

CUANDO EL QUE INVADE ES EL PODER JUDICIAL. EL REDISEÑO DEL CONCEPTO DE CAUSA COMO MECANISMO DE INTROMISIÓN

GONZALO SEBASTIÁN KODELIA
Secretario Académico de la
Universidad Nacional de José C. Paz.

SUMARIO: I. El huevo de la serpiente. II. La opción por la representación. III. De la separación estricta a la interferencia mutua. IV. Pasión y razón en el diseño de las instituciones. IV.1. Psicología de las multitudes y denigración de las masas. V. La fusión liberal conservadora y su hostilidad política. V.1. Conservadores, liberales y republicanos en la confederación argentina. V.2. 1853: un “muro” entre política y economía. V.2.1. Un monarca con el título de Presidente. V.2.2. Política y propiedad: una profecía autocumplida. V.2.3. Ciudadanía dividida: el derecho como adjudicación selectiva. VI. El control de constitucionalidad como “poder moderador”. VI.1. Elitismo judicial para la “república” aristocrática. VII. La causa como límite heterónimo. VII.1. Controversia concreta y actual. VIII. Causa y legitimación como conceptos simbióticos. IX. De cómo la causa mutó de límite a invasión. IX.1. “Fayt”: pronunciamiento corporativo sin controversia. IX.2. “Rizzo”: legitimación opaca y desvaríos del control difuso. IX.3. “Colegio de Abogados de Tucumán”: abolición de la causa para el control fuera de quicio. IX.4. Decisiones hermanadas. X. Diferencias de volumen: ¿por qué no suenan con la misma fuerza las voces impugnatorias? Intromisiones aceptadas.

“Los que ocupan cierta posición social se mantienen siempre impasibles a cierta distancia de las clases inferiores del pueblo, como si temieran mancharse con su contacto... pero, en mi opinión, el que cree preciso vivir alejado de lo que se llama pueblo para que éste le respete, es tan despreciable como el mandria que se oculta de sus enemigos por temor de que lo venzan.”
(GOETHE, WERTHER, 10ª ed., Edaf, Madrid, 2009, p. 30).

I. EL HUEVO DE LA SERPIENTE

En uno de sus escritos más influyentes¹, JAMES MADISON nos presenta su alegato contra el “espíritu faccioso”, es decir, contra “la fuerza superior de una mayoría interesada y dominadora”.

1 MADISON, JAMES, “El Federalista N° 10”, en HAMILTON, ALEXANDER; MADISON, JAMES y

Por facción, MADISON entendía al conjunto de ciudadanos “que actúan movidos por el impulso de una pasión común”, resultando “la fuente de discordia más común y persistente (...) la desigualdad en la distribución de las propiedades”. De ahí que los propietarios y los que carecen de bienes, los acreedores y deudores, hayan “formado siempre distintos bandos sociales”.

El objetivo principal del proyecto constitucional que defendía era, precisamente, neutralizar el peligro de las facciones, este era el gran problema que la Constitución debía resolver: “la violencia del espíritu de partido”.

El espíritu faccioso se desinteresa por los derechos de los demás y por el bien común, pues las pasiones que lo dominan no alcanzan a considerarlos. Cegado por el autointerés, se divorcia del conjunto y lo combate.

Pero si las mayorías se ven amparadas por el fundamento republicano primario que les permitiría imponerse en las votaciones, las energías constitucionales deberán volcarse en la defensa de las minorías, quienes no cuentan con esa carta de triunfo.

De este modo, el diseño constitucional estará destinado a “frenar” la voluntad mayoritaria, a contener las pasiones destructoras del bien común, en definitiva, a evitar la democracia. Porque, en su lectura, la república supera a la democracia en este punto: en la contención de “los peligros del espíritu sectario”.

Idea de república apropiada y difundida por el movimiento liberal, restrictiva del mayoritarismo político, apoyada en el individuo y refractaria del Estado, al que se apunta como fuente de toda tiranía. Sin embargo, esta conquista simbólica del liberalismo subvierte su noción clásica, identificada con la comunidad y con su libertad, ya que en este registro de república, nadie puede ser libre en una comunidad que no lo es, en una comunidad dependiente². Y la libertad, es decir, la negación de la dependencia, sólo se alcanza por medio del Estado. En este sentido, “la tradición republicana es, por lo menos en esta dimensión en la que nos interesa recuperarla acá, una tradición estatalista: la cosa pública, la cosa de todos, el bien común, el bienestar general, el patrimonio colectivo, se defiende, se protege y se garantiza por medio del Estado”³.

JAY, JOHN, *El Federalista*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001, ps. 35 y ss.

2 JAURETCHE encuentra en la idea de independencia el elemento aglutinador del pensamiento de Mayo, pues si bien reconoce que cada grupo tenía sus propuestas acerca de cómo organizar las instituciones, “todos –salvo aquellos que directamente negociaron la sustitución del dominio español por otro– partieron de la idea de libertad de la Patria... Mayo lucha para hacer la libertad de la Patria y principia por sacrificar la de los individuos a esa exigencia previa. Se es patriota o no se es patriota, según se esté con la independencia o no se esté”, JAURETCHE, ARTURO, *Manual de zonceras argentinas*, 6ª ed., Peña Lillo, Buenos Aires, 1973, p. 78.

3 RINESI, EDUARDO, *Filosofía (y) política de la universidad*, Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, 2015, p. 37.

Es este preciso punto, el del Estado, en el que las visiones resultan inconciliables; aun amparadas bajo el mismo término, combaten por su conquista, atentas al formidable disparador ideológico implicado en el lenguaje.

Que república sea más o menos Estado, más o menos democracia (en el sentido de intervención directa e igualitaria del pueblo en los asuntos públicos) dependerá de la tradición liberal o republicana a la que adhiramos, pero lo que no podrá negarse es la capacidad de seducción del concepto, la necesidad de su captura y su constitución en la batalla política. Tampoco que sus significados puedan quedar sometidos a escrutinios veritativos o falseables ni, mucho menos, que sea precisamente ésta la presentación que quiera hacernos del término, la corriente política que, coyunturalmente, haya tomado posesión del concepto. Nada de “verdadero” hay en el lenguaje.

La historia del constitucionalismo también contiene esta disputa política por la república: “El primer constitucionalismo revolucionario proveniente de Francia, con sus antecedentes rousseauianos, y sus continuidades jacobinas, vino a representar en la región al constitucionalismo radical, anticonservador; constitucionalismo que encontraría continuidades en el mundo anglosajón a través de los escritos de radicales como THOMAS PAINE. Mientras tanto, y frente al mismo, la Constitución norteamericana comenzó a simbolizar el modelo de los límites, del control al poder, de la separación de la Iglesia y el Estado, es decir, de aquello que hemos llamado liberalismo”⁴.

Es esta república expropiada a la tradición original, subvertida en sus contenidos esenciales, la defendida por MADISON y los federalistas norteamericanos en contra de la democracia: una república temerosa –tal como lo cantaba el joven WERTHER en sus cuitas– de mancharse con el pueblo.

II. LA OPCIÓN POR LA REPRESENTACIÓN

Los remedios propuestos por MADISON, y que asocia a la república, consistieron principalmente en: la representación política y la federación de Estados, herramientas que tamizarían la actuación “apasionada” de las facciones y devolverían a las decisiones públicas “el cetro de la razón”.

Si la democracia es el ideal del autogobierno colectivo, la república madisoniana es la delegación de “la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto”, es decir, “un gobierno en que tiene efecto

4 GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Buenos Aires, 2014, p. 23. El autor analiza la historia constitucional latinoamericana agrupando a los proyectos políticos en tres corrientes: la conservadora, la liberal y la republicana, para la cual reserva el compromiso con el ideal del autogobierno colectivo y la apuesta por “salidas colectivas, antiindividualistas, antiautoritarias, apoyadas en la regla de la mayoría, e intensamente necesitadas del brazo de la ayuda estatal”, p. 26.

el sistema de la representación”. Y cuanto más grande sea la república mejores posibilidades de elegir convenientemente en virtud de la ampliación de la oferta.

Por otro lado, la federación toma a su cargo la resolución de los grandes temas nacionales y diluye los peligros de las facciones locales, que podrán “prender una llama en su propio Estado, pero no logrará[n] propagar una conflagración general en los restantes”. La organización federal propicia la neutralización mutua de los estallidos locales sin afectar los más importantes intereses nacionales reservados a la federación.

Se trata, entonces, de una doble delegación de poder: en los representantes y en la federación. Una operación de doble alejamiento de los ciudadanos en la toma de las decisiones públicas trascendentes. Pues precisamente de eso se trata, de alejar, de mediar entre las mayorías y las decisiones de gobierno, de interrumpir ese continuo mediante el sistema de representaciones y delegaciones.

Esta fue la crítica antifederalista a la ratificación de la Constitución norteamericana de 1787, es decir, la del movimiento político que defendía las autonomías de los Estados locales y la organización confederal mediante la unión de pequeñas repúblicas, hacía de los parlamentos locales el centro de todo el poder y criticaba las atribuciones opresivas del Congreso federal, del Presidente y de los jueces federales, especialmente en materia de interpretación constitucional y estabilidad de por vida en el cargo; en definitiva la posición constitucional que entendía que el gobierno federal “ahogaría la libertad de los Estados [y] que la Presidencia fuera un paso hacia la monarquía”, en orden a la inexistencia de cláusulas prohibitivas de la reelección indefinida⁵.

