

La seguridad jurídica, uno de los pilares de la dignidad y seguridad humana y de la gobernabilidad en los regímenes democráticos

Jorge O. Bercholz¹

Resumo

A segurança e dignidade humana devem ser entendidas como uma categoria ampla e crescente, que deverá abranger todos os aspectos da vida social no sentido mais amplo e material comum de processos de alargamento da cidadania. Por que a compreensão do conceito de segurança jurídica deve ser considerada como intimamente relacionada com a ampla linha padrão de dignidade e segurança humana.

A segurança jurídica é muitas vezes apresentada como sustento básico da segurança humana no contexto das sociedades democráticas e do Estado de direito, especialmente, em países anglo-saxónicos, que recentemente desenvolveram estes critérios.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Democracia.

249

Resumen

La dignidad y seguridad humana debe entenderse como una categoría amplia y en expansión, que debe abarcar todos los aspectos de la vida social, en sentido amplio y en articulación material con los procesos de ampliación de la ciudadanía. En esa inteligencia el concepto de seguridad jurídica debe ser considerado como íntimamente relacionado a ese criterio amplio de dignidad y seguridad humana.

La seguridad jurídica suele ser presentada como sustento básico de la seguridad humana, en el marco de las sociedades democráticas y del Estado de derecho, en especial, en los países anglosajones, que han desarrollado últimamente estos criterios.

Palabras claves: la dignidad humana. Democracia.

La seguridad jurídica, su relación con la dignidad y seguridad humana y la gobernabilidad. Una metodología adecuada para un análisis sobre su operatividad.

La dignidad y seguridad humana debe entenderse como una categoría amplia y en expansión, que debe abarcar todos los aspectos de la vida social, en sentido amplio

¹ Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires. Postgraduado como Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de postgrado en Procesos de Integración Regional y Relaciones Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la investigación Jurídica, Universidad Abierta Interamericana.

y en articulación material con los procesos de ampliación de la ciudadanía. En esa inteligencia el concepto de seguridad jurídica debe ser considerado como íntimamente relacionado a ese criterio amplio de dignidad y seguridad humana.

La seguridad jurídica suele ser presentada como sustento básico de la seguridad humana, en el marco de las sociedades democráticas y del Estado de derecho, en especial, en los países anglosajones, que han desarrollado últimamente estos criterios.

Sin embargo, vista la seguridad jurídica desde la perspectiva de quienes la reclaman, se observa que desde distintos sectores políticos, sociales y económicos, incluso aquellos que se presentan con intereses contradictorios y aun excluyentes, claman por el goce pleno de este bien jurídico.

Las clases económicamente acomodadas reclaman seguridad jurídica, las empresas pequeñas y medianas y las grandes corporaciones multinacionales, los “piqueteros” y los “Sin tierra” cuando piden por trabajo, salud y educación.

En el mundo académico claman por seguridad jurídica los abogados, los economistas, los especialistas en políticas penitenciarias o de seguridad (en sentido estricto como control de la delincuencia) entre otros.

¿Coincidirán sujetos tan disímiles en definir y caracterizar de un modo universal a la categoría seguridad jurídica? ¿Será la seguridad jurídica lo mismo para los “piqueteros” o los “Sin tierra” que para los pequeños y medianos comerciantes o para los holdings multinacionales?

Rápidamente descubrimos una vez más, que el excesivo uso de consignas, si bien sustentadas en necesidades evidentes de la sociedad, sin que esas consignas sean desarrolladas en su matriz teórica con rigurosidad, pueden traer infinidad de equívocos conceptuales, y su correlato de praxis políticas y decisiones, en el más alto nivel de la administración estatal, erradas y con diagnósticos inadecuados.

La seguridad jurídica, aun en este contexto de excesiva demanda y de muy posibles equívocos conceptuales, es claro que resulta vital para la dignidad y seguridad humana.

La seguridad jurídica implica en principio, proveer insumos necesarios para el eficaz funcionamiento de un sistema republicano (división funcional del poder del estado, controles mutuos, frenos y contrapesos), sin resentir los criterios mínimos de gobernabilidad y legitimidad del sistema, en su delicada y compleja relación con la democracia.

¿Quiénes deben ser los proveedores de esos insumos?

Por supuesto que las distintas agencias estatales que integran la administración, considerando los tres poderes en los que se divide funcionalmente el ejercicio del poder estatal.

La seguridad jurídica entendida en una primera aproximación simple, remite a reglas de juego claras y más o menos permanentes – al menos hasta que no se obtenga un consenso social e institucional preciso y contundente en otro sentido – que deben ser establecidas por los poderes ejecutivo y legislativo a través de sus decisiones normativas y por el poder judicial en su tarea de interpretación y aplicación de los actos normativos emanados de los otros poderes políticos del Estado.

El concepto de seguridad jurídica, remite etimológicamente, a una tarea natural del ámbito judicial, aunque claro que no es solamente tarea de los jueces. También de las agencias que producen actos normativos, tanto del área del ejecutivo como del legislativo.

Sin embargo, los jueces tienen un amplísimo margen de interpretación de las leyes, tanto de la Constitución Nacional, como de las leyes que de ella derivan.

Por eso resulta pertinente, epistemológica y metodológicamente, observar las decisiones de los jueces, como uno de los actos más importantes de las agencias estatales, a fin del establecimiento de la seguridad jurídica.

Además, siendo una categoría tan demandada y por sectores absolutamente disímiles y aun enfrentados, resulta útil y menester establecer parámetros operativos y funcionales de la categoría, que nos permitan proveer insumos de conocimiento básico, para un posterior desarrollo conceptual y teórico, consistente y sustentable.

Es que referirse sin más a la categoría “seguridad jurídica”, con la excesiva demanda que pesa sobre la cuestión, puede no significar demasiado, si no se profundiza en, i) qué entendemos por tal cosa; ii) cuál es el contexto político-social y económico en el que se lo pretende instaurar; y en iii) cómo lograr la consagración de la “seguridad jurídica” a través del comportamiento de las agencias estatales involucradas en tal producción.

Para ello se deben procurar modelos metodológicos de medición, para producir análisis agregados y diagnósticos, que permitan establecer parámetros funcionales y operativos a fin de consolidar criterios de “seguridad jurídica”.

Dicho de otro modo, pasar del terreno declamativo, reivindicativo y “romántico”, a un terreno de construcción funcional de la “seguridad jurídica”, observando el comportamiento y producción de las agencias estatales.

La cuestión reviste gran importancia desde una perspectiva politológica que se preocupe por el aporte que, a la gobernabilidad del sistema político democrático, debe realizar uno de los tres poderes en los que se divide la administración estatal.

Por ello, un difícil y precario consenso en las decisiones del máximo Tribunal, la Corte Suprema de Justicia, debilitarán la necesaria “doctrina o derecho judicial” que la Corte debe producir y que es esperada por los Tribunales inferiores a fin de resolver jurisprudencia contradictoria y/o conflictiva.²

Ello generará un debilitamiento de criterios de aplicación e interpretación normativa debidamente consensuadas, sin equívocos ni contradicciones.

El colofón e inferencia lógica en tal escenario es la incertidumbre e inseguridad jurídica y por ende la crisis de gobernabilidad del sistema político democrático y el déficit de los parámetros de dignidad y seguridad humana exigibles en materia de práctica jurisdiccional y doctrina judicial.

La emergencia permanente en la que parece hallarse el sistema político en la Argentina, la legislación confusa, compleja y fronteriza con la inconstitucionalidad, producto de esa emergencia permanente, provoca una tensión difícil de sobrellevar por la Corte Suprema y por los tribunales inferiores, que se ven sometidos a un cúmulo de responsabilidades excesivas. Propongo entonces en este trabajo, y utilizando los datos e insumos producidos por una investigación más global sobre la producción de la Corte Suprema de Justicia en la Argentina³, realizar un análisis realístico sobre el concepto de “seguridad jurídica”, que con sustento empírico-cuantitativo, permita luego, juicios cualitativos y desarrollos teóricos más ajustados y sofisticados, sin perder de vista su operatividad.

Para ello analizaré el tema del consenso en las decisiones de la Corte Suprema, su tendencia histórica y sus dificultades actuales.

Los mayores niveles de consenso se relacionan directamente con la composición de los votos en cada sentencia, con las características de las votaciones, de acuerdo a que sean unánimes o que existan disidencias en los criterios de los jueces.

² Para este concepto Bidart Campos, “La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales”, páginas 21/28, Ediar, 1984, Buenos Aires.

³ “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholz, Ediar, 2004, Buenos Aires.

Las dificultades para obtener consenso en las sentencias de la Corte Suprema Argentina con su nueva composición.

La Corte Suprema con su nueva formación pergeñada a partir de la renuncia del Ministro Bossert en octubre de 2002 y completada en 2005 con la asunción de Carmen Argibay, ha afrontado y deberá afrontar a través de sus fallos, serias cuestiones institucionales y jurídicas.

