificar según la conveniencia su integración, inclusive hasta el día de hoy,⁵⁹ situación que genera un debate aparte de lo desarrollado en este artículo. Indefectiblemente, esta visible rotación ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a cambiar, en algunos casos, el rumbo de la construcción de la catedral según fuera la estrategia de gobierno del Poder Ejecutivo de turno, lo que de forma evidente debilitó –y continúa debilitando– la idea de construir un nuevo proyecto que resulte coherente en la elaboración de su identidad.

El tercero de los elementos, devenido de los otros dos, es la falta de independencia judicial. Resulta imprescindible en la democracia deliberativa la participación en el debate público del Poder Judicial y, como se ha explicado, su intervención de ninguna manera debe traducirse en una

59. Véase al respecto la nota del diario *Perfil* del 1/06/2022 “Alberto Fernández recibe a gobernadores para revelar el proyecto de ampliación de la Corte Suprema a 25 jueces” <https://www.perfil.com/noticias/politica/alberto-fernandez-recibira-el-jueves-a-gobernadores-para-dar-a-conocer-el-proyecto-de-ampliacion-de-la-corte.phtml>.

participación política que responda de forma exclusiva a los intereses de la mayoría.

Por ello, hemos tratado de evidenciar que todavía la CSJN no ha alcanzado la independencia necesaria para desarrollar su rol contramayoritario en la discusión política y entendemos que existen varias causas que pueden justificarlo.

La primera puede resumirse en la juventud de la democracia deliberativa argentina, la que aún no alcanza los 40 años de historia y crecimiento. La segunda resulta ser la concentración del poder en la figura del Presidente, lo que evidentemente es un inconveniente en crecimiento. Sin titubear, este resulta un obstáculo significativo que no permite elevar la calidad de la discusión pública, la que, en muchas ocasiones, se reduce a la contraposición de dos frentes antagónicos. Por último, aún no existe una real autarquía financiera, situación que afecta directamente la independencia del Poder Judicial en la adopción de decisiones contramayoritarias.

De forma concluyente, podría decirse que el Poder Judicial, a raíz de los cambios significativos que ha sufrido en el proceso de elaboración de su identidad, no ha podido solidificar el rol protector de las minorías que se espera que ejerza en la democracia argentina.

Entendemos que mientras los jueces no establezcan como objetivo prioritario la construcción de un camino para la independencia y la modernidad, el Poder Judicial continuará oscilando entre el rol contramayoritario y la dependencia a la mayoría, perdiendo asiduamente la coherencia y, en consecuencia, la confianza otorgada por la sociedad.

En tanto la Justicia se siga desempeñando como custodia de las excepciones irrestrictas a la voluntad popular al mismo tiempo que funcione como legitimadora de las políticas públicas establecidas por los poderes mayoritarios, no podrá elaborar una catedral identitaria digna de celebrar en esta democracia constitucional deliberativa.

Bibliografía

Doctrina:

Alberdi, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1852.

Böhmer, M., “División de poderes ‘a la argentina’; democracia en las formas, monarquía en el fondo”, en *El país que queremos. Principios, estrategia*

- y agenda para alcanzar una Argentina mejor*, Temas Grupo Editoria, 2006.
- “La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina”, en *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*, Editorial Siglo XXI, 2013.
 - “Igualadores y Traductores: La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”, en *Enseñanza Clínica del Derecho*, Instituto Autónomo de México, 2007.
 - “La corte de los 80 y los 90. Un diálogo sobre el rule of law en Argentina”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Editores del Puerto, 2001.
 - “Una Corte para la Constitución argentina”, en *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI Editores, 2011.
- Ely, J. H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- Lösing, N., “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, en el *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011.
- Martí, J. L., *La República Deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Solá, J. V., “La independencia del poder judicial”, en *Publicaciones www.estudiosola.com*, p. 339.
- Tridimas, G., *The determinants of independent judicial review*, School of Economics and Politics, University of Ulster, 2005.

Jurisprudencia:

- CSJN, sentencia definitiva, 27 de noviembre de 1986, “*Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Sejean, Ana María. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393*”.
- sentencia definitiva, 24 de agosto de 2004, “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y Asociación ilícita y otros*”.
 - sentencia definitiva, 14 de junio de 2005, “*Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón s/ privación ilegítima de la libertad*”.

- sentencia definitiva, 13 de julio de 2007, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*”.
 - sentencia definitiva, 8 de julio de 2008 “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*”.
 - sentencia definitiva, 3 de mayo de 2017, “*Bignone, Benito A. y otro s/ recurso extraordinario*”.
 - sentencia definitiva, 4 de diciembre de 2018, “*Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 — último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10 párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2º párrafo —según ley 14.616-, homicidio agravado con ensañamiento -alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) — texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor*”.
 - sentencia definitiva, 14 de febrero de 2017, “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”.
- CSJN, sentencia definitiva, 16 de diciembre de 2021, “*Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN -ley 26.080 -dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento*”.