Pero no bastaba solo establecer la representación, sino que debía acentuarse la distancia en la relación con los representados. Sin ella, los representantes no podrían resistir el embate de los intereses facciosos o locales y sucumbirían a demandas sectoriales contrarias al interés general. La toma de decisiones “imparciales” implicaba cortar el vínculo de control directo y las herramientas para su ejercicio: instrucciones directas, interpelaciones, revocatoria de mandatos, asambleas ciudadanas, plebiscitos.

De este modo, el sistema representativo apareció “como un esquema deseable –una primera y valiosa opción– y no, tal como muchos tendían a verlo, como un mero ‘segundo mejor,’ un ‘mal necesario’ exigido por la imposibilidad de consagrar el gobierno ‘del pueblo y por el pueblo’”⁶.

5 BIANCHI, ALBERTO B., Historia constitucional de los Estados Unidos, T. I, Colonia, emancipación, crecimiento y consolidación (1620-1920), Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008, ps. 102 y 111.

6 GARGARELLA, ROBERTO, Crítica de la constitución. Sus zonas oscuras, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004, p. 24.

III. DE LA SEPARACIÓN ESTRICTA A LA INTERFERENCIA MUTUA

La militancia de los federalistas norteamericanos en favor de estas premisas plasmó en la idea –exitosa y trascendente en el diseño de las constituciones latinoamericanas y en la enseñanza del derecho constitucional– del equilibrio de poderes o “frenos y contrapesos”, es decir, en la propuesta de una ingeniería institucional en la cual cada poder público a cargo de funciones estatales específicas, al tiempo en que defiende su propia competencia, repele los avances o invasiones de los demás: “Que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente”⁷.

Este modelo parte de una primera negación: la separación estricta entre las diversas ramas del poder. Se trataba, precisamente, de lo contrario: interferir en los asuntos de los otros poderes, ese era uno de los objetivos constitutivos y deseados por el modelo, ya que *dividir* “no quería decir que estos departamentos no deberían tener una *intervención parcial* en los actos del otro o cierto dominio sobre ellos”⁸.

El programa político liberal procuraba “equilibrar” a todos los departamentos del gobierno, igualarlos en su nivel axiológico, considerarlos a todos responsables de la tarea de gobernar.

El autogobierno colectivo no implicaba ya el sometimiento al mayoritarismo político y el predominio del poder que mejor lo representaba: el Legislativo; sino que, paradójicamente, gobernar era (al menos en parte) intervenir contra las mayorías, elevar al mismo rango de los parlamentos estructuras de gobierno encargadas de esa tarea.

De este modo, los liberales confrontaron “la disposición republicana a convertir a la Legislatura en un órgano soberano, todopoderoso, prácticamente ilimitado (...) tendieron a dividir a la Legislatura en dos secciones, y sujetaron a la misma a complejos mecanismos de controles y vetos cruzados”⁹. En ese camino, el control de constitucionalidad de las leyes, efectuado por un Poder Judicial de modo difuso, fue uno de los mecanismos más ingeniosos, audaces y confrontativos del ideario revolucionario francés vinculado a la soberanía de la nación, a la nación refundida en el parlamento y a la ley como expresión de la voluntad general¹⁰; como así también del modelo de separación estricta consagrado con la

7 GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, T. I, Parte general, cap. IX, Las funciones del poder, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, p. IX-1.

8 MADISON, JAMES, “El Federalista N° 47”, en HAMILTON; MADISON y JAY, El Federalista, op. cit., p. 206.

9 GARGARELLA, La sala de máquinas de la Constitución..., op. cit., p. 41.

10 En el derecho anglosajón, también se identifican parlamento y pueblo, y se separan de la corona. No hay equilibrio ni división de poderes, sino soberanía parlamentaria. Tampoco rigidez

Ley de 16-24 de agosto de 1790 por la cual se buscaba “impedir la posibilidad de que el Poder Judicial, que hasta entonces habían ejercido los Parlamentos regionales, identificados de hecho con el estamento nobiliario, pudiese reiterar frente a los nuevos Poderes Legislativo y Ejecutivo revolucionarios la interferencia sistemática a que habían sometido a la Administración del Rey en la última fase del Antiguo Régimen”¹¹.

La prohibición al juez de interpretar la ley y de “perturbar” la acción de los cuerpos administrativos, refleja en el plano superestructural del Derecho, la relación de fuerzas entre los destacamentos revolucionarios y la nobleza feudal refugiada en los poderes judiciales.

IV. PASIÓN Y RAZÓN EN EL DISEÑO DE LAS INSTITUCIONES

Las constituciones que plasmaron las ideas expuestas, es decir, aquellas en las que triunfó la corriente liberal, pensaron la organización de las instituciones desde la complejidad que intentaban encauzar: el enfrentamiento entre grupos y, más precisamente, arreglos que permitiesen responder a la voracidad de las mayorías.

Contando con el “egoísmo” como uno de sus principales valores, la corriente liberal puso su atención y energía en asegurar espacios institucionales reservados a cada uno de los bandos en pugna. Movilizados por sus deseos egoístas

constitucional ni control de constitucionalidad, incompatibles con un parlamento soberano. Por ello, “a diferencia de todos los restantes sistemas constitucionales, que establecen formalmente la supremacía de la Constitución, los ingleses han consagrado la supremacía del Parlamento, quien sanciona las leyes que conforman, en todo caso, la dispersa Constitución inglesa. Así, el Reino Unido no tiene convención constituyente, ni tribunal constitucional, o en todo caso, ellos están reunidos dentro del Parlamento”, BIANCHI, ALBERTO B., *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, ps. 286/7. Aún la idea de estado es ajena al modelo inglés. Al criticar la teoría de las funciones estatales y la construcción alemana del estado como persona jurídica, GARCÍA DE ENTERRÍA advierte “que la propia palabra Estado es extraña al Derecho inglés, mucho más el concepto. En vez de éste, encontramos el de Corona, al que se refiere toda la organización administrativa... Pero junto a la Corona está el Parlamento, como órgano del pueblo. Corona y Parlamento (o pueblo), King and Parliament, no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado, según las ideas más o menos místicas del monarquismo continental, sino que tienen sustantividad independiente, no interiorizados en ninguna pretendida realidad superior. Ambos sujetos están simplemente en relación, como lo están las partes de un contrato, nexo en el cual cada una mantiene íntegra su individualidad”, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, T. I, con Notas de AGUSTÍN GORDILLO, *La Ley*, Buenos Aires, 2006, p. 33.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, T. II, con Notas de AGUSTÍN GORDILLO, *La Ley*, Buenos Aires, 2006, p. 570.

de defender las propias posiciones, bloquearían los avances de sus oponentes generando el “equilibrio” buscado.

Principalmente, se trataba de establecer barreras institucionales para frenar los desbordes mayoritarios que atentaban contra el bien común: garantías de razón frente a la liberación de impulsos pasionales asignados, sin mucha problematización ni esfuerzo argumentativo sobre tal conclusión, a la actuación mayoritaria.

Si las mayorías actuaban movilizadas por pasiones desatadas que perseguían el interés propio, debían pensarse instituciones que las neutralizaran, puntos de veto frente a esos avances. Así, la “buena” república debía diseñar espacios contra esas mayorías en los que prime la razón frente a la pasión; la república equilibrada necesitaba instituciones que alojen a una y otra pero que, ante el conflicto, garantice la victoria de la razón sobre la pasión; en definitiva, la razón apropiándose de la última palabra institucional y decidiendo la disputa.

Este fue el ideario y la acción política de la “generación del 37”, defendidos abiertamente por sus más esclarecidos representantes. La soberanía residía en la razón y no en la voluntad mayoritaria. Y esa razón era asequible sólo para un grupo de elegidos, por ello la militancia en favor del voto restringido.

Sin eufemismos, ECHEVERRÍA oponía *razón colectiva* a *voluntad colectiva*, y su “democracia” quedaba limitada al ejercicio político de una minoría: “La soberanía del pueblo es ilimitada en cuanto respecta al derecho del hombre: Primer principio. La soberanía del pueblo es absoluta en cuanto tiene por norma la razón: Segundo principio.

La razón colectiva sólo es soberana, no la voluntad colectiva. La voluntad es ciega, caprichosa, irracional: la voluntad quiere; la razón examina, pesa y se decide.

De aquí resulta que la soberanía del pueblo sólo puede residir en la razón del pueblo, y que sólo es llamada a ejercerla la parte sensata y racional de la comunidad social. La parte ignorante queda bajo la tutela y salvaguardia de la ley dictada por el consentimiento uniforme del pueblo racional.

La democracia, pues, no es el despotismo absoluto de las masas, ni de las mayorías; es el régimen de la razón”¹².

Es clara la opción liberal por la limitación de la intervención directa del pueblo en política, por cuanto ese pueblo queda mutilado en su alcance mediante el recurso a la razón, extremo al cual no acceden las mayorías: “Las masas no tienen sino instintos: son más sensibles que racionales”¹³.

12 ECHEVERRÍA, ESTEBAN, “Dogma Socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37”, en Obras completas, T. IV, Escritos en prosa, Imprenta y Librería de Mayo, Buenos Aires, 1873, p. 174.

13 ECHEVERRÍA, op. cit., p. 176.

Como una constante histórica, las “bestias” aquí toman la forma de las masas (las mayorías), como antes (y ahora) *lxs* apóstatas, *lxs* criminales, *lxs sacrílegxs*, *lxs diversxs*, las etnias, *lxs adictxs*, *lxs enfermxxs*, *lxs insanxs*, *lxs extranjerxs*, las mujeres¹⁴. Sensibilidades exacerbadas incapaces para la razón; en el mejor de los casos, criaturas en estado de minoridad, elementos inmaduros, apocados, sometidos a tutelaje. Descripciones y juicios que no hacen, sino, reproducir y proyectar las taras propias del emisor.