En los fallos que va emitiendo la nueva formación de la Corte, y en los debates y polémicas conocidas en relación a casos de gran trascendencia política, social y jurídica aun irresueltos, se advierten dificultades para la obtención del consenso mínimo en el Tribunal que permita la formación de un voto mayoritario (al menos 4 votos ahora, que podrían ser menos si existiesen excusaciones).

Esa dificultad para lograr un consenso mínimo, se potencia si lo que se pretende es un voto unánime o al menos con la menor cantidad de disidencias posibles, tanto cuantitativas (la menor cantidad de jueces disidentes posible), como cualitativas (sería el posible caso de un sólo voto disidente pero con una argumentación muy sustentable, profunda y plausible, desde una perspectiva tanto jurídica como política y social).

Y aun si el fallo no presentara disidencias, podría ocurrir que distintos jueces votaran según la fórmula “por su voto o “según su voto”, lo que implica algún desacuerdo o matiz particular en el fallo, con la consecuencia de algún sesgo en el mismo, ya sea de mayor flexibilidad o de mayor rigidez en la decisión, a fin de obtener la unanimidad o mayoría, concediendo algún aspecto del fallo a esos jueces que optan por particularizar o establecer una marca personal en lo resuelto.

252

La distinción no resulta menor ya que muchas veces los fallos personalizados de algunos jueces, si bien adhieren a la decisión de la mayoría, presentan rasgos diferentes de entidad tal, que las consecuencias concretas y objetivas de la sentencia resultan muy diferentes.

En casos de gran trascendencia institucional, jurídica y social, siempre resulta un objetivo deseable para el ejecutivo y para el presidente de un tribunal constitucional, la emisión de fallos unánimes o con disidencias acotadas en los sentidos referidos anteriormente. Ello así, por evidentes y obvias razones de gobernabilidad y legitimación política de decisiones sensibles en materia de políticas públicas y en pos de un funcionamiento armónico de la administración estatal.

El objetivo de obtener fallos unánimes, que demuestren un consenso sólido en la interpretación y decisión fáctico-jurídica que el tribunal constitucional adopte en cuestiones trascendentes y conflictivas, si bien plausible desde la perspectiva de la gobernabilidad y eficacia del funcionamiento del sistema político, puede ser también analizado desde una perspectiva negativa.⁴

Para una visión positiva de los fallos unánimes como objetivo plausible podría argumentarse que, sometida una cuestión de trascendencia institucional a decisión de la CSJN, resultará tranquilizador para la ciudadanía que los jueces tengan una opinión unificada y sólida sobre cuál es la decisión adecuada y ajustada a derecho. Por el contrario un escaso o bajo nivel de unanimidades echaría un manto de dudas sobre la denominada “seguridad jurídica” o sobre la interpretación que de la moral media de la población hagan los jueces.

⁴ Sigo en este análisis lo expuesto en mi libro “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, pág. 100/102, Jorge Bercholz, Ediar, 2004, Buenos Aires.

Votaciones reñidas sobre temas complejos y sensibles, podrían generar la idea, de que decisiones muy importantes para los individuos y para la sociedad son resueltas en forma azarosa, y que una mayoría exigua y circunstancial de jueces puede decidir en un sentido algo que, por poco, podría haber sido decidido en sentido contrario.

Una visión negativa sobre un alto grado de unanimidades, podría sustentarse en la diversidad de opiniones e intereses contrapuestos existentes en una sociedad, los que estarían mejor representados por jueces que sean permeables a diversas corrientes, resultando ello más democrático y representativo y pudiendo significar además un mayor grado de independencia de los jueces respecto al poder político y una más eficaz defensa de las minorías. Además los votos en disidencia o minoría suelen cumplir el rol de vanguardia o avanzada en interpretaciones novedosas o “progresistas” que con el tiempo pueden transformarse en doctrina o derecho judicial impuesto por la Corte a través de su jurisprudencia.⁵

Sin embargo la propia Corte según la Acordada 44/89, en la cual manifestaba su oposición al aumento de miembros impulsado y producido durante el gobierno de Menem, advertía acerca de una consecuencia considerada pernicioso, la proliferación de votos diferentes que afectaran la seguridad jurídica⁶, uno de los argumentos que hemos expuesto para una visión positiva de un alto grado de unanimidades.

No contamos con información estadística y cuantitativa suficiente ni sistematizada, que nos permita por ahora, abrir juicios certeros y comparados sobre los niveles de unanimidades y disidencias con que la formación actual de la Corte está resolviendo las cuestiones de su competencia. Sí contamos con esa información estadística para el período 1935-1998, la que se ofrece en este trabajo y de la cual surge un alto nivel histórico de unanimidades en los fallos de la Corte.

Debe aclararse que los datos se refieren al control de constitucionalidad ejercido por la Corte sobre los actos normativos tanto del ejecutivo como del legislativo de jurisdicción federal y provincial.

Pero un breve listado de fallos de años recientes, en cuanto la Corte alcanzo su actual conformación, nos permite observar un panorama que hace presumir una nueva tendencia. Parece esbozarse en la Corte un comportamiento más fragmentado de sus ministros, entendiéndose por tal cosa, un menor nivel de coincidencias, traducido en menor cantidad de fallos unánimes y en una mayor cantidad de disidencias y de votos que desde la mayoría se distinguen individualmente (“según o por su voto”) como reflejo de “...poderosas individualidades, cada cual muy respetuosa de su imagen y de su trayectoria...”⁷ y preocupada por dejar su sello o marca personal en cada resolución trascendente del Tribunal, desoyendo los aspectos y consecuencias que la visión positiva de las unanimidades conlleva.

⁵ El actual Presidente de la Corte, ministro Petracchi en entrevista de Arturo Pellet Lastra en su “Historia Política de la Corte” (1930-1990), Ad Hoc 2001, pág. 410 dice : “...Hay que reconocer que desde el punto de vista de lo que es el país, esta Corte ampliada de los ‘90 es más representativa de lo que es la totalidad de la población, de nuestra idiosincrasia...ya que la Corte de los años ‘80 producía fallos que no se condecían con lo que es nuestro pueblo. Estos fallos liberales en los que yo votaba unas veces con Bacqué y Belluscio (caso “Bazterrica”, sobre la droga) y otras con Bacqué y Fayt (caso “Sejean” sobre divorcio) eran menos representativos de lo que era el país, por su contenido revolucionario en comparación con muchos de los fallos de la Corte actual...” (se refiere a la Corte contemporánea a Menem).

⁶ Según cita María Angélica Gelli, “El papel político de la Corte Suprema en las crisis institucionales”, pág. 94, en Función Política de la Corte Suprema, autores varios, Ed. Abaco, 1998.

⁷ Tal cual plantea Joaquín Morales Solá en su artículo periodístico de La Nación del 8.6.05.

Expongo un listado detallado de fallos de la Corte en los que se observa la tendencia referida.

Cuadro N° 1: listado de fallos recientes en los que se han detectado disidencias

1.- “Milone, Juan A. c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”, 26/10/2004

Petracchi.- Boggiano.- Maqueda.- Zaffaroni.- Highton de Nolasco.

En disidencia: Belluscio.- Fayt.

2.- “Bustos, Alberto R. y otros v. Estado Nacional y otros s/amparo”, 26/10/2004.

Belluscio.- Maqueda.

Según su voto: Boggiano.- Zaffaroni.- Highton de Nolasco.

En disidencia: Fayt.

3.- “Ventura”, 22/2/05.

Petracchi.- Fayt.- Boggiano.- Maqueda.- Zaffaroni.- Highton de Nolasco

En disidencia: Belluscio.-

4.- “Bassi Parides”, 22/2/05.

Petracchi.- Fayt.- Maqueda.- Zaffaroni.- Highton de Nolasco

254 **En disidencia:** Belluscio.- Boggiano.

5.- “Ponce c/Pcia. de San Luis”, 24/2/05.

Petracchi.- Belluscio.- Maqueda.- Highton de Nolasco.

Según su voto: Lorenzetti.

En disidencia: Fayt.- Argibay.

6.- “Cantera Timoteo S.A. c/Mybis Sierra Chica S.A.”, 3/3/05.

Fayt.- Zaffaroni.- **Conjueces:** Poclava Lafuente – Irurzun – Pereyra Gonzalez.

En disidencia: Petracchi.- Belluscio.- Boggiano.- Maqueda.-

7.- “Munson”, 3/3/05.

Petracchi.- Highton de Nolasco.

Según su voto: Fayt - Boggiano.- Maqueda - Zaffaroni.-

En disidencia: Belluscio.

8.- “Arancibia Clavel”, 8/3/05.

Boggiano.- Maqueda.- Zaffaroni - Highton de Nolasco - Lorenzetti.