Bajo esta construcción, la soberanía ya no es del pueblo sino de su razón. Entre soberanía y pueblo se interpone la razón y así, encapsulada, sólo es ejercitable por su “parte sensata y racional”.

La doctrina elaborada por los jóvenes del 37 no pretendía convertirse en mera gimnasia intelectual sino que, muy por el contrario, eran armas para la acción política. Lejos de representar ejercicios autorreferenciales o autocomplacientes, preparaban las trincheras desde las cuales combatir a las corrientes político-constitucionales opuestas, las que estaban perfectamente identificadas. De ahí que no pequen las críticas presentes en estas líneas de anacronismo, pues coetáneamente, coexistían fuerzas de democracia radical o republicanismo auténtico que pensaban y militaban por una sociedad organizada política, social y económicamente en forma sustancialmente distinta. La generación del 37 tenía claro quién era su rival: “La soberanía solo reside en la razón colectiva del Pueblo. El sufragio universal es absurdo.

No es nuestra fórmula la de los ultra-demócratas franceses: todo para el Pueblo y por el Pueblo; sino la siguiente: *todo para el Pueblo y por la razón del Pueblo*. El *gobierno representativo* es el instrumento necesario del progreso”¹⁵.

IV.1. *Sicología de las multitudes y denigración de las masas*

Es interesante notar cómo este pensamiento contramayoritario construye puentes con los primeros estudios sobre sicología de las multitudes, confluyendo ambos en un programa político denigratorio.

14 Desde el feminismo crítico, OLSEN da cuenta de la formación del pensamiento liberal clásico, a partir de una serie de dualismos o pares opuestos, dentro de los cuales hallamos los clivajes: racional/irracional, pensamiento/sentimiento, razón/emoción. Este pensamiento, lejos de una finalidad meramente descriptiva, procura alcanzar posiciones normativas que crean y reproducen estructuras de poder. Así, tres características presenta el sistema: “Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales, sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como ‘masculino’ es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado ‘masculino’ de los dualismos”, OLSEN, FRANCES, “El sexo del derecho”, en COURTIS, CHRISTIAN (comp.), Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho, 2ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 481.

15 ECHEVERRÍA, op. cit., ps. 192/3.

Conscientemente, el siglo XIX optó por la denigración y no por la subestimación, pues era alta la estima a las masas y crucial la encrucijada histórica a la que debía enfrentarse. En efecto, esta visión denigratoria fue la opción política frente a fuerzas contemporáneas contrarias, tales como el sindicalismo, el anarquismo y el socialismo, que entendían positivamente el comportamiento colectivo y percibían a las masas de un modo constructivo, atribuyéndoles centralidad en sus programas de acción política.

Tal como señala LACLAU, el fenómeno de la sicología de las masas fue adjudicado al campo de lo patológico, pero ya no “como aberraciones contingentes destinadas a desaparecer”, sino como “rasgos permanentes de la sociedad moderna (...) que deben convertirse en objetos de una nueva tecnología de poder”¹⁶.

El programa denigratorio advierte que la multitud realiza un uso perverso del lenguaje, alejado de su significado “real”, asociando arbitrariamente palabras a imágenes que “sintetizan las más diversas aspiraciones inconscientes y la esperanza de su realización”.

Frente a esa trama, la razón y los argumentos no pueden combatir. De este modo, LE BON afirma que “las masas nunca han tenido sed de verdad. Se alejan de los indicios que no les agradan, prefiriendo deificar el error si éste las seduce (...) Una cadena de argumentación lógica es totalmente incomprensible para las multitudes, y por ese motivo se puede decir que no razonan o que razonan erróneamente, y que no son influidas por el razonamiento”¹⁷.

La multitud desciende en el rango evolutivo y aparece como manifestación de retorno a la incivilidad. Las categorías racional/irracional se asignan, respectivamente, al individuo y a las masas. Relegadas al campo de lo patológico, aberrante y marginal, no hay otra opción para las masas que su adjudicación a lo irracional.

Así, el individuo experimenta un proceso de degradación social al volverse parte de un grupo, porque comienza a operar en él, el mecanismo de la *sugestión* sobre el de la argumentación lógica. Las imágenes, las palabras y las fórmulas son las llaves que animan al contagio como transmisión patológica y a la *identificación* con el líder.

La sicología de las multitudes hizo su aporte al pensamiento contramayoritario, sofisticando las bases de sus conclusiones, en un *continuum* que llega a nuestros días bajo presentaciones menos brutales, pero en las que subyace como

16 LACLAU, ERNESTO, *La razón populista*, 1ª ed., 9ª reimp., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015, p. 37. Para el autor, el drama se resuelve en los términos planteados por GUSTAVE LE BON, en su fundamental obra de 1895, *Psicología de las multitudes*: “Las multitudes son algo así como la esfinge de una antigua fábula: debemos llegar a una solución de los problemas planteados por su psicología, o resignarnos a ser devorados por ella”.

17 LACLAU, op. cit. ps. 38, 40 y 45.

nervio vital, desparramado en el espacio y discurso públicos, un programa denigratorio que arroja a las masas al campo de lo irracional y, sino patológico, al menos desviado de una supuesta ruta de “normalidad”.

V. LA FUSIÓN LIBERAL CONSERVADORA Y SU HOSTILIDAD POLÍTICA

La formación constitucional latinoamericana reconoce el enfrentamiento entre proyectos políticos diversos, que pugnaron por organizar a la sociedad y a las instituciones de acuerdo a los principios que cada uno defendía.

La confrontación no eliminó ciertas diagonales que los atravesaron y que generaron puntos de convergencia, como así también que todos estaban de acuerdo en la influencia recíproca entre diseño institucional, comportamiento social y organización económica circundante.

La Constitución fue percibida como un instrumento de política real para la transformación social, pues con ella su buscaba dar respuesta urgente a los problemas que cada corriente identificaba, de acuerdo al ideario defendido y militado¹⁸.

Desplazada la corriente político-constitucional republicana¹⁹, es decir, aquella comprometida con la defensa radical del mayoritarismo político, aun en los ámbitos de la moral y los derechos²⁰, el espacio público quedó dominado por

18 Conf. GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución...*, op. cit., ps. 14-9.

19 La efímera constitución mexicana de Apatzingán de 1814 fue uno de los principales exponentes del republicanismo constitucional latinoamericano. Retumba en todo su texto el gran eco rousseauiano: la soberanía es la facultad de dictar leyes (artículo 2), la ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común (artículo 18). La soberanía reside en el pueblo y su ejercicio en la representación nacional compuesta por un supremo congreso de diputados (artículo 5). El derecho de sufragio para la elección de diputados pertenece, sin distinción de clases ni países, a todos los ciudadanos (artículo 6). La sociedad tiene el derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera (artículo 4). Los empleados públicos deben funcionar temporalmente y el pueblo tiene derecho para hacer que vuelvan a la vida privada (artículo 26).

20 GARGARELLA llama populismo moral a la aplicación extensiva del principio mayoritario para definir la moral privada y el contenido y alcance de los derechos: la regla mayoritaria disciplina a todo el cuerpo social y la voluntad general arrasa con el principio de autonomía. El republicanismo defiende un cierto tipo de ciudadano, para el que promueve determinadas virtudes cívicas. En definitiva, para los republicanos resulta “inconcebible un escenario público marcado por la presencia de una ciudadanía políticamente apática, no identificada con la vida de los demás, indiferente frente a la suerte del prójimo, desapegada del destino de su comunidad”, GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución...*, op. cit., ps. 28-9. Ideas alojadas fervorosamente por la constitución de Apatzingán: el ciudadano debe a la patria una entera sumisión a las leyes, a contribuir prontamente a los gastos públicos, a sacrificar sus bienes y su vida cuando sus necesidades lo exijan (artículo 41). La sumisión del ciudadano a una ley que no aprueba, no es un compromiso de su razón ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general (artículo 20). Ningún ciudadano podrá obtener más ventajas que las que haya merecido por servicios hechos al estado (artículo 25). La instrucción debe ser favorecida por la sociedad con todo

las fuerzas conservadoras y liberales. Las profundas diferencias que las enfrentaban no impidieron el reconocimiento de los vértices de confluencia que pasaron al primer plano, unidas sino por el amor, por el espanto: un fantasma recorría Latinoamérica y había que enfrentarlo, el fantasma del republicanismo.

A corta distancia se encontraron en un punto de unión inmediato: su compartida hostilidad política a la intervención directa del pueblo en los asuntos públicos. La desconfianza que tributaban a las mayorías por sospecharlas incompetentes, incapaces, inmaduras, irracionales, hacía lazo con el deseo de “congelar” la sociedad—principalmente su organización económica— escamoteando la política a las masas y recortándola como monopolio de sectores autoproclamados hábiles para su ejercicio.

Así, el pacto liberal-conservador se tradujo en un fuerte rechazo a la intervención política de las mayorías y plasmó en el diseño de constituciones profundamente hostiles a la participación directa del pueblo en los asuntos comunitarios. A diferencia del ideal republicano, la Constitución pasaba a ser una herramienta para contener la política de masas, es decir, un extremo en tensión con la democracia, en definitiva: la Constitución como arreglo contramayoritario.

La política quedaba secuestrada por pocos y especializados exponentes que reunían ciertas credenciales, las que, a su vez, eran determinadas por esos mismos favorecidos. De esta manera se garantizaba, con rango de Ley Suprema, el despojo político hacia las mayorías.

V.1. *Conservadores, liberales y republicanos en la confederación argentina*

La coalición de fuerzas denunciada fue evidenciada en la Constitución de la Confederación Argentina posterior a Caseros. La crucial batalla marcó el triunfo del frente liberal-conservador contra la corriente republicana que en nuestro suelo debió identificarse con el *rosismo* o, como sus enemigos lo alineaban, con *el partido radical*²¹.

En un escrito de 1857 publicado en su diario *Los Debates*, MITRE ratifica estas dos ideas: la necesidad de la alianza liberal-conservadora y la repugnancia

su poder (artículo 39).

21 La adhesión del programa y del movimiento rosista a los principios republicanos, es un punto problemático. Sin embargo, las leyes de la política ordenan que las eventuales áreas de vacancia sean ocupadas por los agentes que estén dispuestos a hacerlo, aun sin ser los mejores candidatos, y aun sin proponérselo, por ser ubicados allí, por sus enemigos políticos. Con todo, puede afirmarse que la discursividad política del rosismo “se articuló sobre la base de un universo de referencia esencialmente republicano” que conjugaba ciertos tópicos de su ideario clásico: agrarismo republicano, conspirativismo aristocrático contra el gobierno popular, americanismo antiextranjero, nativismo cultural y “una articulación sistemática entre las nociones de *virtus*, *salus populi* y el concepto romano de dictadura para justificar los poderes excepcionales conferidos a ROSAS en su ejercicio como gobernador”, MYERS, JORGE, Orden y virtud. El discurso republicano en el régimen

al partido radical. Así, luego de definir el mapa político americano mediante su semblanza de los tres partidos que dominaban la escena pública, afirma “que un partido conservador no puede existir sino a la sombra de las banderas liberales (...) Las verdaderas ideas conservadoras, las únicas ideas conservadoras que andan hoy en circulación, forman parte del credo político del partido de la libertad”. Esa alianza es la que el país necesita para enfrentar al partido radical, “representado ante nosotros por los bárbaros. ARTIGAS, RAMIRES, LÓPEZ, ALDAO, ROSAS, éstos son los apóstoles del partido radical, del partido de la exageración de la democracia y de la igualdad, que ha pretendido igualar a la inteligencia con la barbarie, en vez de levantar las masas hasta la altura de la inteligencia”. Si no se acude a la convocatoria liberal, los conservadores serán devorados por la tiranía: “para el círculo de los que se titulan conservadores o moderados, no hay salvación posible sino al lado de los que profesan verdaderas ideas de moderación y conservación”²².

La “igualdad exagerada” denostada por MITRE, es alardeada –al menos en el plano discursivo– por el rosismo. En su *Archivo americano y espíritu de la prensa del mundo*, PEDRO DE ÁNGELIS, principal publicista del movimiento, evoca a un ROSAS consustanciado con su pueblo, con sus compatriotas, quienes “podían hasta comer con el *sombrero puesto* delante de él, si les agradaba”. El discurso rosista se interesa particularmente en construir una imagen del caudillo que no abandone su legitimidad popular, que no diluya las identificaciones que lo sostienen como uno de los propios: “cuanto mayor ha sido el empeño que se ha puesto en elevarlo, tanto más tenaz ha sido su resistencia en no salir de las condiciones comunes a los demás Argentinos (...) Grados, empleos, títulos, honores, presentes, nada ha querido, *para no faltar* (según él mismo se expresa) *a los principios republicanos que ha profesado en toda su vida pública*”²³.

Barrida la “exageración democrática” quedaba por definir la organización constitucional del país, a cuya tarea se acometieron conservadores y liberales, cuidadosos de no dejar hendijas por las que pudieran colarse desbordes mayoritarios. El antídoto: el elitismo político.

V.2. 1853: un “muro” entre política y economía

La organización nacional requería de un instrumento constitucional hábil para evitar los tumultos y la anarquía. Las decisiones públicas no eran materia que alcance al pueblo, sino a minorías especializadas. La reflexión aislada individual o de esos pequeños grupos –por oposición a la discusión pública colectiva– era

rosista, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 2011, p. 45.

22 MITRE, BARTOLOMÉ, “Ideas conservadoras de buena ley”, Los Debates, 24 de julio de 1857, en HALPERÍN DONGHI, TULLIO, Proyecto y construcción de una nación (Argentina 1846-1880), Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1980, ps. 182/5.

23 DE ÁNGELIS, PEDRO, “Archivo americano y espíritu de la prensa del mundo”, N° 4, 8 de julio de 1843, ps. 31/2, en MYERS, Orden y virtud..., op. cit., ps. 272/3.

el procedimiento por el que debería optar la nueva Constitución. Encorsetada en esos registros, la política pasaba al monopolio de las elites, expropiada a un pueblo que no podía y no sabía qué hacer con ella; y que, cuando la tuvo, generó la barbarie.

Los procesos de diálogo colectivo debían eliminarse si se quería encaminar a la nación hacia la ilustración y el progreso. Las multitudes carecían de la independencia de espíritu necesaria para la tarea de gobernar, siempre dispuestas a sucumbir al primer tirano que encante sus oídos con el fin de esclavizarlas. El tránsito debía quedar bajo tutela de las minorías lúcidas de la comunidad, quienes alejando a las masas de la política, contribuían a salvar a la nación de la barbarie, cumpliendo de esta forma, su tarea patriótica.

La Constitución que debía adoptarse era aquella que contribuyera a la desaparición del desierto, la que sirva “para hacer que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible y se convierta en país poblado”²⁴. Gobernar era poblar pero selectivamente, con un pueblo nuevo, no con las antiguas poblaciones hispanas, sino con aquellas de quienes aprender el uso de la libertad, que como máquina “requiere para su manejo maquinistas ingleses de origen. Sin la cooperación de esa raza es imposible aclimatar la libertad y el progreso material en ninguna parte”²⁵.

El poblamiento selectivo era el vehículo de la modernización del país atrasado y la forma de incorporar paulatinamente al trabajo a las masas nativas²⁶. Para la política faltaba un largo entrenamiento, ya que si ésta debía acometerse por minorías ilustradas, y si sólo la ilustración permitía el ingreso en la política, ni siquiera la educación formaba parte del programa alberdiano destinado a las masas: “Es un error infelicitísimo el creer que la instrucción primaria o universitaria, sea lo que pueda dar a nuestro pueblo la aptitud del progreso material y de las prácticas de libertad (...) La cuestión argentina de hoy, es la cuestión de América del Sud, a saber: buscar un sistema de organización conveniente para obtener la población de sus desiertos, con pobladores capaces de industria y libertad, para educar sus pueblos, no en las ciencias, no en la astronomía –eso es ridículo por anticipado y prematuro–, sino en la industria y en la libertad práctica”²⁷. La parsimoniosa distribución de la educación, aletargaba aún más la llegada de la política.

Esta era la *república posible* de ALBERDI, aquella que debía enfrentar y asimilar el pasado colonial, sintetizando las disputas internas y planteando una terapéutica institucional permeable a la adquisición gradual de hábitos sociales que,

24 ALBERDI, JUAN BAUTISTA, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, 2ª ed., Imprenta del Mercurio, Valparaíso, 1852, p. 196.

25 ALBERDI, Bases..., op. cit., ps. 200/1.

26 Este programa de fomento a la inmigración europea quedó plasmado como deber de los gobiernos federal y provincial, en los artículos 25, 64, incisos 16, y 104 de la Constitución de 1853.

27 ALBERDI, Bases..., op. cit., ps. 201/2.

junto a los fines constitucionales modernizantes, permitiese ir paulatinamente reemplazando los medios tradicionales de gobierno. Si bien la soberanía pertenece al pueblo, requiere de condiciones de capacidad y de hábitos que no se adquieren de un golpe²⁸.

Esa fórmula “mixta” entre fines modernos y medios tradicionales es lo que caracteriza a la propuesta constitucional alberdiana: los fines de libertad y progreso sólo pueden alcanzarse pactando con el pasado colonial. Ese acuerdo incluye la adopción de sus medios principales: el ejecutivo “fuerte” y la restricción política.

V.2.1. Un monarca con el título de Presidente

Para ALBERDI el federalismo argentino era un “accidente” de la historia, producto del proceso histórico de guerras civiles. A contramano de la experiencia estadounidense, el unitarismo virreinal borbónico había sido la génesis histórica de la patria: “En Norteamérica era artificial la unión; entre nosotros, era artificial la descentralización estando a nuestro pasado colonial”²⁹.

Ese pasado no debía ser obviado si se perseguía el éxito de la Constitución a dictarse. La república posible obligaba a aclimatar las instituciones a estas tierras, albergando atributos de la antigua monarquía como la centralización y el ejecutivo “fuerte”, para cuyo diseño se apartó de las fuentes constitucionales estadounidenses para alojar al constitucionalismo conservador chileno de los juristas JUAN y MARIANO EGAÑA y a sus Constituciones de 1823 y 1833. Así, no dudaba en la elección al momento de pensar los atributos del presidente para la Confederación Argentina: “Mil veces se asemeja al de Chile que al de los Estados Unidos (...) Fuerte como el de Chile, republicano en la forma y casi monárquico en el fondo”³⁰.

Las facultades fuertes del presidente se extendían a las provincias mediante la red de gobernadores. Este fue el objetivo de declararlos *agentes naturales del gobierno federal* mediante el artículo 107, el que cerraba la Constitución configurando una trama que prolongaba los tentáculos del poder central y resucitaba ciertos esquemas del viejo unitarismo virreinal.