En disidencia: Petracchi.- Belluscio.- Fayt.

9.- “Itzcovich, Mabel v. Administración Nacional la Seguridad Social”, Petracchi.- Fayt.- Highton de Nolasco.

Según su voto: Maqueda - Zaffaroni – Lorenzetti

En disidencia parcial: Belluscio - Boggiano - Argibay

10.- “Galli”, 5/4/05.

Belluscio.- Boggiano.

Según su voto: Petracchi - Fayt - Maqueda - Zaffaroni - Highton de Nolasco - Lorenzetti – Argibay

11.- “Sontag c/Banco de Galicia”, 5/4/05.

Petracchi - Belluscio - Maqueda - Zaffaroni - Argibay

En disidencia: Highton de Nolasco.

12.- “Angel Estrada y Cía. C/Secretaría de Energía y Puertos”, 5/4/05.

Petracchi – Boggiano.- Maqueda - Highton de Nolasco - Lorenzetti –

Según su voto: Belluscio.-

En disidencia: Fayt.- Zaffaroni - Argibay.

13.- “M.M.S. c/Organización Veraz”, 5/4/05.

Petracchi – Fayt - Maqueda – Zaffaroni - Lorenzetti -

Según su voto: Argibay-

En disidencia: Belluscio – Boggiano - Highton de Nolasco

14.- “Verbitsky”, 3/5/05.

Petracchi – Maqueda – Zaffaroni - Highton de Nolasco – Lorenzetti.

En disidencia: Fayt.- Boggiano - Argibay.

15.- “Di Nunzio”, 3/5/05.

Maqueda - Zaffaroni - Highton de Nolasco - Lorenzetti –

Según su voto: Fayt.

En disidencia: Petracchi - Belluscio – Boggiano - Argibay.

16.- “Alderete”, 3/5/05.

Fayt - Lorenzetti.

Según su voto: Belluscio – Boggiano - Argibay.

En disidencia: Petracchi – Maqueda – Zaffaroni - Highton de Nolasco

17.- “Lariz Iriondo”, 10-5-05.

Petracchi – Highton de Nolasco - Lorenzetti - Argibay-

Según su voto: Belluscio - Fayt - Maqueda - Zaffaroni-

En disidencia: Boggiano.

18.- “Smirnov, Alexander Borisovich s/ infr. ley 1612”, 10/05/05.

Maqueda - Zaffaroni - Lorenzetti -

Según su voto: Petracchi – Fayt - Argibay.

En disidencia: Belluscio - Boggiano - Highton de Nolasco –.

19.- “Sanchez María del Carmen c/Administración Nacional de Seg. Social”, 17/5/05.

Petracchi - Belluscio – Fayt - Boggiano – Highton de Nolasco - Lorenzetti -

Según su voto: Maqueda - Zaffaroni – Argibay.

20.- “Llerena Horacio”, 17/5/05.
Zaffaroni - Highton de Nolasco –
Según su voto: Petracchi - Boggiano – Maqueda.
En disidencia: Belluscio – Argibay.

21.- “Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, 7/6/05.
Highton de Nolasco - Lorenzetti - Argibay.
Según su voto: Fayt - Maqueda - Zaffaroni
En disidencia parcial: Petracchi - Belluscio
En disidencia: Boggiano

22.- “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, 14/06/2005
Petracchi
Según su voto: Boggiano - Maqueda – Zaffaroni - Highton de Nolasco - Lorenzetti – Argibay.
En disidencia: Fayt.

Fuente: Elaboración propia en base a datos extraídos de los Website de la Corte Suprema, la Ley, El Dial y Lexis Nexis.

Es pertinente advertir al lector, que se trata de un listado que no sigue una sistematización rigurosa que permita la comparación lisa y llana con los datos que se tratarán en este trabajo y que corresponden al período 1935-1998, en el que sí se ha sistematizado la base de datos de acuerdo a pautas estrictamente prefijadas. En su caso, dicha sistematización para la actual formación de Corte, requiere del paso del tiempo y de un desarrollo investigativo acorde a tal fin, tarea que oportunamente espero llevar a cabo, actualizando las series estadísticas con las que hoy se cuenta.

Mientras tanto, el listado confeccionado, aun con la advertencia formulada, nos muestra al menos en un nivel de fuerte presunción, un clivaje nuevo y que no responde al comportamiento histórico del Tribunal.

Los fallos recopilados permiten observar una alta fragmentación en los votos de los actuales ministros, al menos en los casos de trascendencia institucional y jurídica.

Dicho clivaje parece profundizarse desde que el Tribunal completó su formación con la incorporación de Argibay. Obsérvese que desde febrero de 2005 se han detectado varios casos en los que la votación resultó dividida, con disidencias y con votos personalizados, lo que implica algún nivel de disidencia en algún aspecto particular.

Hay dos hipótesis posibles que pueden en parte explicar la cuestión; i) La Corte desde que completó su elenco de ministros, se ocupó de cuestiones sumamente complejas, largamente postergadas por la crisis y por los cambios en su composición. Culminado, por ahora, dicho proceso⁸, desde febrero de 2005 asumió un rol más activo sobre esas cuestiones postergadas; ii) las cuestiones postergadas y en algunos casos originadas en la legislación de emergencia luego de la crisis de 2001, resultan de tal complejidad jurídica, institucional y política que hacen comprensible las dificultades para obtener

⁸ Como se sabe ha renunciado Belluscio, se destituyó por juicio político a Boggiano, y Fayt por su veteranía, en algún momento no muy lejano deberá concretar su alejamiento, más allá de las especulaciones que se tejen en torno a cuándo acontecerá ello.

los consensos mínimos y más aun las unanimidades en las decisiones del Tribunal.

Sin embargo esta última hipótesis puede rebatirse o debilitarse a poco de observar que en otras etapas históricas del Tribunal, en un contexto político-institucional crítico y con eventuales contradicciones y consecuencias jurídicas de similar complejidad, los consensos y unanimidades resultaron nominal y porcentualmente elevados.

Quizás, una de las causas que generan esta presunción de fuerte dificultad para el logro del consenso en los fallos de la Corte, se relacione con las incongruentes y por mí cuestionadas características técnicas de los jueces que la integran y las diversas y contradictorias perspectivas de análisis que ello les provoca al emitir sentencias.

Fallos unánimes y disidencias. El consenso en la Corte para el período 1935-1998.

Los cuadros con series estadísticas que expongo a continuación, reflejan porcentajes de unanimidades y disidencias en los fallos de la Corte en el período 1935-1998.⁹

Cuadro nº 2: Total y porcentuales de fallos unánimes vs. mayoría desagregado por formaciones de la Corte. (1935-1983) 1)

CORTE N°	TOTAL DE FALLOS (2)	UNANIMES (3)	%	MAYORIA (4)	%
1	516	482	93,41	34	6,59
2	7	7	100	0	0
3	235	218	92,77	17	7,23
4	80	73	91,25	7	8,75
5	65	56	86,15	9	13,85
6	227	168	74	59	26
7	275	229	83,27	46	16,73
8	75	73	97,33	2	2,67
9	238	209	87,82	29	12,18
Total	1718	1515	88,18	203	11,81

⁹ “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholc, Ediar, 2004, Buenos Aires, 276 páginas. Se trata de un trabajo empírico-cuantitativo con mucho material estadístico y análisis agregado sobre la producción del Tribunal en el ejercicio del control de constitucionalidad de actos normativos de los otros poderes políticos del Estado. La medición se ha efectuado de acuerdo a las siguientes pautas metodológicas. Se analizó el comportamiento concreto y real que ha tenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el período 1935-1998 a través de la verificación empírica de su accionar, consultando todos los fallos que sobre Control de Constitucionalidad de los actos administrativos y normas emanadas del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes a nivel nacional, provincial y municipal y de la actividad legislativa tanto del Congreso Nacional como de las legislaturas provinciales y municipales han sido publicados por la editorial jurídica La Ley en su colección “Revista Jurídica”. La base de datos fue construida luego de leer más de 20.000 fallos de la Corte Suprema.

Se han revisado todos los fallos emitidos por la CSJN publicados por La Ley desde su aparición en el año 1936 (donde aparecen fallos de años anteriores) hasta lo publicado en el tomo C de 1998.

1) Dado que en el período analizado se clasificaron 37 formaciones distintas de la Corte Suprema, se las ha agrupado por formaciones de la Corte considerando cambios drásticos/importantes numérica e institucionalmente hablando (entiéndase cambio de todos o gran parte de los Ministros por juicio político, golpe de estado, aumento o disminución de Ministros por ley o decreto/ley).