V.2.2. Política y propiedad: una profecía autocumplida

Las bases de la restricción política pueden anclarse en las ideas más bárbaras que vinculaban capacidad política con *propiedad* o que sólo era políticamente independiente aquél que, a su vez, contaba con independencia económica. Si esa era

28 Conf. ALBERDI, JUAN BAUTISTA y SARMIENTO, DOMINGO FAUSTINO, Constitución y política. Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina. Estudios sobre la Constitución argentina de 1853; con prólogo de NATALIO R. BOTANA, Hydra, Buenos Aires, 2012, p. 25.

29 *Ibíd.*, p. 16.

30 *Ibíd.*, p. 17.

la premisa, la respuesta bien pudo ser garantizar la independencia económica para alcanzar la independencia política, hacer del pueblo una comunidad de pequeños propietarios para ampliar (y no reducir) la democracia, lo que sólo podía hacerse operando los controles estatales, dotando de mayor participación política a las mayorías para apropiárselas de las herramientas necesarias para el cambio de situación.

Sin embargo, en el pensamiento liberal-conservador, la tesis operó en el sentido inverso: para garantizar la esclerosis social a partir de la restricción política. El control de los medios económicos era la “virtud” que generaba la capacidad política. El pobre, el desposeído, no era invitado al diálogo democrático sino negado en su politicidad. De esta forma, la combinación entre control económico y político prolongaba la dependencia, profundizaba la desigualdad y perpetuaba el dominio. La tesis se convertía así, en hipótesis autojustificada: la participación política era consecuencia de la propiedad y el régimen de la propiedad se eternizaba en las mismas condiciones sin apertura política. La sociedad quedaba en “foto”, situada en términos de dominio inmóviles, imposibilitada de dinamizarse, de transformarse, producto del “muro” levantado frente a los derechos políticos, el cual ascendía cada vez más ni bien se empezaba a escalarlo³¹.

V.2.3. Ciudadanía dividida: el derecho como adjudicación selectiva

El correlato restrictivo en ALBERDI fue el concepto de libertad imperfecta, única a la que podía aspirarse en su república posible. Si bien el argumento se desmarcaba de las virtudes del dinero, el plan operativo era el mismo: negarle politicidad a las masas, las que sólo una vez educadas mediante la inmigración y el progreso, ingresarían paulatinamente en la política. La libertad imperfecta era necesaria para incluir a todos, “en la medida que es posible al país tal cual es y no tal cual no es”. Se reconocía imperfecta esa libertad por carecer del atributo político, “porque es incapaz de orden constitucional una parte de nuestro país (...) si queréis constituir vuestra ex-colonia hispano-argentina, es decir, esa patria que tenéis y no otra, tenéis que dar principio por la libertad imperfecta, como el hombre, como el pueblo que deben ejercerla, y no aspirar a la libertad que tienen los republicanos de Norte América, sino para cuando nuestros pueblos valgan en riqueza, en cultura, en progreso, lo que valen los pueblos y los hombres de Nueva York, de Boston, de Filadelfia, etc.”³².

ALBERDI construía así otro “muro”: el que separaba los *derechos a la economía* de los *derechos a la política*. En efecto, la única libertad que debía tener

31 En los tempranos debates constitucionales de principios del siglo XIX, el republicano MANUEL DORREGO criticó la restricción política basada en la propiedad, considerándola generadora de “una aristocracia la más terrible... porque es la aristocracia del dinero. Y desde que esto se sostenga se echa por tierra el sistema representativo, que fija su base sobre la igualdad de los derechos”, GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución...*, op. cit., p. 103.

32 ALBERDI, JUAN BAUTISTA, “Cartas sobre la prensa y la política militante de la República

quicio constitucional era la económica, “siempre inofensiva al orden, y llamada, como he dicho en otra parte, a nutrir y educar a las otras libertades”. Las garantías constitucionales no alcanzaban a la libertad política: si bien reconocía que “conceder la libertad según la ley, es dejar la libertad al arbitrio del legislador”, concluía que “este régimen puede convenir al ejercicio de la libertad política”³³.

De este modo, su propuesta constitucional quedó sintetizada en la fórmula: *libertades políticas restringidas, libertades civiles abundantísimas*. La igualdad reconocida era la económica, “que la Constitución argentina asimila a la *libertad civil*”, porque esta era la única practicable en la república posible. Para la economía “todo el mundo es apto,” mientras que la libertad política, “es tomar parte en el gobierno; gobernar, aunque no sea más que por el sufragio, requiere educación, cuando no ciencia, en el manejo de la cosa pública”³⁴.

Los atributos políticos ausentes en las masas, sólo llegarían por la acción educadora de la libertad económica, impulsada por las nuevas poblaciones europeas destinadas a terminar con el desierto y la ignorancia. Por esta vía se consolidaba, en igual medida, la postergación política de las mayorías:

“No participo del fanatismo inexperimentado, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos, pero deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas de adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar* y ejercer toda *industria*. Estas libertades, comunes a ciudadanos y extranjeros (por los art. 14 y 20 de la Constitución), son las llamadas a poblar, enriquecer y civilizar estos países, no las libertades políticas, instrumento de inquietud y de ambición en nuestras manos, nunca apetecidas ni útiles al extranjero, que viene entre nosotros buscando bienestar, familia, dignidad y paz. Es felicidad que las libertades más fecundas sean las más practicables, sobre todo por ser las accesibles al extranjero que ya viene educado en su ejercicio”³⁵.

Paralelamente al pensamiento que vinculaba independencia económica con participación política, el programa alberdiano en su conjunto no podía más que contribuir a perpetuar las desigualdades y a aumentar progresivamente las distancias, solidificando las bases de la exclusión. La unión bajo un mismo timón del poder político y económico generó una construcción granítica que postergaría la

Argentina. Primera carta”, en Obras completas de JUAN BAUTISTA ALBERDI, T. IV, La tribuna nacional, Buenos Aires, 1886, p. 17.

33 ALBERDI, JUAN BAUTISTA, “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853”, en Obras completas..., T. IV, op. cit., p. 188.

34 ALBERDI, “Sistema económico y rentístico...”, en Obras completas..., T. IV, op. cit., p. 150.

35 ALBERDI, “Sistema económico y rentístico...”, en Obras completas..., T. IV, op. cit., ps. 188 y 486.

participación política de las masas durante décadas, ya que no todos arrancaban del mismo punto de partida. Cerrados los canales de la política, los económicamente favorecidos contarían con armas que les permitirían capitalizar progresivamente ese diferencial y extender las ventajas iniciales.

A esta altura del recorrido, puedo arriesgar que la opción por la restricción política tuvo menos que ver con los beneficios que supuestamente reportaba la reflexión aislada, en pequeños grupos, efectuada por gente capacitada, que con la profunda matriz denigratoria moldeada para ser adjudicada a las mayorías populares.

VI. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO “PODER MODERADOR”

La Constitución de 1853, consecuencia de la victoria de la línea liberal-conservadora, consagró una serie de arreglos institucionales tendientes a la selectividad política y al mutuo control de los poderes.

Así, el bicameralismo, las facultades coadministrativas del Senado³⁶, los poderes de veto presidenciales, la rigidez constitucional, las mayorías calificadas y hasta la forma federal de Estado –con sus problemas de sub y sobrerrepresentación– respondieron a la necesidad de asegurar ese equilibrio frente a decisiones mayoritarias que puedan violentarlo.

Sin embargo, el más selecto de ellos, no alcanzó a ser incorporado, fue muy poco teorizado y menos aún problematizado: me refiero al control judicial de constitucionalidad, el más refinado de los instrumentos moderadores de las mayorías³⁷.

En el constitucionalismo comparado, HAMILTON fue uno de los grandes promotores de la idea de revisión judicial, quien aseguraba “el derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución”. Los estilizados argumentos defendidos, hacían de los tribunales un “poder moderador” entre el pueblo y las legislaturas, un remedio “eficaz contra las usurpaciones y opresiones de la entidad representativa”. Con

36 Nombramiento en acuerdo de los cuadros jerárquicos de la administración nacional y de los jueces federales, y su remoción en juicio político. Además, sólo al Senado correspondía la iniciativa para reformar la Constitución (artículo 51) y el acuerdo para declarar el estado de sitio en caso de ataque exterior (artículo 83, inciso 19).

37 Sin embargo, pareciera que el campo republicano tenía un mayor dominio de la cuestión o, al menos, mostraba alguna preocupación o intuición más aguda sobre el punto. Así lo demuestra el proyecto de constitución de PEDRO DE ÁNGELIS de 1852, el que cierra con un título final De la ejecución, interpretación y reforma de la Constitución, cuyo art. 134 establecía: “Sólo al Congreso compete resolver las dudas que se eleven sobre la inteligencia de alguno de sus artículos”, DE ÁNGELIS, PEDRO, “Proyecto de constitución de la República Argentina”, en DALMAZZO, OMAR A. (coord.), Esteban Echeverría. Homenaje en el bicentenario de su nacimiento, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 2006, p. 298.

ello se realizaba el ideal de *constitución limitada*, es decir, aquella “que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa”³⁸.

Para ello, debía construirse una legitimidad, allí donde no la había: en los jueces, quienes tenían como responsabilidad hacer prevalecer la voluntad del pueblo manifestada en la constitución a la voluntad de la legislatura declarada en las leyes. Al defender la Constitución frente a la Ley, la voluntad del pueblo frente a la voluntad del legislador, los jueces se convertían en los auténticos representantes populares: “No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su *voluntad* a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura (...) La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales (...). Y si ocurriere que entre las dos [Constitución y Ley] hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”³⁹.

Así, ubicado el Poder Judicial como intérprete auténtico del pueblo, el lazo generado construía legitimidad en un cuerpo carente de ella. Los tribunales leían la voluntad popular en la constitución y la hacían prevalecer allí donde era subvertida por la voluntad de la legislatura. Dotados del poder de “moderar los daños inmediatos” de las pasiones mayoritarias, los jueces nutren a la constitución limitada de las herramientas que la califican como instrumento hábil para refrenar “los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo (...) esos malos humores circunstanciales que suelen penetrar a la sociedad;” y que sólo se conjuran por “los beneficios de la moderación y la integridad del departamento judicial”⁴⁰.

VI.1. *Elitismo judicial para la “república” aristocrática*

No fue sino después de la sanción de la Constitución de 1853, que la revisión judicial se mostró como fuente de controversia.

Esto no quita que ALBERDI se haya interrogado acerca de “¿Cuál es el tribunal llamado a procesar y juzgar las malas leyes?” y su respuesta haya sido “La Corte Suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino”. Sus apreciaciones tenían como fuente el artículo 97 de la Constitución de 1853 cuando asignaba “a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. Si bien reconocía que: “No hay punto que en cierto modo no

38 HAMILTON, ALEXANDER, “El Federalista N° 78”, en HAMILTON; MADISON y JAY, El Federalista, op. cit., ps. 330/1.

39 *Ibíd.*, p. 332.

40 *Ibíd.*, ps. 333-4.

esté regido por la Constitución”, afirmaba que: “Los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos inmediatamente por la Constitución, sin intermedio de otra ley orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución”⁴¹.

Lo que no sucedió es que estas apreciaciones hayan alcanzado un *corpus* sólido de ideas, ni que hayan suscitado mayores polémicas en el seno de la convención constituyente. ALBERDI tomó el punto en relación con el derecho de petición a las autoridades del artículo 14, “ejercido colectivamente con los fines de obtener la abrogación de instituciones malas y la sanción de otras buenas”, y como cauce para regenerar el derecho público heredado de la colonia y trocarlo por otro oxigenado en las nuevas instituciones: “todo el mundo puede acusar ante la Corte Suprema la inconstitucionalidad de las leyes civiles y administrativas realistas, que alteran los principios y poderes establecidos por la Constitución, y pedir que se declaren contrarias a ella”⁴².

Recién en los debates del congreso de la Confederación Argentina sobre las leyes de organización de la Justicia Federal, el tema fue puesto en escena y discutido en la superficie: “el primer debate importante aparece en el Senado de la Confederación Argentina reunido en la ciudad de Paraná en 1857. En dicho momento, al examinarse el proyecto de ley reglamentaria sobre organización, jurisdicción y competencia de los tribunales de la Nación, algunos miembros de la Cámara expresaron su oposición con la atribución del control de constitucionalidad al Poder Judicial”⁴³.

El debate se renovó en 1858, contando con la vehemente impugnación de los diputados QUESADA y GONZÁLEZ, quienes no podían entender “que nueve jueces reuniesen las luces de toda la Confederación” y criticaban el control judicial en virtud del marco en el cual se generaban sus decisiones: “la organización del Poder Judicial, la inamovilidad de los Jueces, lo reducido del número, lo oscuro del debate, ofrecía menos garantía en este poder y aumentaba los peligros de que abusase de tremendo poder de cumplir o no las leyes”⁴⁴.

Con todo, las primeras leyes de organización y competencia de los tribunales federales, posteriores a la reforma constitucional de 1860, consagraron el principio de revisión judicial, montadas en su artículo 100, el cual prescribía

41 ALBERDI, “Sistema económico y rentístico...”, en Obras completas..., T. IV, op. cit., p. 249.

42 *Ibíd.*, ps. 249-50.

43 TRIONFETTI, VÍCTOR, “El sistema de control de constitucionalidad en Argentina”, en FALCÓN, ENRIQUE M. (dir.), Tratado de derecho procesal constitucional, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, ps. 450-1.

44 BIANCHI, ALBERTO B., Control de constitucionalidad, T. I, 2ª ed. act., reestr. y aum., Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 209-10.

la intervención del fuero en “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. Así, el artículo 3 de la Ley 27 de 1862 encomendó, a los tribunales nacionales, “sostener la observancia de la Constitución Nacional, *prescindiendo*, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”; mientras que el artículo 21 de la Ley 48 de 1863 estableció que la Corte y demás tribunales inferiores de la Nación procederán aplicando la Constitución como *ley suprema de la Nación*, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento *en el orden de prelación que va establecido* (énfasis propio).

Los tribunales no despreciaron el poder que les cedía el Congreso y la Corte lo aumentó autoproclamándose intérprete final de la Constitución y dotada del poder de la última palabra institucional.

Instalada en 1863, la Corte comenzó inmediatamente a construir su perímetro de poder, garantizado por su privilegiado posicionamiento que tornaba a su tarea irrevisable dentro de la estructura de poderes. Con tono inaugural, el tribunal salía a escena como “intérprete final de la Constitución y siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas, y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, la sentencia de los Tribunales Provinciales está sujeta a la revisión de la Suprema Corte”⁴⁵. Y extendiendo ese poder al resto de los jueces, afirmaba que “está en la esencia del orden constitucional, que los tribunales tengan, no sólo la facultad, sino la obligación, de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional, en todo caso, y los de las respectivas Constituciones de Provincia en los que corresponda, a los preceptos de las leyes ordinarias”⁴⁶. Más aún, el deber del Poder Judicial de aplicar las leyes y reglamentos, estaba subordinado a un escrutinio previo, ya que sólo aparecía cuando “emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución”⁴⁷.

Construida la senda, por ella desfilarían las barrocas referencias a la Constitución como “*palladium* de la libertad” y “arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”⁴⁸.

45 CSJN, 17/10/1864, “Benjamín Calvete”, Fallos: 1:340.

46 CSJN, 21/09/1871, “José Caffarena”, Fallos: 10:427.

47 CSJN, 05/02/1881, “Carlos Casado”, Fallos: 23:37.

48 CSJN, 22/09/1887, “Eduardo Sojo”, Fallos: 32:120.

Es así que, a la adopción de la representación política y del equilibrio de poderes; a la reducción a su mínima expresión del cuerpo electoral y al divorcio de las bases con sus representantes; en fin, a toda la ingeniería contramayoritaria y denigratoria, se agregaba un “freno” más: el control judicial de constitucionalidad y la Corte como última intérprete, en registros que a siglos de distancia aún se mantienen vigentes en el foro público.

Pero si al menos contábamos con argumentos trabajosamente elaborados para convencernos de las “bondades” de esas decisiones en los campos anteriores, no había suficientes razones para creer que la libertad estaba mejor protegida en manos de los jueces. ¿Por qué tanta expectativa en la tarea judicial? ¿Cuáles serían las motivaciones de los jueces para acometer semejante labor? La libertad, ¿qué era y a quién correspondía? ¿Cómo se defendía “bien” esa libertad? ¿Por qué debíamos suponer que los derechos iban a estar mejor protegidos por los jueces que por los otros poderes o, incluso, que por los propios ciudadanos? ¿Por qué los abusos se asignaban a los otros poderes, nunca al Judicial?

En definitiva: ¿qué había en los jueces, en la tarea judicial y en la Corte Suprema de excepcional, para ser depositarios de tamaña confianza pública? Y ¿qué garantías brindaban ellos al pueblo depositante?

VII. LA CAUSA COMO LÍMITE HETERÓNOMO

Sin embargo, al mismo tiempo nacían algunos “frenos” inversos. Tributaria del mecanismo de equilibrio de poderes, la causa fue una de las creaciones jurídicas destinadas a contener los avances del Poder Judicial sobre los otros.

Si el deber de aplicar las leyes quedaba sujeto a su examen de constitucionalidad previo, éste sólo podía darse “en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella”⁴⁹.

El propio esquema de mutuos controles, imponía movimientos repelentes contra los avances de los poderes encargados de limitar la actuación de las mayorías. En lo que hace al Poder Judicial, la necesidad de que su actuación se desenvuelva dentro de una causa era uno de ellos: “la Constitución al autorizar (...) la facultad de revisión judicial, crea coextensivamente un límite para esa revisión: que ella ocurra o tenga lugar en el conocimiento y decisión de causas judiciales. Con lo que la Constitución Nacional limita el ejercicio del control de constitucionalidad judicial a la existencia de un proceso judicial en donde exista un caso o causa”⁵⁰.

49 CSJN, 14/04/1888, “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo”, Fallos: 33:162.

50 TRIONFETTI, “El sistema...” en FALCÓN, Tratado..., op. cit., p. 452.

Es el artículo 116 de la Constitución el que establece el límite al circunscribir las competencias del Poder Judicial Federal a la existencia de causas, entendidas como casos contenciosos por el artículo 2 de la Ley 27: “[La Justicia Nacional] nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”⁵¹.

De este modo, la *causa* es un límite de base constitucional y legislativa, y no una autorrestricción de los tribunales, ni una deferencia brindada a los otros poderes del estado que, como tal, podría ser revertida por propia decisión del órgano judicial. No es aplicable al concepto de *causa* la doctrina del *self restraint*, sino el deber de acatar los marcos constitucionales de la propia actuación, tal como lo quería la línea liberal-conservadora que diseñó luego de su victoria política y militar, la Constitución Nacional mediante el sistema de equilibrio de poderes; razón por la cual, debiera preocupar a sus defensores el progresivo corrimiento de este límite tal como suelen preocuparles y alertarlos aquellos movimientos, cuando provienen de los poderes de base democrática directa que horadan sus respectivas fronteras de actuación.