Así la Corte n° 1 llega hasta la destitución por juicio político del 24 de abril de 1947; la n° 2 abarca el período que va entre la destitución por el juicio político de tres Ministros hasta la designación de los nuevos miembros, y tuvo formaciones diversas (integrada por conjuces) aunque siempre con la presencia de Casares, único integrante de la formación anterior que no fue sometido a juicio político; la n° 3 abarca desde la asunción hasta el derrocamiento de Perón; la n° 4 abarca desde la llamada Revolución Libertadora hasta el gobierno de Frondizi; la n° 5 hasta el aumento por ley n° 15.271 del número de miembros de la Corte; la n° 6 trata desde la Corte ampliada a 7 miembros hasta el derrocamiento de Illia; la n° 7 abarca desde el golpe de estado liderado por Onganía hasta la asunción de Cámpora en 1973; la n° 8 abarca el período peronista hasta el golpe del 24 de marzo de 1976; la n° 9 abarca el período del Proceso hasta la restauración democrática con la asunción de Alfonsín el 10 de diciembre de 1983.

2) Los fallos publicados en sumario no han sido contabilizados pues no se publican con el detalle de votos de los Ministros. Con esa salvedad, esta columna indica el total de fallos emitidos por las Cortes indicadas en la columna respectiva, durante el período de tiempo que abarcó cada formación.

3) Por “Unánimes” se denomina a todos aquellos fallos en los que no hubieron disidencias. Se incluyen aún aquellos en los que hubieron abstenciones y también cuando un Ministro “por su voto” expone sus propios argumentos pero emite voto en el mismo sentido que los demás. Se incluyen todos los fallos sin importar si la decisión fue a favor o en contra de la inconstitucionalidad y también los que resuelven por defecto formal.

4) Por “Mayoría” se incluyen los fallos en donde hubieron una o más disidencias o votos en minoría, considerando también aquellos en los que la disidencia vota por el rechazo técnico/defecto formal.

Cuadro n° 2 Bis. (1983-1998)

Fallos unánimes vs. mayoría, pre/post ampliación de la Corte en 1990. 1)

Corte n°	Total	Unánimes	%	Mayoría
10	118	95	80.5	23
11	116	89	77	27
Total	234	184	79	50

1) La n° 10 se refiere a la Corte de Alfonsín hasta la ampliación de 1990 y la n° 11 a la Corte desde la ampliación impuesta por Menem hasta 1998 donde terminó la recolección de datos.

Cuadro n° 3: Total y porcentuales de fallos por la inconstitucionalidad, unánimes vs. mayoría desagregado por formaciones de la Corte. 1)

CORTE N° (2)	TOTAL DE FALLOS (3)	UNANIMES	%	MAYORIA	%
1	208	181	87	27	13
2	3	3	100	0	0
3	52	52	100	0	0
4	24	21	87,5	3	12,5
5	8	5	62,5	3	37,5
6	38	27	71,05	11	28,95
7	87	70	80,46	17	19,54
8	15	13	86,66	2	13,33
9	80	75	93,75	5	6,25
Total	515	447	86,80	68	13,20

1) Se siguen idénticas pautas que en el cuadro n° 2, pero aquí sólo se contabilizan los fallos que han decretado inconstitucionalidades.

2) N° de formaciones de Corte según cuadro n° 2.

3) Los fallos publicados en sumario no han sido contabilizados pues no se publican con el detalle de votos de los Ministros. Con esa salvedad, esta columna indica el total de fallos emitidos por las Cortes indicadas en la columna respectiva, durante el período de tiempo que abarco cada formación.

259

Cuadro n° 3 Bis. (1983-1998)

Fallos que encuentran inconstitucionalidades, unánimes vs. mayoría, por Cortes, pre/post ampliación de la Corte

Cortes N°	Total	Unánimes	%	Mayoría
10	46	35	76	11
11	39	29	74	10
Total	85	64	75	21

1) El bloque n° 10 se refiere a la Corte de Alfonsín hasta la ampliación de 1990 y el n° 11 a la Corte desde la ampliación impuesta por Menem hasta 1998 donde terminó la recolección de datos.

En la columna "Total" se incluyen fallos en los que la Corte decidió sobre varias normas y al menos una consideró inconstitucional. No se computan los fallos repetidos, que en este contexto son aquellos segundos (etc.) fallos publicados aquí registrados que decidieron lo mismo respecto a la misma norma, con la misma composición, con el mismo tipo de mayoría y la misma votación individual que un primero anterior, que sí se computa. Tener presente que sólo se han registrado fallos hasta 7 May 98 y que se siguen publicando, aquí no registrados, fallos de 1996 y años posteriores.

Cuadro n° 4: Total y porcentuales de fallos por la inconstitucionalidad de normas nacionales, unánimes vs. mayoría, desagregado por formaciones de la Corte. 1)

CORTE N° (2)	TOTAL DE FALLOS	UNANIMES	%	MAYORIA	%
1	73	60	82,19	13	17,80
2	3	3	100	0	0
3	13	13	100	0	0
4	11	10	90,91	1	9,09
5	7	4	57,14	3	42,86
6	26	19	73,07	7	26,92
7	43	37	86,04	6	13,95
8	12	10	83,33	2	16,66
9	63	55	87,30	8	12,70
Total	251	203	80,88	48	19,12

1) Se siguen idénticas pautas que en los cuadros anteriores, pero aquí sólo se contabilizan los fallos que han decretado inconstitucionalidades de normas nacionales.

2) N° de formaciones de Corte según cuadro n° 2.

Cuadro n° 4 Bis. (1983-1998)

Fallos que se pronuncian por la inconstitucionalidad de normas nacionales, unánimes vs. mayoría, pre/post ampliacion de la Corte

260

Cortes N°	Total	Unánimes	%	Mayoría
10	26	20	77	6
11	25	17	68	8
Total	51	37	73	14

1) La n° 10 se refiere a la Corte de Alfonsín hasta la ampliación de 1990 y la n° 11 a la Corte desde la ampliación impuesta por Menem hasta 1998 donde termino la recolección de datos.

Cuadro n° 5: Comparativo de porcentuales de fallos unánimes sobre totales, sobre inconstitucionalidades y sobre inconstitucionalidades de normas nacionales, desagregado por formaciones de la corte. 1)

CORTE N° (2)	% TOTAL FALLOS (3) UNANIMES	% FALLOS UNANIMES (4) S/ INCONSTITUCIONALIDADES	% FALLOS UNANIMES (5) S/INCONST. NACIONALES
1	93,41	87	82,19
2	100	100	100
3	92,77	100	100
4	91,25	87,50	90,91
5	86,15	62,50	57,14
6	74	71,05	73,07
7	83,27	80,46	86,04
8	97,33	86,66	83,33
9	87,82	93,75	87,30
Totales 1935/1983	88,18	86,80	80,88

- 1) Ver notas de los cuadros n° 2, 3 y 4.
- 2) N° de formaciones de Corte según cuadro n° 2.
- 3) Son todos los fallos unánimes sin importar el sentido de la decisión, aún los que resuelven por defecto formal.
- 4) Son los fallos que resuelven por la inconstitucionalidad.
- 5) Son los fallos que resuelven por la inconstitucionalidad de normas nacionales.

Cuadro N° 5 Bis.(1983-1998)

Porcentuales de fallos unánimes sobre total, sobre inconstitucionalidades y sobre inconstitucionalidades en normas nacionales, por Corte pre/post ampliación en 1990.

Corte N°	% unánimes s/ total fallos	% unánimes s/ inconstitucionalidades	% unánimes s/ ídem nacionales
10	80,5	76	77
11	77	74	68
Total	79	75	73

1) La n° 10 se refiere a la Corte de Alfonsín hasta la ampliación de 1990 y la n° 11 a la Corte desde la ampliación impuesta por Menem hasta 1998 donde termino la recolección de datos.

Fuente de los cuadros estadísticos: Base de datos propia y “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholz, Ediar, 2004, Buenos Aires.

261

Un alto grado de unanimidades

Los cuadros y series estadísticas nos muestran **un muy alto grado de unanimidades** en los fallos de la Corte sobre control de constitucionalidad de normas, en todas las categorías y formaciones medidas, con porcentajes de unanimidades muy llamativos en algunos períodos como en el gobierno peronista de 1946 a 1955. **Las unanimidades han bajado desde** la restauración democrática en **1983** a niveles sólo equiparables al período 1958 a 1966 durante los gobiernos de Frondizi, Guido e Illia (por las conocidas disidencias de Boffi Boggero), pero se han mantenido siempre en torno de porcentajes elevados.

En general se observa cierta disminución de los fallos unánimes en cuanto pasan a resolver inconstitucionalidades y algún grado mayor de disminución en inconstitucionalidades de normas nacionales.

Durante el período preperonista (Corte n° 1, la de más larga actuación), los porcentajes se situaron siempre sobre el 80%, suben en el período peronista a niveles casi absolutos de fallos unánimes, que se mantuvieron altos (siempre sobre el 80%) durante los distintos gobiernos de facto.

Se observa una fuerte disminución de las unanimidades en los fallos que decretan inconstitucionalidades y más aún sobre normas nacionales en los períodos de mayor fragmentación política e inestabilidad institucional durante los gobiernos de Frondizi, Guido e Illia.(cortes n° 5 y 6)

Más allá de los matices el porcentaje de fallos unánimes es muy alto en todas las categorías observadas con las excepciones citadas.

Desde 1983/4 a 1998 se observan las mismas tendencias aunque con una disminución promedio en las unanimidades para todas las categorías de aproximadamente un 10%.

Este muy alto grado de unanimidades resulta bastante sorprendente si consideramos que consultados colegas profesores, investigadores o alumnos de la Facultad de Derecho e la Universidad de Buenos Aires, rara vez se han acercado a arriesgar porcentajes tan altos como los que surgen de este trabajo. En general los porcentajes de unanimidades que se intuyen, son considerablemente más bajos que lo que arroja la realidad de los hechos. Ello demuestra, aún en un público idóneo, el grado de desconocimiento existente sobre el comportamiento de la institución. En la generalidad de los casos consultados se manifestaron muy por debajo del 50% y nunca se sobrepasó ese porcentaje.

Si bien los altos porcentajes de unanimidades observados en todo el período limitan el alcance cuantitativo de “mayorías automáticas” de cualquier signo, hay una coincidencia entre los períodos en que la Corte fue ampliada (cortes n° 5 y 6 y cortes n° 10 a 11, en donde los ministros aumentaron de 5 a 7 en 1960 durante Frondizi y de 5 a 9 en 1990 durante Menem) con cierta tendencia a la baja en las unanimidades, lo que sería demostrativo de la intención de aumentar los Ministros de la Corte para controlar a algunos jueces que se mostraron poco confiables o proclives a resolver de manera impredecible.

262

Con la ampliación, esos jueces antes influyentes en las votaciones quedarían esterilizados pasando a ser minoría o marginales -léase que aumentaron sus votos en disidencia y las abstenciones y por ende votaron con la mayoría en menor proporción a partir de la nueva composición generada por el aumento-, parecen ser los casos de Boffi Boggero en la década del '60 y de Petracchi en la década del '90.

Aun así en los períodos posteriores al aumento del número de ministros en la Corte las unanimidades registraron altos porcentajes, en torno del 80% de los fallos.

Para ilustrar lo expuesto, véanse los siguientes cuadros comparativos de la actuación de dos ministros paradigmáticos, en aquello de, jueces otrora influyentes que pasaron a ser “marginales”.¹⁰

¹⁰ Según Molinelli et al, en el proyecto UBACYT, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los poderes políticos, a través del control de constitucionalidad, 1983-98” (1999) mimeo, Instituto A.Gioja, en sentido politológico grado de “influencia” significa “...grado de participación de cada uno en las votaciones unánimes y por mayoría, mientras estuvieron y sólo en cuestiones de constitucionalidad resueltas. Se considera aquí que los jueces con más posiciones minoritarias son los que tienen menos “influencia” y viceversa...”.

Para una definición sociológica debe entenderse la “influencia” como una forma simbólica de comunicación que gobierna las interacciones subjetivas por la convicción o sugestión, según Talcott Parsons en “On the concept of influence” págs.355/82 en *Sociological Theory*, New York, 1967. Habermas en “Facticidad y validez”, pág.443, ed. Trotta, 2001, dice que “...las personas o instituciones pueden disponer de un prestigio que les permite ejercer con sus manifestaciones influencia sobre las convicciones de otros, sin necesidad de demostrar en detalle sus competencias o sin necesidad de dar explicaciones.”

Cuadro N° 6
Comparativo de votos de Boffi Boggero.

Corte n° 5 Preampliación (1)		Cortes n° 6 – Post-ampliación		
<u>12 mayo 1958 al 12 febrero 1960</u>		<u>12 febrero 1960 al 28 junio 1966</u>		
Abstenciones *	24,62 %		65,79 %	
Disidencias	0 %		52,56 %	
Mayoría	100 %		47,44%	
		<u>CSJN n° 5**</u>		<u>CSJN n° 6**</u>
Inconstituc.(2)	16,33 %	11,94 %	48,72 %	16,59 %
Constituc.	42 %	41,79 %	25,64 %	55,02 %
Defecto formal	42 %	46,27 %	25,64 %	28,38 %

* Una abstención puede implicar una disidencia en un fallo no muy importante y por ello, existiendo mayoría en un sentido, el disidente no se molesta en elaborar su voto en sentido contrario. Cosa que sí haría en caso de ser la causa de trascendencia suficiente.

** Se incluye como dato comparativo los porcentajes de las decisiones de la Corte contemporánea a la actuación descrita de Boffi Boggero.

1) N° de formaciones de Corte según cuadro n° 2

2) En la investigación de la que se extraen los datos estadísticos, se midió el comportamiento de los jueces considerando las sentencias que se dictaron en casos donde se planteó la inconstitucionalidad de alguna norma nacional o provincial. También se consideraron las sentencias que rechazaron por defecto formal o técnico los recursos.

Fuente de los cuadros estadísticos: Base de datos propia y “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholz, Ediar, 2004, Buenos Aires.

Durante la Corte n° 5 -cinco jueces desde el 12.5.58 al 12.2.60- las decisiones de Boffi Boggero, en cualquiera de las tres variables medidas (inconstitucionalidad, constitucionalidad o rechazo del recurso por defecto formal o técnico), alcanzaron porcentajes parecidos a los de la Corte de esa etapa. Además si bien votó el 100% de las veces en mayoría, su alto nivel de abstenciones permite inferir que sus disidencias eran mayores pero que se autorestringió en pronunciarlas. Tal vez pensando en la futura ampliación de la Corte y su permanencia en ella? Además, en varios casos formó mayoría pero con los ministros que habían sido designados en el período de facto anterior, lo que era imprevisto para el gobierno radical que lo había nombrado.

Obsérvese que durante la Corte de 5 jueces (Corte n° 5), los fallos fueron unánimes en el 86,15 % de los casos, porcentaje que si bien alto refleja una tendencia a la baja respecto a las formaciones anteriores. Esa tendencia se hace mucho más marcada en **inconstitucionalidades, 62,50 % y aún más en inconstitucionalidades de normas nacionales, el 57,14 %.** Estos dos últimos porcentajes son los más bajos de todo el período investigado y denotan una profunda división en los ministros de la Corte sobre la cuestión del control de constitucionalidad. La división original, como era razonable esperar, se daba entre Orgaz y Villegas Basavilbaso que en algunos temas de interés para el gobierno votaron juntos en disidencia y los jueces nombrados por Frondizi (Oyharnarte, Boffi Boggero y Aráoz de Lamadrid). La novedad residió y resulta una de las ex-

plicaciones plausibles para el aumento de ministros que impulso Frondizi, en que Boffi Boggero de notoria extracción radical y nombrado como juez “amigo” que formaría un tándem confiable junto a Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid, no tuvo un comportamiento tan predecible. En algunos casos de interés para el gobierno -hemos detectado entre otros, algunos sobre temas tributarios en relación a resoluciones de la DGI- votó en mayoría junto a Orgaz y Villegas Basavilbaso. Boffi Boggero se debatía entre su filiación radical y su perfil “civilista”¹¹ y en algunos casos a pesar del gobierno, se imponía su perfil “civilista”, contrariando la visión de acompañamiento al ejecutivo que pretendía imponer Oyhanarte con su doctrina “sistémica” y su formación “publicista”.

Durante la Corte n° 6 –7 jueces desde el 12.2.60 al 28.6.66- subieron las constitucionalidades un importante 13,23% y las inconstitucionalidades un 4,65% y bajaron mucho los rechazos por defecto formal, un importante 17,89%. Pero Boffi Boggero varió sustancialmente su comportamiento, batió records de abstenciones, disidencias y declaraciones de inconstitucionalidad. El aumento de ministros en la Corte lo había dejado en minoría, su perfil “civilista” y personalista¹² lo aisló de una Corte con mayoría de “publicistas” y que actuó en armonía con las necesidades del ejecutivo en un tiempo de alta fragmentación e inestabilidad política.

Los fallos fueron unánimes en el 74 % de los casos, la marca más baja de todo el período investigado, para inconstitucionalidades un 71,05% y para inconstitucionalidades nacionales el 73,07%, también los porcentajes más bajos sólo superados por la formación anterior.

Respecto al bajo porcentaje de unanimidades de esta formación (la más baja junto a la anterior), debe ser seguro reflejo de la producción de Boffi Boggero, pero también deb considerarse la variada conformación de la Corte de esta época, lo que fue elogiado por los autores citados. Sin embargo hemos marcado pro y contra de una Corte de conformación “espejo” o reflejo fiel de las diferentes realidades político-sociales-económico-culturales y que genera una jurisprudencia con menor porcentaje de unanimidades.

**Cuadro N° 7
Comparativo de votos de Petracchi.**

	(1) Corte n° 10 <u>Preampliación</u>	Corte n° 11 <u>Postampliación</u>
Abstenciones**	7%	31%
Disidencias	3%	18%
Mayoría	97%	82%
Inconstituc.	36%	39%
Constituc.	64%	54%

1) La n° 10 se refiere a la Corte de Alfonsín hasta la ampliación de 1990 y la n° 11 a la Corte desde la ampliación impuesta por Menem hasta 1998 donde termino la recolección de datos.

¹¹ Según Pellet Lastra ob.citada , pág.212 y 235.

¹² Según Pellet Lastra en su ob. citada pág.213 le llamó la atención de Boffi Boggero “...lo circunspecto de su figura y el empaque con que se manejaba. Su estilo se revelaba en cuanta publicación participaba, acompañando a su firma la mención completa de los títulos y honores recibidos ...figuró continuamente en los volúmenes de fallos con sus votos en disidencia , solitario , en un castillo inexpugnable.” Entrevistado por Pellet Lastra , en ob. citada pág.237 el ex ministro Aberastury que integró la Corte con Boffi Boggero opinó que era un hombre difícil , por lo que varias veces tuvo que actuar como compondedor.

** Recordar que una abstención puede implicar una disidencia -encubierta- en un fallo no muy importante y por ello , existiendo mayoría en un sentido, el disidente no se molesta en elaborar su voto en sentido contrario. Cosa que sí haría en caso de ser la causa de trascendencia suficiente.

Fuente de los cuadros estadísticos: Base de datos propia y “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholz, Ediar, 2004, Buenos Aires.

El propio Petracchi da una pista sobre los motivos de su paso de influyente a marginal: “...No tengo ningún problema en decir que yo redacté la Acordada 44/89. No solamente la hice entonces, sino que la volvería a hacer cuantas veces fuera necesario. No estoy para nada arrepentido, a pesar de que me trajo la desgracia permanente con el régimen de Menem. No dejaron “astracanada” ni “perrería” por hacerme y el origen fue precisamente esa acordada. No se perdonó que yo expresara mi pensamiento sobre esta solución antirrepublicana de que un presidente amplíe la Corte cuando asume...”¹³

Datos comparados sobre fallos unánimes con los Tribunales Constitucionales de Brasil, España y Canadá.

No contamos con suficientes datos comparados que permitan confrontar estrictamente el alto grado de unanimidades de la Corte Argentina con el comportamiento del Tribunal Constitucional español, pero resulta significativo para una idea comparativa lo sostenido por el ex-presidente del Tribunal Constitucional español Tomás y Valiente “...el uso frecuente que todos los magistrados hacen del voto particular discrepante...”¹⁴ Aún ignorando datos cuantitativos estrictos, se puede inferir un nivel de unanimidades menor en el Tribunal Constitucional español que el mostrado por nuestra Corte.¹⁴

Sí contamos con datos de la Corte Suprema de Canadá, que exhibe también porcentajes altos de fallos unánimes, similares a los de la Corte argentina.

Cuadro n° 8

Datos comparados con la Corte Suprema de Canadá

Apelaciones juzgadas 1994 a 2004: Unánimes/con disidencias

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Number of Judgments											
Split	31	36	27	32	22	20	20	16	27	19	21
Unanimous*	89	67	97	75	70	53	52	75	61	62	57
Total	120	103	124	107	92	73	72	91	88	81	78

* All judges agreed in the disposition of the appeal.

Unanimous	89	67	97	75	70	53	52	75	61	62	57
Split (con disidencias)	31	36	27	32	22	20	20	16	27	19	21
Percentage of unanimous judgments	74	65	79	70	75	73	72	82	69	76	73

Fuente: www.scc-csc.gc.ca. Web site de la Corte Suprema de Canadá.

¹³ En la Acordada n° 44/89 la Corte se queja ante los poderes ejecutivo y legislativo por no haber sido consultada respecto a la ampliación del número de ministros y expone además argumentos en contra de tal aumento. Cuatro Ministros de entonces la firmaron con la exclusiva disidencia de Caballero. Entrevista realizada por Pellet Lastra en su ob. citada , pág.463.

¹⁴ Francisco Tomás y Valiente, Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, pág.59, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

En promedio en los 11 años del período, el porcentaje de unanimidades fue del 73%.

También para los procesos de admisión de los recursos de apelación contra la constitucionalidad de normas, (certiorari canadiense que presenta ciertas diferencias con el instituto americano) los niveles de unanimidad son muy altos. Sólo hubieron en este rubro un 2,5% de disidencias, o sea un 97,5% de unanimidades.¹⁵

También contamos con datos sobre la performance del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Cabe aclarar que los datos son sólo una referencia que permite a modo de presunción abrir un juicio comparativo, pues la medición tanto cualitativa como cuantitativamente, presenta diferencias metodológicas muy marcadas.

De una investigación publicada en *Análise-Justica*¹⁶, que releva lo que denomina, las 110 decisiones más importantes del Supremo Tribunal Federal de Brasil entre 1998 y Mayo de 2006, surge que sólo en un 43% de esas decisiones se han obtenido votaciones unánimes. Incluso al menos una decena de esas sentencias han presentado muy reñidas votaciones sólo definidas por uno o dos votos.

No puede afirmarse con rigor nada definitivo respecto a estos datos comparados desde que, fue dicho ya, las matrices metodológicas son diferentes¹⁷, pero, aún así, arrojan una fuerte presunción que requiere y merece una pesquisa más profunda, de una baja tasa porcentual de unanimidades en las sentencias del STF en términos comparados con otros Tribunales (Argentina y Canadá), lo que implicaría una débil seguridad jurídica y su correlato de endeble protección a la seguridad y dignidad humana.

Una lectura hipotética posible, hasta tanto no se cuente con datos más extendidos en sus series diacrónicas, y que es la que sostiene el trabajo citado, es que el STF está acompañando el proceso político y económico de profundas transformaciones que está aconteciendo en Brasil. Visto así, estas votaciones reñidas y los hipotéticos cambios jurisprudenciales que estarían generando, suplen la debilidad en la defensa de la dignidad humana preexistente y que estaría subsanando el STF con su jurisprudencia de la última década.

Esta hipótesis se refuerza, con los datos de una investigación¹⁸ sobre el ejercicio del control de constitucionalidad entre Abril de 1964 hasta Marzo de 1967 durante el gobierno militar de Castello Branco, período en el cual los fallos unánimes rondaron el 85%.

Se insiste en que deben tenerse en cuenta las diferencias metodológicas que sólo nos permiten hablar de presunciones u hipótesis de trabajo. Obsérvese que en la primer investigación citada se trata de una captura de las 110 decisiones que se consideran más importantes, lo que puede tener un alto grado de subjetividad en su selección. En el segundo trabajo son todas las sentencias sobre control de constitucionalidad –criterio similar a la investigación sobre la corte argentina sobre la que hemos trabajado–.

Cambios de jurisprudencia.

Otra perspectiva para analizar la cuestión de la búsqueda del consenso en el Tribunal, es observar qué tendencia se observa en relación a los antecedentes jurisprudenciales.

¹⁵ Según Roy B. Flemming, del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Texas en “Agenda Setting on the Supreme Court of Canada”: “...Virtually all of the panels’ decisions are unanimous; only 30 instances of a dissenting vote by a justice were found in the more than 1,200 applications with judgments that generated the data for this article.”

¹⁶ *Análise-Justica*, Editorial Análise, Sao Paulo, 2006.

¹⁷ Ver página 18, las pautas metodológicas del estudio citado.

¹⁸ Apoliano Dias, Francisco Geraldo, trabajo presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2006, mimeo.

En general en los votos en minoría o disidencia eventualmente descansa el futuro cambio de jurisprudencia que puede generarse por diversas cuestiones. Un cambio en la moral media de la población que puede ser recogido por los jueces; un cambio de signo político y/o ideológico que, reemplazo mediante o tal vez sin él de los ministros del Tribunal, produce un cambio de sentido en la jurisprudencia sobre algún tema o materia legal en particular (los recientes fallos en materia laboral y previsional); un diferente contexto político y social que permite revisar sentencias anteriores generadas en contextos en extremo conflictivos (por ej. el reciente fallo “Simón”).

En relación a la moral media de la población resulta peculiar la explicación de Petracchi en una entrevista citada en la nota al pie n° 2 de este trabajo a la cual remito.

En el marco de las dificultades apuntadas para obtener mayoría en las sentencias, resalta el cambio de jurisprudencia notorio en materia laboral. Allí la tendencia parece sólida hacia una mayor protección de los derechos del trabajador, en detrimento de la liberalización de las reglas ordenatorias de la relación laboral que se impusieron en los '90.