VII.1. *Controversia concreta y actual*

La causa como límite de actuación judicial fue reconocida desde los fallos pioneros de la Corte y, desde ese momento, como negación de pronunciamientos consultivos o abstractos. Así, frente a la presentación de la provincia de Mendoza para que se declare si era o no constitucional su Legislatura, la Corte sostuvo:

“Formulada así la petición no es una demanda, sino una consulta; pero la misión de un Tribunal de Justicia es aplicar las leyes a los casos ocurrentes y su facultad de explicarlas e interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las controversias que se susciten ante ellos para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; y no puede pedirse que el Tribunal emita su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho señalando al contradictor”⁵².

La *causa* iba ganando contenido como controversia concreta, es decir, como colisión efectiva de derechos entre partes adversas y, de ahí, la misión de los jueces de *decidir* y no de *opinar*: “... los puntos regidos por la Constitución, la ley o los tratados, sólo pueden dar jurisdicción al Poder Judicial cuando son llevados ante éste en la forma de causas, es decir, de controversias entre partes (...) que afirman y contradicen, respectivamente, derechos fundados en la prescripción legal discutida (...) no corresponde al Poder Judicial de la Nación hacer

51 BIANCHI recuerda que esta ley tuvo por antecedente su similar 182 del congreso de Paraná de 1858. En esa oportunidad el senador ZAPATA declaraba que el Poder Judicial “jamás se pronuncia sobre una ley sin partir de un proceso, porque esto sería salir de su esfera para penetrar en el poder legislativo”. Y dentro de ese proceso, se pronuncia “sobre casos particulares y no sobre principios generales”, BIANCHI, *Control...*, T. I, op. cit., p. 277.

52 CSJN, 14/11/1865, “José Roque Perez”, Fallos: 2:254.

declaraciones generales o en abstracto sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes (...) sino únicamente con relación a la aplicación de éstas al hecho o caso contencioso producido (artículo 2 de la Ley 27)”⁵³.

Pero además, esta contienda legal entre partes interesadas, debe reflejar un gravamen actual que se extiende hasta el momento de la decisión judicial: “esto significa que no debe tratarse de una controversia aún no planteada (prematura o carente de madurez), o bien ya concluida, lo que deriva en la existencia de un caso abstracto”⁵⁴.

En ambos supuestos, la configuración de la controversia no puede desmarcarse de la legitimación asignada a la parte y del interés o agravio que manifiesta titularizar.

VIII. CAUSA Y LEGITIMACIÓN COMO CONCEPTOS SIMBIÓTICOS

La *causa* se integra necesariamente con el concepto de *legitimación*, entendido como “el interés personal que necesariamente debe existir al comienzo del pleito [y] continuar durante toda su existencia”⁵⁵.

Si la *causa* es una controversia concreta y actual entre partes, éstas sólo alcanzan ese rango cuando se encuentran legitimadas en orden a la pretensión que enarbolan. De ahí que la *causa* no pueda analizarse sin escrutar la *legitimación* y ésta sin atender al gravamen, perjuicio o interés manifestados como *pretensión*.

En este punto conviene detenerse a fin de advertir que toda ampliación no justificada de la legitimación, impacta en la reconfiguración del concepto de *causa* y, necesariamente, provoca avances judiciales que, del mismo modo, pueden afectar el equilibrio de poderes, con un riesgo aún mayor: en efecto, la circunstancia de ser la Corte la intérprete final de la Constitución, coloca al Poder Judicial en una posición institucional privilegiada, sin contrapartida en los mecanismos de control.

Si la ampliación del *standing* es una –no la única– de las aspiraciones que reivindica el programa jurídico de los derechos sociales, es porque ve en ella una posibilidad de acción de los grupos tradicionalmente desaventajados y “un

53 CSJN, 10/02/1930, “Procurador Fiscal del Juzgado Federal de Salta”, Fallos: 156:318. Sin embargo, meses después, dando por tierra con todos los requisitos del control de constitucionalidad, es decir, “fuera del caso concreto, sin petición de parte, por medio de declaraciones abstractas y con efecto *erga omnes*”, la Corte dio inicio a una serie de “fatídicas complicidades judiciales en contra de la Constitución Nacional”, con la emisión de la Acordada del 10 de setiembre de 1930, por la cual se dio validez al primero de los golpes de estado que azotaron nuestro siglo XX; práctica extendida y que “convalidó todos los golpes de Estado que interrumpieron la vida institucional democrática y constitucional de la República Argentina”, TRIONFETTI, “El sistema...” en FALCÓN, Tratado..., op. cit., p. 469.

54 BIANCHI, Control..., T. I, op. cit., p. 279.

55 LAPLACETTE, CARLOS JOSÉ, “Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial”, LL, 24/02/2015, 1.

proceso de pronta ‘sensibilización’ judicial hacia tales grupos [que] se tradujo inmediatamente en decisiones favorables a aquellos colectivos”⁵⁶.

Es decir, la alternativa por la ampliación de la legitimación y la reconfiguración de la *causa*, que alteraría el equilibrio de poderes, sólo podría estar justificada cuando se intenta en defensa de un derecho, principalmente hacia titularidades históricamente postergadas.

Ahora bien, frente a leyes o, peor aún, reformas constitucionales que intentan un diseño alternativo de las instituciones, que pretenden modificar los diálogos y las interacciones entre los poderes públicos, que involucran al pueblo en forma más directa en la integración de sus comandos, ¿corresponde la misma respuesta judicial? Frente a tales propuestas –insisto, aún constitucionales– ¿está habilitada la conmoción de ese (siempre) frágil equilibrio de poderes o, contrariamente, deberíamos tener alguna deferencia especial a esas decisiones que involucran acuerdos mayoritarios (muchas veces calificados), más aún si tenemos la alternativa de reputar a esos planteos como prematuros o abstractos? En definitiva, ¿dónde ha quedado aquello de la *última ratio*?

IX. DE CÓMO LA CAUSA MUTÓ DE LÍMITE A INVASIÓN

Resulta provechoso el análisis de una línea jurisprudencial recorrida por tres precedentes de la Corte que simbolizan el solapamiento, la reconfiguración y, finalmente, la liquidación del concepto de *causa*.

Si digo que la *causa* es un concepto que merece ser mantenido es porque entiendo que garantiza dos principios: uno político porque ayuda a mantener en sus ámbitos propios al Poder Judicial sin contribuir a su sobredimensionamiento, abonando de esta forma al principio de división de poderes; y otro jurídico de corte más bien procesal, relacionado al principio de congruencia que ordena que la decisión judicial sólo tenga por objeto lo pretendido por las partes, sin fallar ni en más ni en menos.

En relación a esto último, noto que la *causa* no presenta un contenido estático sino que puede ir mutando a medida que avanza el proceso y se van sucediendo las intervenciones de las distintas instancias. En efecto, una causa puede iniciarse con determinado pleito y ese pleito mutar por los aportes dinámicos de las partes y las sentencias de los tribunales que previenen a la Corte.

El viaje por la línea jurisprudencial propuesta nos presentará paisajes de reformas constitucionales (nacionales y provinciales) y leyes de mayorías calificadas que llegan al escrutinio judicial, mediante legitimaciones activas ampliadas y causas judiciales rediseñadas, es decir, mediante mecanismos disipadores de los

56 GARGARELLA, ROBERTO, “Primeros apuntes para un estudio de la legitimación (standing)”, en GARGARELLA, ROBERTO (COORD.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, T. I, Democracia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 303.

“frenos” y, al recaer en el “guardián último” y custodio final de la interpretación constitucional, sin “contrapesos”.

Lo llamativo, insisto, es que esta difuminación de la línea de frontera judicial no haya despertado las voces históricas que llenan de ruido la discusión pública cuando denuncian avances legislativos. Esta miopía en la lectura del sistema de frenos y contrapesos o de equilibrio de poderes, pone en duda el auténtico compromiso con la defensa de esos principios, ya que un sostenedor honesto de esos esquemas debiera proceder con la misma intensidad y vehemencia en la denuncia de las intromisiones, independientemente del poder del cual provengan.

IX.1. “Fayt”: *pronunciamiento corporativo sin controversia*

En “Fayt”⁵⁷, la causa se inició como una disputa por la validez de la reforma constitucional de 1994, en lo que toca a su artículo 99, inciso 4, párrafo tercero, por el cual se establece la caducidad de los nombramientos judiciales al cumplir el magistrado la edad de 75 años.

La Cámara rechazó la pretensión de invalidez constitucional, pero admitió la acción declarativa de certeza en cuanto a la situación individual de FAYT, asumiendo que el nuevo régimen constitucional no alcanzaba al magistrado, quien había sido nombrado en los marcos constitucionales anteriores a la reforma.

Al recurrir solamente el Estado Nacional, FAYT consintió la cuestión constitucional, la que de esta manera, quedó firme. Es decir, la causa ya no se integraba con la discusión acerca de la validez del artículo 99, inciso 4, párrafo tercero, sino con la aplicabilidad o no de la reforma declarada válida, a la situación individual del juez FAYT.

La dinámica del proceso hizo que la causa actual al momento de intervenir la Corte, sea distinta a la planteada inicialmente. Sin embargo, la Corte rehabilitó una cuestión fenecida, sin parte que la alegara, y resucitó una causa ya resuelta.

La controversia sobre la que debía decidir quedó huérfana y, por el contrario, “decidió” un asunto que ya no era controvertido: la validez de la reforma constitucional. De este modo, paradójicamente, la situación del estado nacional hubiese sido más beneficiosa si desistía del recurso extraordinario.