Lo propio ocurre en materia previsional. Aún así los fallos más salientes en las materias referidas (Milone, Itzcovich, Sanchez), tampoco gozaron de decisiones unánimes y persiste el individualismo marcado por los votos propios de cada juez diferenciándose del resto, lo que suele tener, como ya dije, consecuencias concretas en los efectos del fallo.

En materia de fallos sobre la legislación de emergencia económica, el vuelco ambiguo de “Bustos” (dada la precaria mayoría pesificadora alcanzada, considerando el fallo de Zaffaroni), en relación a sus antecedentes “Smith” y “San Luis”, también resulta un peculiar proceso de cambio de jurisprudencia, aunque mucho menos transparente y sustentable que los ocurridos en materia laboral y previsional.

Por ello el columnista del diario La Nación, Adrián Ventura, se preguntaba tiempo atrás en su columna “Temas de la Justicia”: “... la Corte ¿es una, a pesar de sus hombres? ¿O cambia tantas veces como se modifica su composición? Además, la jurisprudencia norteamericana, para apartarse de un precedente, debe fundamentarlo acabadamente. La justicia argentina puede moverse más libre y espasmódicamente, adoptando en poco tiempo posiciones que pueden parecer contradictorias.”

La Corte actual ha producido en poco tiempo y con fallos que logran la mayoría esforzadamente, serios y variados cambios jurisprudenciales.

Los cambios de jurisprudencia pueden suscitarse pues los jueces resultan intérpretes de las normas y las normas constitucionales resultan de amplitud y flexibilidad suficiente como para otorgar al intérprete opciones para solucionar los conflictos planteados. Por lo general existen posibilidades de elección que los jueces harán en relación a su ideología y subjetividad y también al contexto social, económico y político dentro del cual deben actuar.¹⁹

Pero los jueces deben al mismo tiempo ajustarse a lo que ya se ha decidido en el pasado y se ha institucionalizado en forma de precedentes jurisprudenciales.²⁰

La doctrina del respeto a los precedentes o antecedentes jurisprudenciales cuenta con prestigiosos defensores. Cass Sunstein los ha defendido considerándolos puntos fijos en torno a los cuales debe desarrollarse el discurso jurídico-constitucional.²¹

¹⁹ Cfr. Oyhanarte en “Historia del Poder Judicial” artículo publicado en “Todo es historia” 1972, pág.88.

²⁰ Ronald Dworkin vierte esta idea en “A matter of principle” en Harvard University Press, 1985, también en “Introduction the Moral Reading and the Majoritarian Premise” Harvard University Press, 1996.

²¹ Cass Sunstein, “Legal reasoning and political conflict”, Oxford University Press, 1996, pag. 79/83.

En EEUU la jurisprudencia sentada por la Corte es obligatoria para los tribunales inferiores (“stare decisis”) mientras que en Argentina es casi igual, ya que si bien no hay “stare decisis” formal, si el tribunal inferior no aplica la jurisprudencia de la Corte, la parte afectada puede llegar hasta ésta e intentar con esa base la revocación de la sentencia. Además, lo usual es que los tribunales inferiores la apliquen –aun cuando no estén de acuerdo, en cuyo caso suelen dejar constancia de la opinión propia- y, finalmente, existen fallos de la Corte que señalan que los tribunales inferiores deben aplicar la jurisprudencia sentada por aquella.²²

En Europa, autores como Tomás y Valiente e Ignacio de Otto en España, y Alexy en Alemania abogan a favor de los precedentes y en todo caso quien pretenda apartarse de ellos tiene la carga de la argumentación.²³

Contra las corrientes que sacralizan los antecedentes jurisprudenciales, se alzan las opiniones contra la denominada “tiranía del pasado”. Ideas que si bien se refieren a las características de la creación de las normas constitucionales, resultan de aplicación a la interpretación rígida que vincula la producción de un tribunal a sus antecedentes jurisprudenciales.

Thomas Paine sostuvo que cada generación debe ser libre para decidir sin estar ligada a decisiones de las generaciones pasadas. “Son los intereses de los vivos y no de los muertos los que deben protegerse”. Jefferson dijo que “la tierra pertenece a los vivos no a los muertos”; “los muertos no tienen derechos no son nada”.²⁴

Actual pero recogiendo aquellas ideas, Rubio Llorente afirma que “la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas.”²⁵

¿Qué ocurrió en materia de respeto a la jurisprudencia en nuestra Corte Suprema?

¿Existen acaso numerosos antecedentes de cambios jurisprudenciales en las sentencias de la Corte en períodos anteriores?

Nuevamente acudimos al auxilio de los datos empírico-cuantitativos que nos permitan efectuar comparaciones sustentables, para analizar las tendencias y novedades en la producción de la Corte con su nueva formación y en pos de superar la mera opinión subjetiva.

Basándome en la investigación ya referida que abarcó el período 1935-1998 y siempre considerando los fallos en los cuales la Corte se expidió sobre control de constitucionalidad de normas emanadas de los poderes ejecutivos y Legislativos tanto nacional como provinciales, tenemos que se han observado varios cambios de jurisprudencia en leyes nacionales y provinciales, aunque se debe alertar al lector que tales cambios pueden no serlo en rigor dado que en algunos fallos de la Corte no se individualiza el artículo en cuestión y sólo se hace una referencia genérica a la ley por lo que resulta posible que los fallos se refieran a artículos diferentes que tratan sobre temas distintos. También es posible que aún tratándose del mismo artículo de la misma ley los fallos presenten matices distintos o traten aspectos y/o circunstancias distintas.

Por ello deben considerarse los datos de estos cuadros con prudencia y como una primera aproximación a la cuestión de la evolución y cambios jurisprudenciales aconte-

²² Molinelli et al, en el proyecto UBACYT, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los poderes políticos, a través del control de constitucionalidad, 1983-98”, 1999, mimeo, Instituto A. Gioja, pág. 2.

²³ Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 535/540.

²⁴ Citas extraídas de Víctor Ferreres Comella, Justicia constitucional y democracia.; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pág. 107/108, 1997.

²⁵ Rubio Llorente, La Constitución como fuente del Derecho, en La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 87, Madrid, 1993.

cidos en el período investigado. El tema merece un análisis más cualitativo viendo cada fallo citado en los cuadros y chequeando a qué artículos se refiere la inconstitucionalidad y las circunstancias de cada caso.²⁶

En el cuadro n° 9 se observan los cambios jurisprudenciales en leyes nacionales. Se han detectado 12 normas sujetas a cambios y algunas con más de un cambio en uno y otro sentido (de constitucional a inconstitucional y viceversa). Resultaría interesante profundizar la investigación presentada en estos cuadros observando circunstancias políticas que puedan haber influido en los cambios de jurisprudencia.

En un trabajo, un grupo de investigadoras²⁷, ha detectado que varios casos de cambio de jurisprudencia presentan interesantes connotaciones politológicas coincidiendo los mismos con cambios de gobierno y por ende dado el período que abarca la investigación, con cambios en el elenco de Ministros de la Corte.

Por ejemplo respecto de la **ley penal n° 4144**, además de variar la jurisprudencia a partir del cambio en la composición de la Corte posterior al juicio político de 1947, se consolidó dicha variación a partir de la reforma constitucional de 1949 que incluyó en el artículo 31 la facultad de expulsar extranjeros para el poder Ejecutivo. La ley otorgaba dicha facultad al Ejecutivo y había sido declarada inconstitucional por la Corte pre Perón (n°s.65 a 69), la Corte n° 71 a 73 durante el período peronista la declara constitucional.

El **art. 2 de la ley 11.729** (crea un régimen favorable a los empleados de comercio para indemnizaciones por despidos, accidentes etc.) resulta ser un caso sumamente interesante. Tratándose de legislación laboral que mejora la situación jurídica de los trabajadores, fue declarado inconstitucional durante el gobierno de Justo, luego fue declarado constitucional durante el gobierno de Perón. Lo interesante es que la Corte previa a la destitución por juicio político, integrada con dos jueces que habían votado por la inconstitucionalidad de la norma durante el gobierno de Justo (Sagarna y Nazar Anchorena), ahora durante la presidencia de Perón y en marcha el juicio político cambian su voto y declaran la constitucionalidad del artículo. ¿Presión del Ejecutivo o cambio del contexto sociopolítico que hizo trocar la idea de los jueces?

Luego la Corte, ya integrada por los nuevos Ministros designados después de la destitución por el juicio político, continuó con la jurisprudencia que consideró constitucional al artículo en cuestión.

El caso del **art. 10 inc.h) de la ley 12612** (crea la Caja de Jubilaciones de la Marina Mercante) presenta la peculiaridad que si bien la conformación de la Corte era básicamente la misma, emitió un fallo en un sentido antes del golpe militar de 1943 y otro en el sentido contrario con posterioridad a 1943, siendo los hechos juzgados similares.

El **art. 28 de la ley 13.264** (fija costas en casos de expropiación) fue declarado constitucional durante los gobiernos civiles de Perón y Frondizi e inconstitucional durante el gobierno de facto de Aramburu.

²⁶ Los investigadores interesados en este rubro pueden consultar en “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholc, Ediar, 2004, Buenos Aires, las listas n° 1 y 2 y los casos involucrados.

²⁷ Un equipo de tres investigadoras junior, Sztajn, Nicolini y Rhode, dirigidas por el autor de este trabajo, realizó un estudio cualitativo sobre los cambios de jurisprudencia en leyes nacionales, observando que por las características fácticas propias de cada caso, se hace difícil considerar a todos los cambios de jurisprudencia detectados como tales sin ningún reparo o advertencia. Tampoco pueden dejar de señalarse las distintas decisiones de la CSJN, pues las circunstancias fácticas y su interpretación suelen resultar subjetivas o rodeadas de un contexto social y político distinto. Por ello para observar los cambios de jurisprudencia hay que tener en cuenta que las circunstancias fácticas distintas en muchos casos hacen complicado plantear sin más que se trata de tal cosa.

El **art. 13 de la ley 14.397** (establece beneficios jubilatorios) fue declarado inconstitucional durante el gobierno de Illia y constitucional después del golpe que lo derrocó.

El cuadro n° 9 bis muestra los cambios jurisprudenciales en el período desde diciembre de 1983-1998. Si bien escasos, hay dos leyes en donde la jurisprudencia ha cambiado al ampliarse la Corte a nueve miembros. Además en el caso del **art. 53 de la ley 18.037** se observa un cambio de jurisprudencia en relación al período 1935-1983, donde también se lo había considerado inconstitucional coincidiendo con la Corte pre-ampliación.

Cuadro N° 9:

Cambios de jurisprudencia respecto a leyes nacionales.1)

Ley 4144 -Materia Penal-

Declarada **inconstitucional** en 4 casos: n° 470, Corte n° 68; n°s.496 , 497 y 504 , Corte n° 69.

Cambia a **constitucional** en 6 casos: n° 547, 621, Corte n° 71; n°s.648, 649, 680 y 682, Corte n°73.

Ley 10676 arts.71-73-75- Materia Civil-

Declarada **constitucional** en caso n° 38, Corte n° 65.

Cambia a **inconstitucional** en casos n° 116 y 118, Corte n° 65.

Cambia a **constitucional** en caso n° 432, Corte n° 68.

Ley 11.287 art.3 -Materia Tributaria-

Declarada **inconstitucional** en 1 caso: n° 40, Corte n° 65.

270

Cambia a **constitucional** en 1 caso: n° 347, Corte n° 66.

Ley 11.287 art.30 -Materia Tributaria-

Declarada **inconstitucional** en casos n° 183 y 247, Corte n° 66.

Cambia a **constitucional** en caso n° 265, Corte n° 66.

Cambia a **inconstitucional** en caso n° 628, Corte n° 71.

Ley 11287 s/identificación de artículo -Materia Tributaria-

Declarada **constitucional** en caso n° 429, Corte n° 68.

Cambia a **inconstitucional** en caso n° 468, Corte n° 68.

Cambia a **constitucional** en caso n° 638, Corte n° 72.

Cambia a **inconstitucional** en caso n° 978, Corte n° 83.

Ley 11729 art. 2 -Materia Laboral-

Declarada **inconstitucional** en casos n° 29, 36 y 60, Corte n° 65.

Cambia a **constitucional** en casos n° 518, Corte n° 69; 557 Corte n° 71 y 701, Corte n° 73.

Ley 11729 s/identificación de artículo -Materia Laboral-

Declarada **inconstitucional** en caso n° 74, Corte n° 65.

Cambia a **constitucional** en caso n° 88 Corte n° 65 y caso n° 527 Corte n° 69.

Cambia a **inconstitucional** en caso n° 653 Corte n° 73.

Ley 12591 art.9 - Materia Comercial-

Declarada **inconstitucional** en caso n° 397, Corte n° 66.

Cambia a **constitucional** en caso n° 405, Corte n° 68; casos n° 521 y 525, Corte n° 69.

Ley 12612 art.10 –Materia Comercial-Aduanera-

Declarada **inconstitucional** en caso n° 246, Corte n° 66.

Cambia a **constitucional** en caso n° 461, Corte n° 68.

Ley 13264 art.28 – Materia Civil-

Declarada **constitucional** en caso n° 667, Corte n° 73.

Cambia a **inconstitucional** en casos n° 856 y 866, Corte n° 76 .

Cambia a **constitucional** en caso n° 957, Corte n° 80.

Ley 14397 art.13 -Materia Previsional-

Declarada **inconstitucional** en caso n° 1089, Corte n° 81; caso n° 1093, Corte n° 82; caso n° 1172 , Corte n° 84.

Cambia a **constitucional** en caso n° 1360, Corte n° 86.

Ley 20744 art.276-Materia Laboral-

Declarada **constitucional** en casos n° 1625 y 1645, Corte n° 95.

Cambia a **inconstitucional** en casos n° 1659, 1666, 1668, 1690, 1691, 1699, 1700, Corte n° 97; casos n° 1708, 1721, 1740 y 1769, Corte n° 99.

Fuente: “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholc, Ediar, 2004, Buenos Aires.

Los investigadores y lectores interesados deberán consultar la fuente en la que se indican los n° de casos según orden de listas n° 1 y 2 y el n° de Corte según cuadro n° 1.

271

Cuadro N° 9 bis.(1983-1998).

Cambios de jurisprudencia respecto a leyes nacionales

Ley 20771 art.6, (Uso-tenencia marihuana)	INC, en 2 casos, Corte, pre-ampliación, a CO , en 1 caso , Corte, post-ampliación,
----------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------

Ley 18037 art.53 (Seguridad Social)	INC, en 1 caso, Corte, pre-ampliación, a CO, en 1 caso, Corte, post-ampliación,
-------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------

Ley 23892 (Consolid.deuda pública)	INC, en 1 caso, Corte, post-ampliación a CO , en 1 caso, Corte post- a INC, en 1 caso , Corte post- a CO, en 1 caso , Corte post-
------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholc, Ediar, 2004, Buenos Aires, listas 1 y 2 y Cuadro n° 1.

Los investigadores y lectores interesados deberán consultar la fuente en la que se indican los casos según orden de lista n° 3.

Comentarios finales

La tendencia que se observa en la producción de la Corte (sus sentencias) con su nueva conformación, nos permite presumir que existen serias complicaciones a fines de la obtención del consenso mínimo necesario para su cometido.

Hemos visto que hay evidencias serias de un comportamiento del Tribunal sumamente fragmentado, con votos muy personalizados, lo que no resulta indiferente en su tarea esencial de revisión judicial y de cabeza de uno de los poderes del Estado.

Además dichas dificultades, observables a través de la proliferación de disidencias y votos según cada ministro, tiene un correlato directo en las características objetivas de cada decisión. La falta de acuerdos mínimos, puede dar como resultado, sentencias ambiguas que no resuelven o dejan a mitad de camino las soluciones que se esperan del Tribunal.

Hemos señalado hipótesis explicativas de lo observado, que en cierto modo descargan a la Corte de algunas responsabilidades reprochables de tal fenómeno.

De cualquier modo, lo que hoy se observa como presunción o tendencia nueva, en tanto no se corresponde con la producción histórica del Tribunal, tal cual indican las estadísticas analizadas, merece ser seguido con atención pues se pueden generar consecuencias institucionales de envergadura y dirección difíciles de anticipar.

Paralela y paradójicamente, el Tribunal de consensos difíciles y volátiles, ha producido en poco tiempo, (se completó su formación en febrero de 2005) varios y profundos cambios jurisprudenciales en temas sensibles tanto en materia patrimonial (laboral, previsional y de emergencia económica) como en temas de trascendencia política y social (revisión de las leyes de punto final y obediencia debida), lo que tampoco ha sido característico en el Tribunal, según nos muestran los datos empírico-cuantitativos volcados en este trabajo.

Una Corte Suprema con dificultad para obtener consensos, con un elenco de jueces de características técnicas heterogéneas e incongruentes, como he puntualizado en otro trabajo²⁸, y que produce, a pesar de lo dicho, serios y variados cambios de jurisprudencia.

Un escenario con datos “duros”, al que habrá que seguir analizando con detenimiento y observando las consecuencias que la Corte Suprema de Justicia provoca con sus sentencias en el sistema político y en la sociedad, considerando los criterios de gobernabilidad y seguridad jurídica.

²⁸ Artículo en la Revista de Derecho Público n° 2005-1, título: “Aportes para una selección coherente y congruente de los Jueces de un Tribunal Constitucional. El caso de la Corte Suprema en la Argentina y sus recientes modificaciones”, Editorial Rubinzal-Culzoni. Mayo 2005.