La actividad de los constituyentes votados por el pueblo fue declarada “nula”, mediante el solapamiento del conflicto que revestía actualidad, regenerando una cuestión ya resuelta y consentida por las partes, y paralelamente, bariendo con las garantías de la cosa juzgada y del principio de congruencia.

IX.2. “Rizzo”: legitimación opaca y desvaríos del control difuso

En “Rizzo”⁵⁸, el actor se presentó en su condición de apoderado de una agrupación de abogados y en defensa de intereses individuales homogéneos de abogados, jueces y académicos, que consideró afectados.

La pretensión esgrimida se dirigía a impugnar por inconstitucional la Ley 26.855, mediante la cual se modificó la composición del consejo de la magistratura y el procedimiento de elección de sus miembros.

No hubo de parte de la Corte un desarrollo argumentativo que definiera los términos de la legitimación asignada al demandante ni el alcance de los efectos de la decisión que de ella se derivaría; limitándose a señalar la proscripción de la agrupación del proceso electoral diseñado por el nuevo régimen.

El descuido o, más aún, la absoluta despreocupación de la corte por definir la delimitación concreta de la clase supuestamente representada y los mecanismos para adherir o no a la misma, no puede sino atentar contra el derecho de defensa del resto de los ciudadanos a quienes se ignoró como sujetos de la ley invalidada. Como lo manifestó la procuradora general en su dictamen, “la invocación de intereses sectoriales (...) no es suficiente para cuestionar una norma de carácter general, dictada en beneficio de los intereses de toda la sociedad. A su vez, los intereses individuales cuya protección se arroga el demandante carecen de la homogeneidad que exige la doctrina de Fallos: 332:111⁵⁹, pues no es posible conjeturar que todos los abogados de la matrícula federal compartan su postura que –por lo demás– contradice el interés del electorado –que comprende también a los abogados– en elegir, por la vía del sufragio universal, a sus representantes en un órgano de gobierno de gran envergadura institucional, que ejerce la delicada función de control sobre el Poder Judicial de la Nación”⁶⁰.

Además, si se consideraba que la ley proscribía a la agrupación de abogados, al establecer que los candidatos sean propuestos únicamente por partidos políticos, bastaba que se declare inválido ese artículo legal para levantar la prohibición y permitir la participación, contribuyendo a dotar de congruencia y de transparencia a la opacidad en la cual se fundó la legitimación de la actora.

Con todo, falta aún que la corte nos explique si el resto del derecho electoral también será considerado proscriptivo, ya que con base en los artículos constitucionales 37 y 38, la representación política queda monopolizada por los partidos políticos, con el mismo criterio de la ley cuestionada en “Rizzo”; razón por la cual, el argumento invalidante podría trasladarse al resto de las elecciones que se convoquen de acá en más.

58 CSJN, 18/06/2013, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho)”, R. 369. XLIX.

59 CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto”.

60 PGN, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho)”, 17/06/2013.

Pero más allá de la opacidad en la legitimación, del ultra petita en la decisión y del desmarque de los artículos 37 y 38 de la Constitución, la historia del control difuso se repite en “Rizzo” como farsa, ya que además, el fallo carecía de actualidad. Como lo apunta ZAFFARONI en su disidencia, sin rehuir a destilar una sutil ironía, “el proceso electoral en cuanto a la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura, se encuentra suspendido por efecto de otras decisiones judiciales federales de distinta competencia, que han sido puestas en conocimiento de las autoridades. Por consiguiente, el tribunal decide en esta causa por imperio de ley, pero cabe advertir que en virtud de disposiciones procesales y de la elección de las vías de impugnación y que a la fecha no han llegado a conocimiento de esta Corte, se produce una extraña circunstancia que lleva a resolver una cuestión que bien podría considerarse como materialmente abstracta”.

Curiosa defensa del Estado de Derecho aquella que anula leyes que consagran no menos, sino más derechos políticos para el pueblo y que, desde el fallo, caen en descuento del conjunto y en recuento de algunos grupos: de abogados, de jueces y de académicos. Sendas aún no finalizadas de la restricción política en la “república” aristocrática o, lo que es igual, de la democracia incompleta.

Es así que, invirtiendo dramáticamente los términos de la célebre proclama universitaria del 18, después de “Rizzo” “contamos para el país una libertad menos y una vergüenza más”.

IX.3. “Colegio de Abogados de Tucumán”: abolición de la causa para el control fuera de quicio

En “Colegio de Abogados de Tucumán”⁶¹, la entidad demandante cuestionó la actividad de la convención reformadora de la Constitución local, en cuanto a la incorporación del Consejo Asesor de la Magistratura en el Poder Ejecutivo de la provincia.

Sin embargo, la Corte no limitó su análisis a la legitimación del actor sino que la extendió a “la simple condición de ciudadano”, la que “resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés ‘especial’ o ‘directo’”. La Corte no puede escapar a una contradicción manifiesta, porque al mismo tiempo que acepta que esta configuración no corriente de la legitimación se presenta en “situaciones excepcionálísimas”, las asimila a todas aquellas que lesionen “expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental”.

61 CSJN, “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán”, 14/04/2015, CSJ 22/2009 (45-C).

¿Qué “situación excepcionalísima” puede abordarse desde parámetros de una labilidad tal como la “esencia de la forma republicana de gobierno”? ¿Cómo hacer para cercar con esos indicadores maleables situaciones que debieran contar con los más rígidos y tasados criterios de control? No puede quedar al margen que lo que se está anulando es la actividad de una convención constituyente local y que los recaudos para habilitar su escrutinio por instancias federales debieran elaborarse con la mayor prudencia en virtud de su trascendencia institucional.

Pero, además, la Corte termina por responder que no queda habilitada la instancia del recurso extraordinario federal al no configurarse el requisito de relación directa e inmediata de la cuestión federal invocada con los puntos decididos en la sentencia apelada (artículo 15, Ley 48) y reconoce la falta de actualidad del agravio invocado, atento a que la provincia dispuso mediante su Derecho Público local, la organización del Consejo Asesor de la Magistratura en el ámbito del Poder Judicial, tornando a la causa en abstracta.

Podrá decirse que las afirmaciones acerca de la legitimación del simple ciudadano para impugnar normas que afecten la esencia de la forma republicana de gobierno, constituyen narraciones en *obiter dictum*, sin fuerza de precedente. Sin embargo, al no regir en nuestro ordenamiento la regla del *stare decisis*, su valor como fuente interpretativa para futuros pronunciamientos no queda descartada; más aún si vemos la práctica corriente de la Corte, de los tribunales y del resto de los operadores jurídicos, cuando sin escapar a cierta holgazanería, no discriminan los argumentos en *holding*, trayendo sin precisiones algún recorte de decisiones anteriores para fundar sus escritos.

Sin que se configure ninguno de los requisitos de la causa, la Corte dedicó largos párrafos para desembarazarse de un elemento molesto, rediseñando hasta el paroxismo el concepto, hasta llegar a posiciones abolicionistas y liquidacionistas, que lo expulsan como elemento de restricción.

La Corte se libera, así, del incómodo condicionante para entrar de lleno a las cuestiones sobre las que le interesa intervenir, sin más limitaciones que su propio deseo.

IX.4. *Decisiones hermanadas*

No se me escapa que los tres fallos reseñados se unen en la condición de atender cuestiones relacionadas con ámbitos dominados por el Poder Judicial, por tratarse de reformas constitucionales o leyes calificadas y por, sobre todo, existir alternativas de menor trascendencia institucional, lo que me hace pensar si la declaración de inconstitucionalidad no pasó de ser la última a la primera ratio.

No hubo en los fallos reseñados la afectación de un derecho ni un sujeto legitimado para invocar ese gravamen. En “Fayt” el derecho quedó asegurado por la cámara, en “Rizzo” quedó cercenado por la propia corte al reducir el cuerpo electoral y en “Colegio de Abogados de Tucumán”, ni siquiera lo encontramos.

X. DIFERENCIAS DE VOLUMEN: ¿POR QUÉ NO SUENAN CON LA MISMA FUERZA LAS VOCES IMPUGNATORIAS? INTROMISIONES ACEPTADAS

La corriente política triunfante en el proceso constitucional de la república, adoptó el sistema de frenos y contrapesos o de equilibrio de poderes para el diseño de las instituciones públicas y sus relaciones, invocando en la fractura del poder, mayores garantías para el ciudadano.

La defensa honesta de este principio convocaría a denunciar con la misma intensidad los avances de los poderes sobre territorios ajenos, independientemente del punto desde el cual nazca el movimiento.

Sin embargo, cuando los avances se configuran desde el Poder Judicial, la amplificación del sonido es menor, casi un susurro. No puede fundarse esta omisión en un poder de fuego menguado cuando parte del Judicial. No reconoce esta afirmación fundamentos históricos que la avalen, mucho menos recientes.

Muy por el contrario, los pasillos judiciales se han mostrado como espacios extremadamente hábiles para refrenar iniciativas legislativas de transformación institucional. Las alertas disparadas frente a los avances legislativos no funcionan en el caso del judicial. Los gritos que piden “república” en un caso, enmudecen en el otro. Las histerias provocadas desde un frente, desde el otro quedan resueltas en el diván.

Pareciera que la doctrina defensora del equilibrio, acepta desequilibrios según quien los provoque.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN
AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ
PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO
GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ
CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI
ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS
CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA
AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER
LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO
EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN
MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA
LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL
JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA
JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA
GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina